

TEORÍA del DELITO en el Ecuador



ALVARO ROMÁN MÁRQUEZ
MAURICIO ENRIQUE PACHECO

EL FORUM
EDITORES



Alvaro Román Márquez
Quito 1965

Dr. en Jurisprudencia
Universidad Central del Ecuador

Máster en Derecho Penal
y Procesal Penal
Universidad Central del Ecuador

Máster en Derecho con
mención en Constitucional
U. Andina Simón Bolívar

Profesor:
U. Central del Ecuador y
U. Andina Simón Bolívar

Publicación:
Libertad y Pena Desde la
Interculturalidad.
UASB. serie Magister

Abogado en libre ejercicio

LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE
VENTA ES PENADA POR LA LEY

TEORÍA DEL DELITO EN EL ECUADOR
Parte General

2015



Teoría del Delito en el Ecuador

2015



ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE

SU VENTA ES PENADA POR LA LEY

ISBN-978-9942-21-343-3

REVISADO por PARES CIEGOS || UNIVERSIDAD CENTRAL del ECUADOR

Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación electrónica y carátula: rodrigo1

Impreso en Editorial Jurídica EL FORUM

Manuel Larrea N16 - 26 y Buenos Aires

Teléfonos: 3130 565 / 0998 043 275

email: elforum1editores@yahoo.es

D. M. Quito Ecuador

Esta edición y sus características gráficas son exclusivas de Editorial Jurídica EL FORUM y no podrán ser reproducidas total o parcialmente sin autorización de la editorial.

345.02

ID: 46327

R 378

ALVARO ROMÁN MÁRQUEZ / MAURICIO ENRIQUE PACHECO

Ej +

LA TEORÍA del DELITO

en el ECUADOR

Parte General

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA,
CIENCIAS POLÍTICAS y SOCIALES

C: 18478

INVENTARIO

Compra: Donación: ☒ Transfer: ☐

Proveedor: Alumnos 3er nivel C' Dotecho

Factura: Fecha: Precio:

N° Inf. Recep.: 06-20-2015 Fecha Inf.: Oct-15-2015

N° Alta:

Biblioteca: Orisprudencia.

Oficio Decanato N° 241 - DS 06 de Abril 2016

CONTENIDO

1. LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN Y SU RELACIÓN CON LA TEORÍA DEL DELITO. UN APOORTE A LA CONSTRUCCIÓN DE LA NUEVA TEORÍA DEL DELITO EN EL ECUADOR.

Alvaro Román Márquez

2. RECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO PENAL Y DE LA TEORÍA DEL DELITO EN EL ECUADOR Y SU RELACIÓN CON LA ANTIJURIDICIDAD.

Alvaro Román Márquez

3. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: CASO ECUADOR

Dr. Mauricio Enrique Pacheco PHD (C)

4. LA TEORIA DEL ERROR EN EL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR.

Alvaro Román Márquez

PRESENTACIÓN

La Facultad de Jurisprudencia, ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador fiel a la tradición pluralista y autonómica demostrada durante décadas de servicio y formación de profesionales del Derecho en el Ecuador ha desarrollado un programa de optimización en el proceso de enseñanza – aprendizaje acorde a los nuevos lineamientos de la reforma penal impregnada en nuestro ordenamiento jurídico que a grandes trazos supero una línea de pensamiento penal se había detenido en el tiempo sin receptar los resultados de estas tendencias que en otros países de Latinoamérica ya experimentaron un cambio significativo.

El desarrollo de la dogmática penal en el Ecuador lamentablemente ha sido muy tibio y se evidencia en la ausencia de investigaciones y estudios de la realidad del Derecho Penal en nuestro país a excepción de pocos trabajos dignos de nombrarlos como tales. El retraso no para allí. Pese a la constante actualización que experimentan las legislaciones penales principalmente europeas aun éstas tardaron en incorporar un sistema de protección penal que recogiese las grandes preocupaciones de las sociedades actuales relacionadas con un creciente desarrollo tecnológico y económico generador de nuevos riesgos y peligros que amenazan bienes jurídicos que rebasan incluso el ámbito de prevención y protección nacional. Y esta nueva estructura jurídica penal debía ser incorporada al centro de las preocupaciones y debates académicos emanados de la única institución nacional orientada y creada para este fin: La Universidad.

La temática escogida para este libro es apenas un esfuerzo inicial de otra serie de publicaciones con investigaciones dirigidas a ofrecer a los lectores un análisis dogmático de las categorías de la teoría del delito a la luz de la tendencia cuasi finalista que, salvo mejores criterios, parece ser la inclinación que recoge el Código Orgánico Integral Penal. Estos cuatro trabajos bajo ningún concepto ha sido elaborados con la pretensión de convertirse en un dogma final sino en un conjunto de pareceres y orientaciones que no tienen otro propósito que abrir un debate interpretativo que contribuya a configurar una línea de interpretación jurídica formadora de criterios diferenciadores críticos respecto a la ley penal.

Frente a esta situación y una vez que está vigente el Código Orgánico Integral Penal un grupo de catedráticos del Área Penal de la Facultad creyeron pertinente iniciar un proceso informativo y formativo dirigido a cubrir las necesidades interpretativas y de aplicación de la legislación penal de los profesionales del derecho y en especial de los estudiantes de pre-grado de las numerosas escuelas de derecho de las diferentes universidades del país.

Podríamos afirmar sin lugar a dudas que este libro es el inicio de un proceso de investigación protagonizado por un conjunto de reconocidos profesores de Derecho Penal de esta Facultad orientada a contribuir al rescate del papel que siempre debió ser una constante en el quehacer académico de la Universidad Central, esto es, el constituirse y consolidarse en un centro generador de conocimiento y de ciencia que contribuya al desarrollo del país.

DR. PATRICIO SÁNCHEZ PADILLA

Decano de La Facultad de Jurisprudencia,
Ciencias Políticas y Sociales
Universidad Central del Ecuador.

LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN Y SU RELACIÓN CON LA TEORÍA DEL DELITO. UN APOORTE A LA CONSTRUCCIÓN DE LA NUEVA TEORÍA DEL DELITO EN EL ECUADOR.

LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN Y SU RELACIÓN CON LA TEORÍA DEL DELITO. UN APOORTE A LA CONSTRUCCIÓN DE LA NUEVA TEORÍA DEL DELITO EN EL ECUADOR.

Alvaro Román Márquez

LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN.

¿Qué es la teoría de la imputación? Teoría de la imputación.

Una de las primeras obras importantes de los dogmáticos del Derecho Penal es el libro de Otto von Guericke, titulado *Lehrbuch des Strafrechts*, publicado en 1794. En esta obra, Guericke desarrolla una teoría de la imputación que se basa en la noción de la culpabilidad. Para él, la culpabilidad es el fundamento de la pena. En consecuencia, la imputación es el acto de atribuir la culpabilidad a un sujeto. La culpabilidad es el resultado de la imputación. La culpabilidad es el resultado de la imputación. La culpabilidad es el resultado de la imputación.

La primera teoría de la imputación es la teoría de la culpabilidad. Esta teoría se basa en la noción de la culpabilidad. La culpabilidad es el resultado de la imputación. La culpabilidad es el resultado de la imputación. La culpabilidad es el resultado de la imputación. La culpabilidad es el resultado de la imputación. La culpabilidad es el resultado de la imputación. La culpabilidad es el resultado de la imputación. La culpabilidad es el resultado de la imputación. La culpabilidad es el resultado de la imputación. La culpabilidad es el resultado de la imputación.



LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN Y SU RELACIÓN CON LA TEORÍA DEL DELITO. UN APOORTE A LA CONSTRUCCIÓN DE LA NUEVA TEORÍA DEL DELITO EN EL ECUADOR.

Alvaro Román Márquez

¿Qué es la teoría de la imputación?

La Teoría de la Imputación al sujeto libre y responsable: Análisis dogmático. - La relación entre la teoría de la imputación y la teoría del delito.- Aplicación de la teoría de la imputación y la teoría del delito desde la Constitución de 2008.

LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN.

¿Qué es la teoría de la imputación? Teorías de la imputación.

Una de las mayores preocupaciones de los dogmáticos del Derecho Penal ha sido y es, unir la acción con el resultado relevante para éste. Es así que existen varias construcciones dogmáticas que se conocen como teorías de la imputación. Dentro de éstas existen dos posiciones: la primera, la imputación desde el mismo resultado causal; y, la segunda, la imputación al sujeto libre y responsable o de la comprensión y la voluntad del sujeto o el injusto personal.¹

La primera teoría propuesta por el maestro argentino², sostiene que tiene mucha relación con las teorías del Derecho Penal de autor, ya que tiene conexión, en primer lugar, con las convicciones religiosas, en la cual la Santa Inquisición buscaba imputar un resultado a alguien que había sido definido como hereje, blasfemo o bruja, sin que pueda existir un vínculo con el mismo. Para ello, se lo torturaba con el fin de conseguir información e imponerle una

1. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Tomo I, op. cit. 13p.

2. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Tomo I, op. cit. 13, 14, 15p

pena que era la muerte. Afirma que este régimen tiene mucho parecido con los regímenes nazi, fascista, la dictadura de Stalin, el gobierno de Mao Tse-Tung, las dictaduras de Argentina y Chile y nosotros agregaríamos las de Nicaragua y El Salvador en la década del 70 y 80, ya que el delito no castigaba acciones, sino cuestiones de índole ideológico, por pensar diferente, por criterios objetivos de prevenciones general y especial, concluyendo que no se respetaba al individuo como persona que posee dignidad humana.

Luego explica lo que sucedió en los períodos de la escuela positivista italiana liderada por Ferri, Lombroso y Garófalo, quienes sustentaron su teoría en la defensa social de los sujetos que eran considerados peligrosos para sí mismos; por esa razón la peligrosidad se convirtió en la justificación del delito y la medida de la pena. Ésta tiene relación con las tesis actuales de que nos encontramos determinados por nuestros genes para ser delincuentes o no, es decir, por cuestiones biológicas.

Y, por último, la construcción que tiene relación con el delincuente como enemigo y otra dogmática que tiene a la persona y no al individuo cumpliendo rol o funciones dentro del sistema normativo y esperando expectativas de los otros integrantes de la sociedad, así mismo construyendo ésta desde la pena como vigencia de la norma estatal, sin importar su condición de ser humano (ya que lo considera a éste como individuo que se guía por los impulsos y deseos³) solo como persona que vive bajo las normas estatales y como instrumento de ésta en cuanto a las normas de expectativa general desde una visión hegeliana.

Esta posición dogmática sostiene que la libertad es una construcción que no tiene sustento normativo que la pueda determinar como forma de imputación; es por eso que el concepto de persona como construcción es el pilar de la misma, sin incluir al hombre empírico o fenómeno de construcción kantiana. Esta teoría sostiene que el Derecho Penal crea las conductas y no regula conductas, por ese motivo la acción no es la base de la construcción de la teoría sino la pena y comienza con la autoría y la culpabilidad.

La segunda teoría es la imputación al sujeto libre y responsable. Aquí cabe preguntarnos: ¿Qué es la imputación? ¿En qué consiste esta teoría? ¿Cuáles

3. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal*, Tomo I, op. cit. 16p.

son sus postulados? ¿Cómo se relaciona con la teoría del delito? ¿Puede o no sustentarse en nuestra Constitución? Estas son las preguntas que debemos resolverlas a continuación.

Para poder comprender esta teoría debemos partir ubicando su contexto filosófico, jurídico y político, así como su nueva recepción en la actual época. Por esa razón comparto la opinión de Luis Pietro Sanchís, uno de los postulados más fuertes de la ilustración y que sirvió para demostrar la ruptura que produjo este movimiento cultural, político y social con el régimen antiguo, y es aquel en el que el ser humano toma conciencia de su libertad y producto de su razón el conocimiento humano debe preocuparse de la acción y su materialización en la realidad histórica o fáctica. Sostiene el autor: "lo que caracteriza a esta nueva época es que la razón se convierte en una energía para la acción, abandona las regiones etéreas de los conceptos puros para volcarse en los problemas terrenales."⁴ Esta preocupación del Siglo XVIII, como hemos mantenido en esta construcción, fue la que generó el Derecho Penal de acto o de acción, por esa razón se busca imputar o atribuir a una persona o a un sujeto, que actuó libre y con voluntad, el resultado producto de esa acción.

Es así que el Derecho Penal liberal tiene sus orígenes filosóficos en esta época ilustrada o iluminista, por eso debemos iniciar, esta preocupación por la acción humana, para lo cual debemos preguntarnos ¿qué es imputar? Como sostiene el Doctor Edgardo Alberto Donna, citando a Ricoeur, "imputar es atribuir a alguien una acción reproachable, una falta, y por ende, una acción confrontada y previa a una obligación o una prohibición que esta acción infringe (...) El juicio de imputación conduce a un segundo juicio que es el de retribución en cuanto a la obligación de reparar o sufrir la pena."⁵ Así mismo, la imputación en el concepto de Kant es "imputatio en sentido moral es el juicio por una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometido a leyes; si el juicio conlleva a la vez consecuencias jurídicas para el acto, es una imputación judicial (imputatio judiciales)⁶. Esta es la primera aproximación a un concepto, que en este momento, todavía no podemos atrevernos a hacer un análisis que pueda dar ya una posición personal.

4. SANCHIS, Luis Pietro La filosofía penal de la ilustración, serie Derechos y Garantías Nro. 17, 1era edición, Lima, editorial Palestra, 2007, 8, 9 p. ISBN 978-9972-224-50-8.

5. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Tomo I, op. cit. 20p.

6. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Tomo II, 1era. Edición, Buenos Aires, editorial Rubinzal-Culzoni, 2008. 11p. ISBN 978-950-727-771-9 (obra completa), 978-950-727-892-1 (edición rustica).

Para ir cumpliendo los objetivos de esta investigación debemos ir analizando este término y para ello Jesús María Silva Sánchez, según lo cita Fernando Miró Llinares, indica que la palabra imputar es polisémica, eso trae dificultades para determinarla, por lo mismo se debe ir encontrando el sentido más adecuado; expone que no es “lo mismo afirmar que se puede imputar un hecho a un agente independiente de lo que conozca el sujeto al que se le atribuye lo sucedido, que decir que es posible atribuir a un hecho de un sujeto un sentido social general independientemente de lo que interprete tal persona.”⁷ Es decir, para Fernando Miró, la primera parte de atribuir el hecho tomando en cuenta la perspectiva del sujeto, se constituye en personal. La segunda posición es la que no toma en cuenta al sujeto en forma personal sino que la actuación es interpretada en un sentido general de índole social, es decir, que esta segunda es la que recibe el apelativo de objetiva⁸.

Conforme al primer sentido que hemos determinado con la ayuda de los profesores Sánchez y Miró, han surgido para Michael Kohler⁹ tres hitos sobre la imputación subjetiva:

1. La imputación desde Aristóteles;
2. La imputación en la teleología empirista; y,
3. La imputación según el criterio jurídico de libertad.

La primera propuesta de este autor alemán, fue Aristóteles en su obra *Ética a Nicómaco*, en ella expresó que “la imputación subjetiva es un presupuesto para el mérito y el castigo; sólo merece aprobación, o bien reproche y castigo, el obrar voluntario, no, en cambio, lo que sea involuntario, y esto es, sobre todo, lo que se lleva a cabo no sabiendo del concreto significado normativo del actuar.”¹⁰ Esto quiere decir, que “el ser humano por medio de su razón toma parte originalmente de un orden objetivo, según Aristóteles el ser huma-

7 SILVA SANCHEZ, Jesús María citado por Fernando Miró Llinares, *La imputación penal a debate, una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva de Jakobs*, Colección Dogmática Penal, 1era. Edición, Lima, editorial ARA, 2010, 14p. ISBN. 978- 9972-238-94-9

8 MIRO LLINARES, Fernando *La imputación penal a debate, una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva de Jakobs*, Colección Dogmática Penal, op. cit. 14, 15p.

9 KOHLER, Michael, *La imputación subjetiva, estado de la cuestión*, Seminario sobre el estado de la teoría del delito en la Universidad Pompeu Fabra, traducción Pablo Sanchez-Ostiz, 1era. Edición, Madrid, editorial Civitas, 2000, 72,73p. ISBN 84-470-1534-3.

10 KOHLER, Michael, *La imputación subjetiva, estado de la cuestión*, op. cit. 72 p.

no o se ordena por naturaleza a la comunidad o no es tal ser humano. De ahí que, por lo general, la infracción grave a la norma se ha de imputar a su mala voluntad”¹¹.

María de los Ángeles Rueda Martín, en su obra sostiene que Aristóteles ya se preocupó por dar criterio sobre la imputación y se centró en el “ámbito de estructuras jurídicas a priori, es decir, en el de las categorías ontológicas (...) el principio mas general de la imputación (...) es el dominio del hecho, en el sentido de que una acción es sólo imputable si solo se halla en nuestro poder, o si somos sus dueños de modo que también podríamos obrar de otra manera.”¹² Para esta autora, este momento tiene relación íntima con la parte ontológica de construcción de la acción final.

La segunda tiene que ver según el maestro alemán, con la teoría de Hobbes, en la cual el hombre deja de estar vinculado con la comunidad y busca su felicidad, en un sistema objetivo de normas que están a la disposición del soberano, por lo que la “imputación subjetiva servirá entonces como criterio para apreciar la desviación subjetiva respecto de la norma externo-objetiva, y como medio para graduar la necesaria contramotivación. Dolo e imprudencia se distinguirán, por consiguiente, como niveles de conducción (...), la teoría de Feuerbach, será la de reinterpretar los presupuestos de la imputación subjetiva, como elementos característicos de la coacción psicológica...”¹³

Y la tercera imputación subjetiva sería, según el concepto jurídico de libertad, que según este autor, tiene sus orígenes en el concepto de autodeterminación de las posiciones de Kant, es por eso, que este autor sostiene que la libertad debe comportarse conforme a leyes internas y de respeto en el momento de la relación con el otro en el reconocimiento de leyes externas.”¹⁴

El segundo significado de la imputación propuesto por Silva Sánchez, se hace en sentido social, existe la teoría de la imputación objetiva o imputación del resultado, esta teoría tiene sus defensores que la ubican en las propuestas

11 KOHLER, Michael, La imputación subjetiva, estado de la cuestión, op. cit. 72p.

12 RUEDA MARTÍN, María de los Ángeles, La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción”, prologo Luis Gracia Martín, 1era. Edición, Bogotá, editorial José María Bosch-U. Externado de Colombia, 2002, 68, 69 p. ISBN 958-616-618-x.

13 KOHLER, Michael, La imputación subjetiva, estado de la cuestión, op. cit. 72, 73 p.

14 KOHLER, Michael, La imputación subjetiva, estado de la cuestión, op. cit. 74p.

de filósofos como Larenz (neohegeliano) y Honig (neokantiano), el primero considera a la imputación objetiva “al juicio sobre la cuestión de si un suceso puede ser atribuido a un sujeto como propio”¹⁵; explica María de los Ángeles Rueda Martín, que la preocupación de este autor es delimitar entre hecho propio y suceso o acontecer fortuito, es decir, que Larenz se preocupa de que la imputación no sea una mera cuestión de causalidad, sino una cuestión relativa a la imputación, esto es, la imputación al hecho es la referencia del acontecer a la voluntad que al dominar lo que sucede en la naturaleza es propio.¹⁶

En cambio Honig, según la autora española, “acentúa la cuestión relativa a la imputación del resultado del hecho propio (...) el resultado producido fortuitamente porque está ausente la posibilidad de control real por el hombre, no puede ser objetivamente imputado ya que falta la finalidad objetiva, por todo el juicio de imputación objetiva es un juicio posterior independiente que se añade al juicio causal”.¹⁷

En ese sentido Wolfgang Frisch: Honig, interpreta su construcción dogmática en primer lugar, en que existe un determinado curso causal al final del cual aparece un resultado que se le puede imputar a una persona como su obra. Es por ello que el criterio de la perseguibilidad objetiva de ese curso causal es igual reconocido por Roxin, pero Honig se mantiene en este concepto y su aplicación mediante el criterio de la dominabilidad del curso causal. Roxin solamente ve a la perseguibilidad objetiva como un criterio provisional que requiere de otros criterios como el criterio esencial si el autor ha creado un riesgo (no permitido) jurídicamente relevante.¹⁸

Es decir, que la imputación objetiva tiene un origen, desde el punto de vista de Honig, como ontológico, por cuanto sostiene el juicio de causalidad como relación entre la acción y el resultado con el criterio de dominabilidad causal y agrega criterios de imputar el resultado.

En esa misma línea Roxin, pero agregando los criterios de imputación del

15 RUEDA MARTIN, María de los Ángeles, La teoría de la imputación objetiva, op. cit. 50p.

16 RUEDA MARTIN, María de los Ángeles, La teoría de la imputación objetiva, op. cit. 51p.

17 RUEDA MARTIN, María de los Ángeles, La teoría de la imputación objetiva, op. cit. 51p.

18 FRISCH, Wolfgang, ROBLES PLANAS, Ricardo Desvalor e imputar nro.2, Estudios y Debates de Derecho Penal, dirigida por Jesús Silva Sánchez, 2da. Edición, Buenos Aires, editorial IB de f. 2006, 4,5p. ISBN 9974-578-73-6.

resultado como el aumento del riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y el fin de protección de la norma, es por ello que este último criterio del autor alemán sostiene todavía que la lesión a los bienes jurídicos por la acción prohibida son imputables.

En cambio, Gunther Jakobs, respecto a la imputación objetiva construye una teoría por completo normativista y deja de lado cualquier construcción ontológica o natural, por esa razón realiza varios cambios dogmáticos, entre otros los siguientes:

1. Es la sociedad la que impone las conductas y el deber jurídico de respetar las normas, es por ello que no reconoce la posición de la existencia de la acción tenga una condición prejurídica como lo hace la teoría de la imputación al sujeto libre y responsable. Es decir, que en coherencia con la teoría que defiende es la sociedad la creadora de las normas y no el hombre en su autodeterminación y como sostiene Kant, que compórtate conforme a la ley que quieres que otros lo hagan para que sea una ley universal.
2. Jakobs sostiene que la “normativización que ha puesto la teoría de la relación objetiva de imputación, no tiene por objeto algo que esté al margen de la acción, sino que se refiere a la propia acción, de modo que la acción solo es la causación imputable; sin este factor normativo, considerando solo el proceso bio-psicológico, lo que, acótese solo pertenece al ámbito de la naturaleza y ésta como tal carece de relevancia jurídica.”¹⁹ Aquí tiene mucha importancia la construcción de persona, haciendo una diferencia entre el individuo-sujeto y persona, ya que considera que el primero actúa por instintos o impulsos, es por eso que sus propias actuaciones no tienen relevancia jurídica penal; en cambio la segunda posición considera que persona, es quien cumple un rol determinado por la sociedad o fijadas por el mundo social²⁰, en la cual debe actuar conforme el deber de cada rol, es por esa razón que en el primero es una acción solamente bio-psicológica sin relevancia jurídica; la segunda es una actuación conforme a las expectativas fijadas por la

19 RUEDA MARTIN, María de los Ángeles, La teoría de la imputación objetiva, op. cit. 52p.

20 POLLANO ORTOS, Miguel, La imputación penal a debate, una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva de Jakobs, Colección Dogmática Penal, 1era. Edición, Lima, editorial ARA, 2010, 73p. ISBN. 978- 9972-238-94-9.

norma.

3. Existe un reemplazo total del problema causal, ya que critica el ontologismo como un origen en la naturaleza del ser humano, por lo tanto, reactiva el debate entre el ser y el deber ser, que de la naturaleza no se puede extraer el deber ser. Es por esa razón que critica esta construcción causal, la reemplaza con los criterios de imputación objetiva, para convertir su sistema dogmático en normativismo radical.
4. Su construcción tiene como punto de partida la pena como una prevención positiva, esto implica que la pena se constituye en una forma de restablecer la vigencia de la norma debilitada por el delito.
5. La norma es entendida como una norma de expectativas, que las conductas humanas las cumplan como deber jurídico. En el momento en que no se cumple existe una comunicación defectuosa que hay que restablecerla a través de la pena.
6. Sostiene que como es un sistema normativo crea los comportamientos que pueden afectar a la norma, siendo estos producidos por personas que cumplen roles en la sociedad como construcciones del derecho. No regula conductas.
7. Y por último, el autor alemán, considera como criterios de imputación los siguientes: el riesgo permitido, la prohibición de regreso, el principio de confianza, que serán los que reemplacen a la causalidad como vínculo entre acción y resultado.

En este sentido Miguel Poliano Orts, sostiene que la imputación penal, tiene cuatro puntos que son:

- A) Es imputación normativa. En tanto entraña siempre la infracción de un deber.
- B) Es una imputación personal, en tanto presupone el quebrantamiento de un rol.
- C) Es imputación social, en la medida en que se supone la defraudación de una expectativa social; y,

D) Es una imputación valorativa o desvalorativa, en el que se le atribuye un sentido social comunicativamente estabilizador.²¹

Toda esta construcción tiene como finalidad última el restablecer la vigencia de la norma a través de la pena, que se constituye, como fin de toda la teoría, por lo cual no debemos olvidarnos que Jakobs tiene como filosofía la de Hegel, el Estado es el que nos impone la normas que debemos cumplir por ello cualquier violación es una infracción al deber jurídico que debemos observar de la ellas, y que como todo es comunicación debemos en esa relación intersubjetiva comportarnos con las expectativas que el Estado espera de nosotros. Cualquier infracción debemos entenderla como una comunicación defectuosa. Es por ello que esta estructura normativa hace que nos integremos en sociedad, esto nos da entender que la norma crea realidades y por ello conductas.

LA IMPUTACIÓN AL SUJETO LIBRE Y RESPONSABLE:

Análisis dogmático.

Una vez aclarada qué es la imputación y las teorías de la imputación, así como sus variaciones importantes tanto de la imputación subjetiva como de la imputación objetiva, aquellas nos han ayudado brevemente para determinar cuál es nuestro objeto de estudio, que nos permitirá ir construyendo en forma coherente el mismo en relación con nuestra realidad y la Constitución. En esta parte tenemos que investigar sobre ¿Cuáles son los postulados de la imputación al sujeto libre y responsable? No debemos olvidar que para Michael Kohler, es el tercer hito de imputación subjetiva la que se hace a la libertad.

Para poder guiarnos en esta construcción Pablo Sánchez-Ostiz, en su obra fija tres criterios que se han ido configurando a lo largo del tiempo y estos son:

- “1. La calificación de la conducta humana en virtud de tener su origen en el agente;
2. La diferencia de dos niveles de imputación;

21. POLIANO ORTS, Miguel, La imputación penal a debate, op. cit. 74p.

3. La distinción entre reglas de imputación y objeto de imputación.”²²

Y por último, debemos entender qué es la responsabilidad.

La imputación como origen del hecho o imputación a la libertad. Las reglas de imputación y el objeto de imputación.

Para analizar el primer punto de estos criterios, desarrollaremos cómo ha sido entendida la libertad desde la filosofía occidental y la relevancia para el Derecho Penal.

Debemos iniciar citando al maestro Edgardo Alberto Donna, quien sostiene en su obra que la imputación al sujeto libre y responsable siempre ha sido una constante en el Derecho Penal occidental.²³ En esa lógica imputar es atribuir el hecho a un sujeto que tiene el dominio del hecho en su calidad de libre y que al momento en que no se comporta conforme a las leyes a las cuales está sometido debe responder por esa violación.

En esta parte, el profesor de Mendoza, sigue al filósofo alemán Joachim Hruschka, quien en su obra sobre la teoría de la imputación, ejemplifica que el movimiento corporal que una persona realiza solo puede hacerlo desde dos puntos de vista: el primero, en una forma explicativa o descriptiva; y, el segundo, cuando hacemos una interpretación de ese mismo acto en forma posterior, comprendido que ese movimiento corporal tiene un sentido en cuanto a la libertad que pudo tener para realizar dicha acción. El ejemplo es del estudiante que levanta la mano, el mismo puede ser interpretado que solo levantó la mano para estirarse o para preguntar.²⁴

Es por esa razón, que el maestro alemán al iniciar su libro, expone que una cosa es explicar y otra es comprender. El primer término, menciona el autor, es cuando explicamos el universo, el mundo exterior; en cambio, cuando usamos la segunda palabra es una actividad en la cual esa persona que levantó la mano

22. SANCHEZ-OSTIZ, Pablo, *La imputación y Teoría del delito, la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, 1 era. Edición, Buenos Aires, editorial IB de F, 2008, 20p, ISBN 978-9974-676-07-7.

23. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal*, Tomo I, op. cit. 11p.

24. HRUSCHKA, Joachim *Imputación y Derecho Penal, estudios sobre la teoría de la imputación*, 1era edición americana, Buenos Aires, editorial IB de F, 2009, 1, 2p. ISBN 978-9974-676-22-0.

nos hace partícipe de algo, por lo mismo el comprender es una cointersubjetividad que se produce, por lo que comprendemos que es igual a mí, por lo tanto es un ser humano a quien debo respetar, ya que como dice el autor, es con quien pasamos, conversamos, nos interrelacionamos en forma permanente. Considera que el sujeto no es un objeto del que solo hacemos una explicación, ya que no se encuentra sometido a las leyes causales, sino que se maneja con la libertad. Ésta es una libertad interior, esto es, autodeterminación respecto de las leyes de la naturaleza.²⁵

Es por eso que en el momento en que explicar solo es descriptivo sin ningún aporte, en cambio la comprensión es entender al otro para poder dialogar y deliberar para llegar a un consenso a través de la acción comunicativa que es el lenguaje, con la acción humana como punto de partida. Este autor alemán tiene en su construcción gran influencia de Kant, ya que construye la suya desde la libertad como criterio de imputación, es por eso que seguiremos revisando en este mismo sentido.

En esta misma posición tenemos que mencionar Michael Kohler²⁶ quien defiende a la imputación subjetiva (imputación al sujeto libre y responsable) se sustenta en el modelo de Kant, por esa razón, iremos entregando los criterios que nos ayudan a entender esa construcción, y estos son:

1. En la imputación al sujeto libre y responsable, la libertad debe ser considerada por su antinomia entre causalidad y libertad. Esta se puede estudiar de dos supuestos. La tesis afirma que la causalidad, según las leyes de naturaleza, no es la única que explica los fenómenos del mundo. Es necesario admitir una causalidad por libertad para explicar los mismos. La prueba consiste, que la primera, es decir, según la ley de causalidad, todo efecto debe necesariamente tener una causa, pero no existe un inicio causal. La causalidad por libertad es la facultad de comenzar una serie por sí mismo, es por ello que en la razón se crea la idea de una espontaneidad que hubiere comenzado una serie de fenómenos sin estar condicionada por ninguna causa. En esta esfera de la trascendencia se da la libertad que tiene el hombre de decidir.²⁷

25. HRUSCHKA, Joachim. Imputación y Derecho Penal, op. cit. 4p.

26. KOHLER, Michael, La imputación subjetiva, estado de la cuestión, op. cit. 73p.

27. MEJIA QUINTANA, Oscar. Justicia y Democracia Consensual. La teoría necontractualista en John Rawls, 1era. Edición, Bogotá, editorial Uniandes, 1997, 67p. ISBN 958-665-002-2.

2. Menciona que Kant, ve al hombre de dos maneras: como un ser empírico o fenómeno y un hombre sensible o trascendental o noumena. El primero es parte del mundo físico o natural en donde hay "...factores causales, físicos, genéticos, sociales que ningún ser humano puede evitar; tampoco es indecisión. Es justamente una decisión y, además, una predeterminación. Ahora, es una predeterminación propia, autónoma, de la personal moral en su voluntad. 'La voluntad en sentido ético es, pues, aquella voluntad que, además de los momentos causales sin número que resultan operantes en ella, encierra una predeterminante propia de otra índole...que no procede del complejo causal del mundo. Así pues, no la caracteriza la anulación de toda predeterminación, sino la adición de una nueva, no en minus de predeterminación sino más bien un plus de predeterminación'"²⁸.

El segundo, está predeterminado en forma propia fuera de los factores causales, y su intervención es porque tiene capacidad de acción, es decir de iniciar su propio proceso causal o intervenir en el proceso causal.

Este es un solo hombre es el ser natural que está sometido a las leyes morales, "...esta personalidad moral pertenece según Kant exclusivamente al mundo inteligible y es atribuida conceptualmente a un ser que es libre para querer y actuar o, dicho con palabras del propio Kant, a un ser racional dotado de voluntad, que no puede sino actuar bajo la idea de libertad..."²⁹.

Es por eso que para Manuel Jiménez Redondo, Kant introduce dos conceptos de libertad. Uno negativo, la libertad de arbitrio, y el positivo que es la autonomía racional. "...la libertad de arbitrio es la independencia de la determinación de la voluntad respecto de impulsos sensibles, es decir, es la capacidad de actuar de suerte que también podría no haberse actuado, cualquiera sea los motivos por los que se ha actuado; y, (...) el concepto positivo es: la facultad de la razón pura de ser ella misma práctica. Lo cual sólo puede suceder por vía de que la máxima que gobierna cada una de las acciones se sujete a la condición de poder valer como ley general..."³⁰

28. DONNA, Edgardo Alberto Derecho Penal, Parte General, Tomo I, op. cit. 35,36p.

29. VAN WEEZEL, Alex Pena y Sentido: estudio de Derecho Penal, 1 edición, Lima, ed. ARA editores, 2008, 24p. ISBN 978- 9972-238-35-2.

30. HABERMAS, Jürgen Facticidad y Validez, traducción de Manuel Jiménez Redondo, estudio introductorio, 3era. edición, Valencia-España, editorial Trotta, 2001, .25p. ISBN 84-8164-151-0.

3. Para Bobbio, Kant confunde estas dos libertades, ya que hace creer que expone la libertad de la autodeterminación de Rousseau como libertad política, cuando en realidad lo que hace es la libertad individual. Es por ello, que menciona que el libro de la *Metafísica de las Costumbres*, cuando Kant, define a la libertad legal como la facultad de “no obedecer a ninguna más que aquella a la que (el ciudadano) ha dado su consentimiento”. Kant entiende por libertad jurídica el poder de autolegislarse colectivamente, es decir, hace coincidir el significado de libertad con autonomía política.³¹

4. Pero como fue entendida la libertad en el siglo XIX, B. Constant, según la opinión de Bobbio, es quien captó la diferencia de las dos libertades, aunque arbitrariamente llamó la libertad de los modernos y la libertad de los antiguos, exaltó a la primera sobre la segunda, es decir, que la libertad individual en la cual el hombre puede hacer lo que quiera y por lo mismo los modernos deben disfrutar de aquella sin poder pedirles ningún sacrificio a cambio de la libertad política. En cambio, la segunda la que los antiguos buscan en su relación con la sociedad en esa libertad política.

5. En el siglo XX, Isaiah Berlín divide a la libertad en: libertad negativa y libertad positiva. La libertad negativa, para este autor citado por Rafael Alcácer Guirao, “...es el ámbito en que al sujeto se le deja o se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que ello interfieran otras personas...”³²

Continúa Alcácer Guirao, refiriéndose a la libertad negativa pero incluye cómo entender la libertad positiva que “...viene referida a lo que es el ámbito que ha de tener el control externo sobre la libertad del individuo, la libertad positiva, se entiende dirigida hacia el origen de ese control, hacia la pregunta de ¿por quién estoy gobernado o quién tiene que decir lo que yo tengo y lo que no tengo que ser o hacer...”³³.

Esto quiere decir, que la persona es libre de actuar o elegir su proyecto de vida sin que afecte a terceras personas, esto es, tengo derecho hasta donde

31. BOBBIO, Norberto *Teoría General de la Política*, op. cit. 118p.

32. ALCACER GUIRAO, Rafael *Los fines del Derecho Penal: Una aproximación desde la filosofía política*, 1era. Edición, Bogotá, Editorial U. Externado de Colombia, 2004, 156 p. ISBN 958-616-873-5.

33. ALCACER GUIRAO, Rafael *Los fines del Derecho Penal* op. cit. 158p.

comienza el derecho del otro. En estos casos, el Estado debe intervenir para restringir el derecho a la libertad para proteger el derecho a la libertad de los demás. En esa lógica el Estado debe tener una posición de neutralidad, debe respetar las libertades de las personas y reconocerlas como tales. Pero hay un segundo punto que es la tolerancia que deben tener las personas con las libertades de los otros. Es por ello que debe haber los mínimos de entendimiento para poder obtener la armonía social.

Entendida así esta libertad, en este punto debemos ubicar ¿quién es su titular? La construcción kantiana cuando desarrolla su teoría que el ser humano cuando se comprendió a sí mismo salió de la minoridad de edad³⁴ y sus actuaciones lo hace en forma racional, entendiéndose, como se dijo, con su propio ser y en relación con otros, respetando la dignidad humana como fundamento de sus actuaciones y de sus leyes, por lo cual el derecho debe construirse. Es por eso que no se puede aceptar que el individuo se maneje con impulsos como lo propone Jakobs, sino que lo hace como una persona racional, ya que no se entiende, como lo menciona Donna y Hruschka, en el sentido natural biológico, sino en el plano de lo racional. Es por eso que la persona en este modelo es sujeto libre pero conlleva la responsabilidad de sus actuaciones.³⁵

Una vez determinado quién es el titular de esta libertad, debemos determinar ¿cómo ésta tiene relevancia para el Derecho Penal? Para que tenga relevancia esta causalidad por libertad³⁶, o imputación a la libertad debemos entender que no es suficiente para que se proceda al juicio de imputación, la causalidad natural para explicar los fenómenos, sino que requiere de "*causalidad por libertad*" que es la facultad de comenzar una serie por sí mismo; es por ello que en la razón se crea la idea de una espontaneidad que hubiere comenzado una serie de fenómenos sin estar condicionada por ninguna causa."³⁷ En esta esfera de la trascendencia se da la libertad que tiene el hombre de decidir. Se debe tomar en cuenta desde el sujeto como causa primera, como sostiene Jesús María Silva Sánchez; por tal razón el juicio de imputación será en virtud

34. KANT, Immanuel ¿Qué es la ilustración? Traducción de Roberto R. Aramayo, Segunda reimpresión, Madrid, editorial Alianza, 2009, 83p. ISBN : 978-84-206-5176-5.

35. GRACIA MARTIN, Luis citado por DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, 1era. Edición, Santa Fe, editorial Rubinzal Culzoni, 2008, 126 p. ISBN 978-950-727-892-1.

36. DONNA, Edgardo Alberto Derecho Penal, Tomo I, op. cit. 33 p.

37. MEJIA QUINTANA, Oscar Justicia y Democracia Consensual. Op. cit. 68,69. 70 p.

que alguien es considerado agente-causa libera- de una acción, por tanto se sustrae al mundo causal exterior.³⁸

Es decir, como un ser humano racional actúa en libertad cuando comprende y debe tener, así mismo, la comprensión de la relación con otros en el mundo exterior³⁹, por eso Kohler citando a Kant manifiesta que “la personalidad moral no es otra cosa que la libertad de un ser racional bajo leyes morales (o sea bajo las leyes de la libertad). Es por esa razón, que este autor considera que abarca tanto para la ética como para el Derecho, aunque con distinto modo de validez. En consecuencia dice el autor que “imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio en virtud del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una conducta que desde ese momento se considera hecho (factum) y que se halla bajo la ley (scil. De la libertad)”⁴⁰.

Pero cómo se puede determinar el origen. Pablo Sánchez Ostiz sostiene que a la imputación le importa encontrar el origen de esa causa, ya que se considera que, para que haya efectos, debe haber una causa que no se la puede encontrar en forma descriptiva porque estaríamos en la causalidad natural, sino haciendo juicios de imputación (libertad, voluntad, dominio del hecho) ya que el derecho utiliza un lenguaje prescriptivo y no descriptivo, pero además se debe hacer una comprensión en forma retrospectiva y por ello se “supone apartarse de una concepción mecanicista de la causalidad”⁴¹.

Estos juicios de imputación nos ayudan a encontrar quién produjo la interrupción de la causalidad que no es arbitraria, sino que es realizada por quien tiene esa libertad, es por ello que se buscará quién dio ese sentido diverso a la causalidad buscando esa causa de origen, evitando irse al infinito⁴². En razón de lo anterior, el autor citado concluye: “En efecto, la libertad del artífice es lo que posibilita afirmar de su acción que es un hecho”⁴³.

38. SILVA SANCHEZ, Jesús María, prólogo en el libro de Pablo Sánchez Ostiz, *La imputación y Teoría del delito, la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*. Op. cit. XXI p.

39. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, op. cit. 23p.

40. KOHLER, Michael, *La imputación subjetiva, estado de la cuestión*, op. cit. 74p. DONNA, Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal, parte general*, Tomo I, op. cit. 21p.

41. SANCHEZ-OSTIZ, Pablo, *La imputación y Teoría del delito* op. cit. 21p.

42. SANCHEZ-OSTIZ, Pablo, *La imputación y Teoría del delito* op. cit. 21p.

Debemos seguir con los criterios de imputación para determinar que esta causa libera o acción libre es producida por la voluntad como forma de dominar el hecho o de tener el poder sobre esa causalidad que conduzca al resultado que se transforma en hecho. Ya fue Aristóteles quien fijó este criterio de imputación de “dominio del hecho” como imputación subjetiva⁴⁴.

Los niveles de imputación primarios y secundarios.

Esta imputación subjetiva busca a ese sujeto para atribuirle esa acción libre, que según Pufendorf es una “acción humana como base del cumplimiento de deberes.” Afirmaba que debía entenderse no como cualquier movimiento, sino como aquel basado en la capacidad del hombre que debe dirigirlo, de manera que pueda analizar el asunto con su entendimiento y decidir, luego, con su voluntad. Agregaba, que el hombre debe verse como causa de su propia acción, porque debe ser tomada como causa libre esa acción, debido a que la voluntad ha sido formada de manera libre⁴⁵.

Cuando Pufendorf se refiere a la imputación, según cita María de los Ángeles Rueda Martín, utiliza dos expresiones: la imputativitas y la imputatio. La primera está relacionada “por los presupuestos materiales de la imputabilidad y las condiciones de su exclusión. Estos presupuestos eran los que determinaban la relación de pertenencia de la acción “libre” al autor.”⁴⁶ Sigue refiriéndose la autora que Welzel, al citar a Pufendorf este quiere decir con la expresión imputatio que “hace referencia a las operaciones judiciales ex post de comprobación en primer lugar de la concurrencia de los elementos de la imputativitas y en segundo lugar y a continuación de la valoración del suceso conviene hacer la diferencia entre *enthia moralia* y *enthia physica*, la primera según el autor alemán es una teoría de las formas del ser moral, en contraposición la segunda son los objetos de la naturaleza física, cuya totalidad constituye el universo natural”⁴⁷

La imputativitas tiene una parte material y otra formal, la primera tiene

43. SANCHEZ-OSTIZ, Pablo, La imputación y Teoría del delito op. cit. 21p.

44. KOHLER, Michael, La imputación subjetiva, estado de la cuestión, op. cit. 74p

45. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, op. cit. 48p.

46. RUEDA MARTIN, María de los Ángeles, La teoría de la imputación objetiva, op. cit. 69 p.

47. RUEDA MARTIN, María de los Ángeles, La teoría de la imputación objetiva, op. cit. 69 p

relación con el suceso material de la acción humana, esto quiere decir, tiene que ver cómo esa acción libre que domina el hecho y lo realiza con voluntad que debe materializarse en forma física y que consigue un resultado. La segunda consiste en la imputativitas de la acción, es decir que tiene relación con los efectos de una acción libre que puede ser imputado al actuante como algo propio. Como lo sostiene Rueda Martín, siguiendo la propuesta de Welzel, al citar a Pufendorf esta imputativitas no debe pronunciarse sobre la culpabilidad o el mérito, sino solamente debe hacer referencia a la conclusión lógica perteneciente a la determinación a través de la libertad.

Es por esto que ella presenta la uniformidad física del mundo sin ninguna valoración ética como reproche. Es decir, que se debe determinar *la materialización física y su conexión con los elementos ontológicos que se encuentran en la acción y en la libertad como construcción abstracta*.⁴⁸ Por eso manifiesta la autora española que el acto de matar del asesino, del verdugo, del soldado o de alguien que obra en legítima defensa, se diferencia en el momento que entra la *entia moralis*, en cuanto es una valoración de los presupuestos físicos que estos tienen relación con la acción libre y la voluntad que domina el hecho.⁴⁹ A estos dos momentos se llama *imputatio* siendo éste un término mucho más amplio que lo realiza el Juez al momento en que debe resolver el caso propuesto en forma retrospectiva, como lo indica Hruschka.

Es decir, como lo sostiene Donna, la acción lógica de imputar se puede realizar desde un suceso físico, como hecho, esto es, desde un punto de vista estrictamente causal, físico, de acuerdo con esas leyes, o tomarla desde el punto de vista de la libertad, es decir que la acción no se le puede tomar como acción libre y al mismo tiempo como causada,⁵⁰ sino que debe ser un complemento entre las dos, como mantuvo el autor argentino cuando justificaba al hombre kantiano, el empírico y el transcendental. Es por eso que en la imputación penal "hay dos formas de realizar la imputación, por una parte, la llamada imputación a la causalidad natural, y, por otra, la llamada imputación a la libertad,

48. RUEDA MARTIN, María de los Ángeles, La teoría de la imputación objetiva, op. cit. 69 p. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, op. cit. 49p. GRACIA MARTIN, Luis Fundamentos del sistema del Derecho Penal, op. cit. 67, 143, 348 p.

49. RUEDA MARTIN, María de los Ángeles, La teoría de la imputación objetiva, op. cit. 69 p. GRACIA MARTIN, Luis Fundamentos del sistema del Derecho Penal, op. cit. 348 p.

50. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, op. cit. 53p. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, op. cit. 203 p.s.s.

la llamada imputación normativa".⁵¹

Para seguir en la construcción de la imputación al sujeto libre y responsable, el filósofo alemán Joachim Hruschka, propone dos niveles de imputación: el primario y el secundario. El primario tiene relación con estos momentos materiales de la imputativitas que, como hemos argumentado, son las acciones del sujeto libre y que se han materializado por su voluntad y dominio del hecho; y, el secundario es la imputación al reproche que se hace a ese sujeto libre y que es a la culpabilidad.

Es decir, que la primera tiene relación con el injusto penal que se encuentra conformado por la tipicidad y la antijuridicidad; la otra con la culpabilidad en la cual debemos relacionar si es que tuvo o no conciencia de la antijuridicidad de su actuación.

Pero este autor también menciona que existen reglas de imputación y reglas de comportamientos o conductas. Las reglas de imputación serán las que tienen relación con la imputativitas *entia physica* y la *entia moralis*; y, las de comportamiento tienen relación con las normas imperativas que se reducen a las prohibiciones y mandatos que están dirigidas al sujeto libre y responsable como destinatario de las mismas, para que se pueda comprobar empíricamente si violentó o no el derecho.⁵² Estas normas son el resultado de la interpretación del texto de la ley (tipo penal) dentro de la filosofía del lenguaje siendo el Derecho un lenguaje prescriptivo.

Menciona que los niveles de imputación de primer nivel son la *imputación facti* es decir, la imputación a un proceso como ejecución de una acción o de una inactividad como una omisión de una acción, en la respectiva situación relevante según los tipos contenidos en la "lex", esto es, la imputación al sujeto como causa libre de ese hecho, en ese momento se puede determinar si existió o no dicha actividad o inactividad. Y los de segundo nivel tienen relación con la *imputatio juris* que es el merecimiento de lo juzgado en la *imputatio facto* del hecho si actuó conforme a las normas de comportamiento⁵³ siendo éstas las imperativas, sean de mandato como de prohibición.

51. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, op. cit. 200 p.

52. HRUSCHKA, Joachim Imputación y Derecho Penal, op. cit. 6p.

53. HRUSCHKA, Joachim Imputación y Derecho Penal, op. cit. 15p

Es decir, que el Derecho Penal, tiene íntima relación con las normas, ya que éstas regulan los comportamientos humanos como sujetos libres y responsables, por lo que son imperativas, en el caso de los delitos dolosos y, en la normas de obligación en los casos de los delitos imprudentes. La violación trae como consecuencia la configuración de acciones humanas graves que afectan bienes jurídicos y que su violación debe ser sancionada.

La Responsabilidad.

Para finalizar la construcción de la imputación al sujeto libre y responsable, debemos en este apartado tratar ¿Cómo se entiende la responsabilidad? Para la construcción de Fernando Molina Fernández, la responsabilidad igualmente es una palabra polisémica, que se debe ir determinando su sentido y, por ello, propone que existen dos posiciones teóricas que la construyen en forma diferente. La una “mira al pasado, a los acontecimientos previos al hecho, e intenta encontrar antecedentes que expliquen sus existencia, que sean “responsables” de su aparición. El segundo grupo mira más bien al futuro, a las consecuencias del hecho, e identifica quien o quienes deben responder de él, en el sentido de sufrir ciertas cargas que se anudan a la existencia del hecho.”⁵⁴

Es decir, cuando se trató la libertad sostuvimos, siguiendo la teoría de la imputación al sujeto libre y responsable, que ésta se constituye en una teoría normativa, ya que se debe determinar criterios de imputación o reglas técnicas que la dogmática nos construye para que las decisiones sean correctas y además, que tiene términos como libertad, responsabilidad, dominio del hecho como términos que debemos valorar con relación a acción, dolo, culpabilidad.

Es decir, cuando se presente el hecho que debe ser analizado por el Juez, éste realizará su juicio de imputación o imputatio atribuyendo el hecho que fue producido por una acción libre lo cual implica que tuvo la voluntad de realizar constituyéndose en esa causa libre y por lo mismo, una vez realizada esta exteriorización que sería analizada en la imputación natural, debemos complementarla con la imputación a la libertad. En ese momento quien hizo tal hecho será responsable. Esto, según el autor citado, constituye la responsabilidad subjetiva, es por eso que “Por lo general decimos que el autor debe ser

54. MOLINA FERNANDEZ, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, 1era. Edición, Bogotá, editorial U. Externado de Colombia, 2002, 16p. ISBN 958- 616- 589-2.

“culpable” del hecho antijurídico. Con ello lo que se hace es fundir bajo una misma expresión los dos conceptos de responsabilidad que distinguimos anteriormente. Se habla de responsabilidad subjetiva para indicar la responsabilidad jurídica -imposición de penas y reparación- basada en la responsabilidad subjetiva o moral-causación culpable de hecho desvalorado.”⁵⁵

Es por eso que se puede concluir, como se sostuvo, que el sujeto que tiene libertad también tiene responsabilidad, ya que esa actuación libre es realizada en forma racional teniendo el dominio y la voluntad de realizarla, por ello debemos responder por lo que hicimos cuando pudimos actuar de otra forma, en tal sentido se desvalora nuestra actuación y debemos responder, pero si no tuvimos otra manera de actuar, debemos entender que no responderemos o no se reprochará dicho acto.

Es decir, la responsabilidad no debe surgir de un acto de coacción sino de un acto de compromiso como hemos explicado más ampliamente en el punto del Estado democrático; pero para aterrizar ese tema en el actual, debemos entender que cuando la Constitución de la República, se construye en el valor de la dignidad humana responde al respeto como ser humano y al otro como esa razón pura práctica, esto quiere decir, la libertad tanto negativa como positiva cuando nos relacionamos con otros. En esas circunstancias rigen la leyes de libertad que gobiernan la convivencia humana, lo que nos sometemos no como acto de poder del Estado sino que en nuestra condición humana de seres racionales debemos establecer un deber de respeto y de cumplimiento de esas normas que en el aspecto democrático fuimos partícipes del debate y por lo mismo en esa actuación de autor nace el compromiso de cumplir dichas normas.

Es por eso, que al realizar un hecho injusto en nuestra calidad o estatus de hombres libres, debemos responder tanto subjetivamente como origen de ese hecho y en forma jurídica por las consecuencias fijadas a ese hecho que son la pena y la reparación. Es por eso que debe ser entendido que la libertad se corresponde con la responsabilidad en nuestra calidad de ciudadanos.

55. MOLINA FERNANDEZ, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, op. cit. 72p.

RELACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN CON LA TEORÍA DEL DELITO.

Como hemos expuesto la teoría de la imputación fue la primera construcción teórica dogmática que fue utilizada para valorar las acciones que producen un resultado relevante para el Derecho Penal, por lo cual se puede imputar a quien realiza una acción libre que se constituye en una causa libera y por lo mismo debe responder, pero la teoría de la imputación fue desapareciendo con la presencia de Feuerbach quien, como manifiesta Pablo Sánchez Ostiz, reemplazó la imputación basada en la libertad por la punibilidad⁵⁶ ¿Cuáles fueron las propuestas del autor alemán?

1. Sostuvo que la libertad no puede ser el criterio de imputación para el delito, es por esa razón que, como hijo de su tiempo, construye el principio de legalidad para evitar los delitos y menciona a la coacción como forma para conseguir que no se realicen las conductas, por tal razón el Estado debe evitar infracciones y hacer frente a la peligrosidad de los infractores. Es por ello que inicia la pena como prevención general negativa, cayendo en una contradicción con la postulación kantiana que el hombre es un fin en sí mismo y no puede ser instrumentalizado para conseguir otros fines.⁵⁷
2. En el momento que pretende huir de la moralidad y de la libertad como formas de imputación, cae en la vinculación de la infracción de la ley en una mera conexión psicológica entre el hecho y el agente⁵⁸.
3. es este autor que separa y construye el delito con un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo, estos serán los presupuestos de la punibilidad que ya no es la libertad y la acción ya no es causa libera, sino como lo afirma Pablo Sánchez Ostiz, el presupuesto que es la acción queda reducido a una causalidad pseudo material, ya que responde a las condiciones físicas de la persona como causa de la conducta (es la parte objetiva) y en eso se puede haber un nexo psicológico (parte subjetiva, con mayor libertad y peligrosi-

56. SANCHEZ-OSTIZ, Pablo, La imputación y Teoría del delito op. cit. 235p.

57. SANCHEZ-OSTIZ, Pablo, La imputación y Teoría del delito op. cit. 236p.

58. SANCHEZ-OSTIZ, Pablo, La imputación y Teoría del delito op. cit. 238p.



dad, mayor tendencia mayor pena; sin mayor libertad menos circunstancias peligrosas menor pena) que resultaba ser el dolo o la culpa las modalidades, con esto deja de lado a la comprensión como fundamento constitutivo de la imputación y toma el método descriptivo y los criterios de la constatación empírica, por lo mismo la imputabilidad solamente es una causa para la culpabilidad que es psicológica.

4. Usa a la libertad no como causa sino como forma psicológica de la culpabilidad. En cuanto al autor intelectual, menciona que es un autor inmediato con un interés directo, del efecto de la acción, es decir es la causa de haber realizado el autor o socio material el delito, es por ello que se cumple la punibilidad⁵⁹.
5. Y por último, con este autor desaparece la teoría de la imputación subjetiva de la libertad y comienza la construcción de la teoría que se sustentará en la constatación de la mera causalidad, ya que ésta es considerada como elemento que determina la acción y esta visión mecanicista y causalista pasa a constituirse en la forma de determinar el delito dejando, como se dijo, la construcción ontológica y óptica de la imputativitas que es el sustento en la teoría de la imputación como habíamos expuesto en líneas anteriores⁶⁰. Es por eso que esta construcción se refleja igualmente en la intervención en el delito, por lo cual el instigador es considerado como causa y por lo mismo debe ser castigado como autor intelectual, como lo sostiene Edgardo Alberto Donna.⁶¹

Es así que aparece la teoría del delito en reemplazo de la teoría de la imputación; la primera fue desarrollada en la forma que la conocemos actualmente por el modelo Beling y Franz Von Liszt, que desde el punto de vista formal el delito es la acción típica, antijurídica y culpable. Esta teoría sigue los lineamientos expuestos por Feuerbach, al aplicar los conceptos de las ciencias naturales a los conceptos del derecho. Es por eso que el autor concluye que la posición de Feuerbach se puede calificar con las siguientes notas "empirismo, naturalismo y reducción del Derecho a mera subsunción. Con ello queda abierta en el Derecho Penal la vía del positivismo que irrumpe a finales del

59. SANCHEZ-OSTIZ, Pablo, *La imputación y Teoría del delito* op. cit. 235p.

60. SANCHEZ-OSTIZ, Pablo, *La imputación y Teoría del delito* op. cit. 236p.

61. SANCHEZ-OSTIZ, Pablo, *La imputación y Teoría del delito* op. cit. 238p

siglo XIX. Es más, según entiendo, bien puede decirse que es uno de los precursores".⁶²

¿Cómo se construye esta teoría del delito positivista o causalista?

1. Se toma a la acción como base de la teoría del delito, excluyendo el concepto de sujeto libre y responsable, en consecuencia la libertad. Ésta es una construcción abstracta que parte de una línea de pensamiento indeterminista, que se opone a los postulados de la ciencias naturales que son deterministas, por lo mismo descalificando al Derecho como ciencia, ya que no tiene esa categoría al fracasar en los criterios⁶³ que la misma debe tener para ser categorizado como tal, es así que los causalistas o positivistas, acogen esa crítica y pretenden construir su modelo explicativo, fiel a los postulados de las ciencias duras, utilizando los métodos empírico, natural y de la lógica formal o deductivo.
2. El objeto debía ser algo que se pueda observar empíricamente, por lo que se utiliza el método descriptivo. En esa lógica se considera a la acción en dos aspectos: el objetivo (tipicidad y antijuridicidad) y el subjetivo (culpabilidad), siendo en primer lugar un simple movimiento corporal sin ninguna finalidad; la voluntad no tenía sentido estaba vacía. Tiene importancia para el derecho en el momento que se materializa en el mundo exterior produciendo una mutación física; en el caso del derecho se materializada en el tipo penal, que bajo el criterio de Beling, la tipicidad solo era un juicio neutro sin ningún elemento subjetivo o normativo. La antijuridicidad era solamente la contrariedad a la ley y la norma, esto se constituía como algo objetivo y que el sujeto que se encontraba solo podía aprehender y no modificar por ese motivo; la culpabilidad tiene que ser subjetivo, pero previamente debe ser imputable o inimputable como un presupuesto para ser o actuar con dolo o culpabilidad como grado de la misma.

Pero es la teoría de Hans Welzel, la que realiza una crítica con la propuesta teórica conocida del injusto personal o acción final.⁶⁴ En qué consiste esa

62. SANCHEZ-OSTIZ, Pablo, La imputación y Teoría del delito op. cit. 263p..

63. Para que sea ciencia debe tener un objeto de estudio, un método, una ley y la repetición en su socialización para que sea en beneficio de algo.

64. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, op. cit. 167 p.

propuesta.

1. Que es el objeto el que determina el método, es decir, que el objeto de valoración debe determinar el método que ayudará a valorar ⁶⁵ y que para el maestro alemán, primero se debía determinar ¿cuál era la naturaleza del objeto de valoración? que es la acción (con la finalidad que es una cuestión ontológica) y posteriormente determinar la valoración del objeto con el punto de partida de la acción con la voluntad de realización a una finalidad y los juicios de valoración que se encuentran en la construcción dogmática del filósofo alemán que son los adjetivos como la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.
2. El positivismo había construido la acción como algo causal que solo el movimiento corporal que realizaba la mutación en el mundo físico y esto debíamos subsumir en el tipo penal, sin que esa acción sea vidente o final, sino como causa de iniciar un algo. Para la propuesta, el autor alemán menciona que existen estructuras lógicas objetivas que no se pueden alterar, como son la acción final, la culpabilidad y la autoría; el legislador debe respetar y además, ese objeto determina que se use el método de construcción ontológico, que sostiene que la acción⁶⁶ es óntica al ser humano ya que tiene una voluntad de realización y por lo mismo es siempre final, es decir, que elige metas, escoge herramientas y medios para ejecutar y que se exterioriza mediante la voluntad de realizar.⁶⁷
3. Welzel determina la diferencia entre lo ontológico y un sistema normativo cuando, citado por María de los Ángeles Rueda sostiene “que la diferencia entre los juicios lógicos objetivos y los juicios axiológicos fueron establecidos en forma clara por Welzel, cuando señaló “bajo ninguna circunstancia se puede identificar el sustrato ontológico con el valor ya que el objeto determinado ontológicamente es sólo el portador del valor pero no el valor mismo...” ⁶⁸ Es por ese motivo que la acción final debe sostenerse en la libertad ⁶⁹ tomando en cuenta que la voluntad de realización es la que conduce o domina la causalidad, relacionada con la libertad de la acción,

65. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. 133 p.

66. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. 174 p.

67. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. 101, 174 p

68. RUEDA MARTIN, María de los Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva*, op. cit. 119 p.

69. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. 169 p.

y construye ya no solo una teoría ontológica sino una teoría normativista; por esa razón no se pueden aceptar las críticas de que solo es una teoría ontológica, es decir, que del ser no nace el deber ser, esto es, que de la naturaleza humana no puede surgir el derecho o el deber ser, lo cual no es adecuado como crítica ya que es la acción final como esa estructura que surge de la propia lógica y que en forma objetiva existe como tal. Esta argumentación es escogida por el autor alemán para sostener su metodología teórica.⁷⁰

4. La acción se considera como prejurídica. Tomando en cuenta la acción humana, existe antes que la ley la describa e independientemente de su descripción y valoración o desvaloración. Es jurídica cuando esta acción tiene su relevancia jurídica porque es materia de una valoración jurídica y debe pasar por los filtros para ser típica, antijurídica y culpable.⁷¹ Es decir, que debe existir la misma y en forma posterior el autor como construcción jurídica cuando se hace el juicio de imputación o de relevancia jurídica, esto es que en este momento el objeto de valoración debe existir la valoración de éste a través de estos filtros que le dan sustrato ético social.⁷²
5. El criterio normativo de la antijuridicidad, también deja de ser objetiva, para constituirse con elementos subjetivos, así como pasa de ser formal a un juicio de desvalor anti normativo y material, ya que es la acción típica un indicio de que la conducta es antijurídica, por haber afectado a la norma y por lo mismo al bien jurídico, y por eso se hace un segundo juicio que será el desvalor del resultado si lesionó o no el bien jurídico, con ello se vería si es antijurídico materialmente.
6. Se deja de lado a la culpabilidad como vínculo simplemente psicológico con la parte objetiva, con sus grados de culpabilidad como el dolo y la culpa; en el finalismo se traslada al dolo a la tipicidad y la culpabilidad es un juicio de reproche o de responsabilidad de carácter normativo, por cuanto se viola la norma de motivación que se genera en la norma jurídica de carácter imperativa sea de prohibición o de mandato.

70. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. 101, 173, 174 p

71. ZAFFARONI, Eugenio Raul, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Tomo III, 5ta. Edición, Buenos Aires, editorial EDIAR, 2004, 27 p. ISBN 950-574-056-5 (Tomo Tercero). DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. 168 p.

72. RUEDA MARTIN, María de los Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva*, op. cit. 118 p.

Una vez determinadas entre los más importantes aportes de la teoría de Welzel a la teoría del delito, en que parte se vinculan o se relaciona la teoría de la imputación con la teoría del delito.

Como lo sostiene Donna, la teoría del delito es una teoría de la imputación a la acción.⁷³ Como había sostenido Luis Pietro Sanchis la acción humana se convierte en el objeto de valoración por parte del Derecho, es por eso que tanto en la teoría de la imputación, la acción descrita en forma material no le interesa, sino cuando ésta es sometida a un juicio retrospectivo en el cual se convierte en hecho, pero esto se conoce como imputativitas y posteriormente en la imputación moralis para determinar su culpabilidad, es decir, que con la reglas de imputación la teoría del delito se convierte en eso para poder imputar la acción a un sujeto libre y responsable, por lo tanto la acción pasó a ser la base de la teoría del delito, a la cual se agregan los adjetivos o cualidades para calificar como delito, esto es, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.⁷⁴

Como se dijo, para Hans Welzel, el hecho de ordenar la acción en una unidad (subjetivo objetivo), fue el primer paso de poner en orden la dogmática jurídico-penal, una vez identificado desde las estructuras lógicas objetivas como es la finalidad, se fueron creando los criterios de valoración de dicho objeto, por ello es que los filtros se constituyen en ello, para poder imputar como propio el hecho a un sujeto, tarea sustancial del Derecho Penal.

Adicionalmente, en la construcción de la teoría del delito también se añaden criterios de índole valorativa como es la libertad, por esa razón se ha dicho que la acción debe ser libre pero en relación con el sujeto libre para que tenga sentido y contenido en la misma. Es por eso que la teoría del delito tiene como base a la acción y este debe estar relacionado con la libertad y responsabilidad. A continuación debemos fijar los postulados que ayudaran a este punto:

1. La acción, es la unión de los elementos anteriormente descritos que en base al método analítico, sistemático podemos desagregarlos con el fin de entender de mejor manera dichas cualidades. Por ello, se constituyen en esos filtros o "cualidades como comprobaciones o valoraciones del enjuiciamiento jurídico penal."⁷⁵

73. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. 105 p.

74. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. 170 p.

2. El Derecho Penal toma a la acción como base de la teoría del delito, ya que regula con las reglas de conducta o comportamientos al sujeto libre y responsable, creando un sistema normativo que tiene como finalidad a este sujeto como autor.⁷⁶
3. La acción se convierte en un límite al poder punitivo estatal, en el momento en que se debe describir solamente acciones finales en los tipos penales, estas implican acciones libres, por ello se entiende el respeto a la dignidad humana como valor supremo de la Constitución y de la Convención Americana de Derechos Humanos, es así que se ligan estas dos teorías.

Pero, cómo debemos entender a esta acción en relación con la imputación. Esta se convierte en “hecho”⁷⁷ cuando en la teoría de la imputación se hace el juicio de imputar al sujeto libre y responsable como origen de la acción libre, es decir, es la “causa libera” o la imputación por la libertad, que con el conocimiento de las circunstancias y la voluntad de realización como dirección del proceso o como dominio del hecho⁷⁸ puede conducir la causalidad con la finalidad querida. Esta exteriorización tiene relación íntima con la acción libre con los criterios valorativos y normativos. Se puede decir que la imputación primaria sería la tipicidad y la antijuridicidad y la imputación secundaria sería la culpabilidad.⁷⁹

Podemos concluir que no se tratan de dos teorías desconectadas, sino que en su construcción tienen un objetivo final que es la atribución de un hecho determinado por los criterios normativos como delito a un sujeto que fue el responsable en forma subjetiva y que él debe responder con la pena y la reparación a la víctima. Es por ello que María de los Ángeles Rueda Martín⁸⁰ realiza una crítica a la teoría de la imputación objetiva en el sentido que se debe construir la imputación desde el sustrato de las estructuras lógicas objetivas de índole ontológico y que no se pueden abandonar, ya que provocarían des-

75. CEREZO MIR, José citado por DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, op. cit. 105 p.

76. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, op. cit. 172 p.

77. SANCHEZ-OSTIZ, Pablo, La imputación y Teoría del delito op. cit. 513, 514 p.

78. SANCHEZ-OSTIZ, Pablo, La imputación y Teoría del delito op. cit. 510, 515, 520, 521 p

79. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, op. cit. 170 p.

80. RUEDA MARTIN, María de los Ángeles, La teoría de la imputación objetiva, op. cit. 121 p.

aciertos, es por ese motivo que solo enunciamos esta opinión como punto de partida para otro trabajo, pero que es importante para lo que hemos defendido en esta tesis.

LA TEORÍA del DELITO y la TEORÍA de LA IMPUTACIÓN al SUJETO LIBRE y RESPONSABLE DESDE la CONSTITUCIÓN de la REPÚBLICA.

Hemos afirmado en esta investigación que el Ecuador tiene como modelo la teoría garantista, desde su acepción normativa que legitima el sistema político y jurídico, como el reconocimiento de los derechos humanos y de la paz como fin de su modelo, eso lo sostuvimos en el apartado cuando justificamos el *ius punendi* en el Estado democrático y constitucional, así como cuando estudiamos la teoría del delito en el Ecuador su crítica y propuesta postulados desde la teoría garantista en el que pudimos ya introducir los criterios que nos van ayudar en este capítulo para relacionar dicha teoría constitucional con el Derecho Penal y las teorías de la imputación y del delito.

Es por esa razón, que nuestros Asambleístas Constituyentes como resultado de sus deliberaciones en la Constitución de la República, en el Preámbulo se construye nuestro país respetando la dignidad de las personas y de los pueblos, como un Estado social y solidario en su economía, que toda construcción debe estar condicionada a los derechos, sin olvidar a la ética laica. Todo esto implica que el ser humano es el centro de este pensamiento garantista, confirmando la máxima de Kant que el ser humano es un fin en sí mismo y no puede ser instrumento o medio ni del estado peor aún de otro ser humano que le catalogue como objeto siendo un sujeto de derechos.

Es por eso que una vez que se ha comprendido este valor de la dignidad humana y de los pueblos, debemos relacionarla con la ética laica que debe guiar las decisiones de los poderes públicos y privados, esto genera que estos poderes estén sometidos a respetar los derechos y que la autodeterminación del ser humano sea el punto de sostén para el ordenamiento jurídico, en especial para el Derecho Penal.

Es así que la teoría de la imputación al sujeto libre y responsable, tiene sustento constitucional y por lo mismo nos ayudará a reconstruir nuestra dogmática penal. Por ese motivo la teoría garantista justifica su modelo con los principios de estricta legalidad, porque fija como límites al legislador que el fundamento de las tipificaciones debe ser un sujeto libre y que tenga derechos.

Que las acciones u omisiones se encuentren tipificadas en la ley y que constituyan exteriorizaciones que tengan el sustrato ontológico de la finalidad como esa estructura lógica objetiva, como exigencia de límite al legislador. Así mismo que esas acciones tengan como fundamento la ética laica que tiene relación con los derechos de libertad, así como con los fundamentos de la razón práctica que constituye esa libertad positiva.

Es decir, que el fundamento filosófico de carácter garantista tiene la posibilidad de ser desarrollado en nuestra dogmática penal y reconstruir la misma superando las construcciones de los autores ecuatorianos que fueron analizados en el capítulo anterior.

Posteriormente, los criterios que nos pueden ayudar a la valoración del objeto se sustentan en la exteriorización mediante la tipificación de las acciones en las leyes penales, como hemos mencionado, sin ninguna discriminación de sexo, personalidad, pasado judicial, edad, entre otros, buscando desde la filosofía garantista que los derechos sean universales, igualitarios y que sea la ley del más débil. Esto debe tener en cuenta la dignidad de ser humano, entendiéndose como lo que es y el respetar al otro, poder desenvolverse en la libertad que tiene pero respetando al otro, sin afectarlo.

Que esas acciones sean idóneas para ser reguladas, es decir, que produzcan afectaciones y lesiones a la convivencia social que fomenta la paz, así como los derechos de los otros. Por esa razón si esas acciones no afectan o lesionan, no pueden ser desvaloradas como delito, por lo mismo dejarán de serlo.

Así mismo en la tipificación debemos buscar que las descripciones no sean o no se busque en acciones que por sí mismas constituyan un resultado como la tenencia, el almacenamiento, es decir, evitar los tipos penales de peligros abstracto o de peligrosidad con lo cual se vuelve al Derecho Penal de autor.

Otro criterio de que la imputación al sujeto libre y responsable, tiene que ver con la libertad que tiene, debe respetar el derecho de otro, estos son los bienes jurídicos que serán tutelados por el Derecho, en especial por el Derecho Penal en armonía con el principio de mínima intervención, tomando en cuenta que esas acciones tienen que ser idóneas para afectar y lesionar esos derechos que son los bienes jurídicos.

Se debe ver si efectivamente dañan o son lesivas para dichos bienes jurídicos, en ese momento esas acciones son idóneas y necesarias para ser tomadas en cuenta por el Derecho Penal. Así mismo, la lesividad debe ser otro límite al poder punitivo y ayudarnos a determinar en qué momento una acción puede ser imputada como socialmente dañino, por lo que el peligro debe ser real, grave y probado.

Y por último, la culpabilidad como garantía penal debe ser observada en el momento en que se puede valorar que el sujeto es libre de tomar sus decisiones y por lo mismo debe ser declarado como culpable para que pueda responder como antecedente de lo que hizo y por lo mismo responda con la pena y la reparaciones que nuestra Constitución prevé tanto en los derechos de la víctima como en la fijación de las penas privativas de libertad, como las medidas alternativas a la prisión.

En cuanto a la teoría del delito, con este sustento constitucional debemos reconstruir a la teoría del delito, que ha sido desarrollada por nuestros autores, en primer lugar derogando en el Código Penal vigente, que hemos analizado en forma breve, todas las dificultades dogmáticas que fueron señaladas en el capítulo anterior y apoyar a que se apruebe un Código Orgánico Integral Penal que se encuentre con los valores, principios constitucionales del garantismo. Actualmente se encuentra para segundo debate, con lo cual cambiará el objeto de estudio.

En segundo lugar, asumiendo consistencia dogmática en la construcción de la teoría del delito, debemos seguir la que tenga una relación filosófica jurídica entre la Constitución y la teoría del delito, con ello en primer lugar la ley secundaria no tendría dificultades de índole constitucional en cuanto a sentido material y formal. Además, la teoría del delito se apoyaría por primera vez en el origen filosófico que no ha tenido y no tiene en la actualidad. Esto es, en la filosofía garantista.

Debemos tomar en cuenta cuál sería la teoría del delito más acorde o que tiene cercanía con la filosofía garantista. Estimo sin temor a equivocarnos a la teoría del delito que tiene una construcción en el injusto personal, o teoría finalista que ha sido brevemente explicada en el Capítulo que antecede, pero en esta parte profundizaremos para dar nuestros argumentos de ¿por qué se debe aplicar dicha teoría del delito en el Ecuador?

LA TEORÍA del DELITO y su PROPUESTA DOGMÁTICA, en RELACIÓN con la CONSTITUCIÓN de la REPUBLICA DE 2008

¿Por qué sostenemos este criterio de adhesión? En este punto realizaremos una aproximación de los aportes de la teoría del delito en cuanto a la acción, a la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, así como el análisis dogmático del error de tipo y de prohibición en el proyecto del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador. En todas las categorías iremos observando su aplicación en el Ecuador.

Debemos iniciar la siguiente argumentación con ciertas precisiones desde el punto de vista dogmático para luego desarrollar el tema propuesto.

1. El derecho es una ciencia social o del espíritu, por ello ésta se interpreta y se hacen valoraciones, por tal razón, el objeto de valoración o de estudio es la regulación de conductas humanas que se presentan en su relación social y dentro de éstas las que pueden afectar a otro, por ello tienen la finalidad de prevenir estas conductas y mantener la paz social.

2. En esa lógica debemos hacer una valoración del objeto cuando estudiamos los comportamientos humanos que le interesan al Derecho Penal; para ello se ha regresado a la teoría de la imputación que, como dijimos, existen dos modelos la primera la *imputación al sujeto libre y responsable*⁸¹; y, la segunda la imputación objetiva que tiene dos vertientes:

a) Del resultado y

b) De la tipicidad.⁸²

81. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, parte general Tomo I, op. cit. 11, 48,51p.

En ese sentido, la primera teoría de la imputación, se asienta en la libertad que debe tener el sujeto para atribuirle el hecho, esto constituye que tiene que ser la causa libre que dé inicio a la causalidad para llegar al resultado propuesto como fin. Se apoya en la teoría del delito como criterios de imputación, esto quiere decir que las categorías dogmáticas de acción, típica, antijurídica y culpable complementan a esta teoría, para cumplir con la fijación de las reglas técnicas para la toma de decisiones por parte de los jueces.

3. Esta teoría considera que la acción humana existe en forma prejurídica y que luego de las valoraciones, sean positivas o negativas, debe ser tipificado en la ley penal. Esta teoría no acepta que se inicie con el concepto de autor, ya que se entendería que la norma existe antes que el hombre o que la norma crea la conducta humana, siendo a la inversa.⁸³

Es por ello, que la acción se convierte en la base de la teoría del delito y por tal motivo es considerada en el sustantivo⁸⁴ o el primer peldaño⁸⁵. En esta construcción dogmática, las demás categorías o conceptos dogmáticos son los adjetivos y los siguientes peldaños que le dan orden al pensamiento de quienes somos parte del Derecho Penal, que son producto del método analítico que se sigue, por lo tanto es un orden lógico-sistemático, que no se puede burlar.

Con esta propuesta Edgardo Alberto Donna sostiene, entre otros⁸⁶, que con esta libertad de construir su propio orden, dejando de lado el mundo divino, (esto debe ser entendida como la libertad negativa y positiva que construyó Kant⁸⁷ y en la actualidad el modelo de Bobbio⁸⁸), se comprende que el hombre tiene el dominio del hecho, esto es, seguir o detener cualquier acción que haya iniciado o no y que no se produzca el resultado negativo previsto en la ley penal, esto hace que para imputar el hecho deben existir los criterios de

82. RUEDA MARTIN María Ángeles, *La Teoría de la Imputación objetiva del resultado*, op. cit. 54,55 pp.

83. ZAFFARONI, Eugenio Raul, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, op. cit. 19p.

84. ZAFFARONI, Eugenio Raul, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, op. cit. 18p.

85. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, op. cit. 56p.

86. José Cerezo Mir, Javier de la Fuente, Hans J Hirsch, Carlos María Romeo Casabona, Juan Terradillos. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal*, parte general Tomo I, op. cit. 11p. Eugenio Raul Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Tomo IV, Buenos Aires, editorial Ediar, 2004, ISBN 950-574-058-1. (Tomo IV).

87. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, op. cit. 29p.

88. BOBBIO, Norberto, *Teoría de la Política*, op. cit. 113p.

imputación que son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad y que esta teoría divide en imputación primaria conformada por las dos primeras (injusto penal) y la imputación secundaria que es la culpabilidad.

La segunda teoría es la teoría de la imputación objetiva que conforme a los criterios de imputación objetiva, ésta soluciona los casos en el tipo objetivo, la una imputación al resultado y la otra de la tipicidad, remplazando a la causalidad que debe existir entre acción y resultado. Existen dos posiciones: la defendida por Claus Roxin y la de Gunther Jakobs, respectivamente, estas no serán analizadas en esta investigación.

En la presente investigación hemos seguido la primera teoría que es la imputación al sujeto libre y responsable. Ya hemos aplicado pero con relación a la teoría del delito y con la relación a la Constitución ¿Por qué estamos de acuerdo con esta teoría?, porque es consistente con la Constitución, ya que en primer lugar el artículo 66.5, en el que se reconoce la libertad del desarrollo de la personalidad sin más límites que los derechos de los demás, es decir, que la libertad, al mismo tiempo, tiene una responsabilidad; consiste en que tenemos autodeterminación de realizar lo que nosotros deseamos en el plan de vida que elegimos pero debemos respeto a los demás en sus derechos; así mismo, el artículo 66 numeral 29, literal d) que señala que nadie está obligado hacer algo que la ley prohíbe. Estas normas tienen relación con la norma del artículo 3 numeral 4 del mismo lugar cuando la ética que rige al Estado y a los integrantes de la sociedad ecuatoriana es la ética laica. Y para configurar esta justificación debemos tomar en cuenta el artículo 83 numerales 1, 4 y 5 en los cuales se indica que debemos cumplir la ley y respetar los derechos. Podemos concluir que la libertad implica responsabilidad en una sociedad democrática.

Estas normas constitucionales tienen una integración en su interpretación que provocan un resultado, en el momento que se debe respetar la dignidad de la persona como fin de toda la construcción constitucional, es por esa razón que el Estado debe proteger la vigencia de los derechos y por lo mismo debe hacerlo desde la libertad de cada uno y de su relación con los otros que conviven en la sociedad, esto hace que exista la paz y armonía social. Así mismo, el Estado debe tomar en cuenta que la ética laica justifica que la libertad sea el centro de cualquier desarrollo normativo y por lo mismo se terminara que los límites de la libertad será los derechos y el ordenamiento jurídico, por cuanto no estamos obligados ni hacer lo prohibido ni dejar de hacer lo que no se nos

prohíbe.

Una vez ubicado el tema, debemos seguir en la propuesta, esta imputación al sujeto libre y responsable, que se regresa a Kant para ser utilizada por la teoría pos finalista. En la evolución de la teoría del delito aparece, como dice Edgardo Alberto Donna, el pensamiento de Hans Welzel, que produce una profunda transformación en el sistema de la teoría del delito, ya que no sólo se amplían las categorías que la teoría neokantiana había logrado, sino además subjetiviza el injusto⁸⁹.

El gran salto es la decisión metodológica de subjetivizar el injusto por parte de Hans Welzel. Consiste en elegir el método de la acción final con lo cual justifica su modelo explicativo de la teoría del delito. El maestro alemán explica que toda acción humana tiene un fin, esto es una estructura lógica objetiva que debe guiar al legislador y no puede alterar. Así mismo hay otras estructuras que son la culpabilidad como reproche y la participación.

¿Qué es la finalidad o el carácter final de la acción? "...se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan."⁹⁰

Es así que la acción consta de dos fases: a) la interna que se encuentra en la esfera del pensamiento, que es la fijación de la meta (plan del autor o programa), la selección de los medios y el cálculo de los efectos concomitantes; b) la segunda fase es la que el autor produce un resultado en el mundo real, esto es, pone en marcha la causalidad. c) Consigue el resultado propuesto.

Esto genera que la acción tenga los dos aspectos tanto objetivo como subjetivo, esto traslada igualmente a la tipicidad y la antijuridicidad, generando que la valoración jurídica se haga sobre la unidad final-causal, esto quiere decir,

89. DONNA, Edgardo Alberto Derecho Penal, Parte General, Tomo III, 1era. Edición, Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni, 2008, 13 p. ISBN 978-950-727-894-5 (edición rústica). Antes en el causalismo el injusto era objetivo, ya que la acción había sido dividida en parte objetiva (tipicidad y antijuridicidad y lo subjetivo en la culpabilidad), en cambio en el modelo finalista la acción se unifica y el injusto tiene los dos aspectos objetivo y subjetivo.

90. DE LA FUENTE, Xavier Esteban, "Aspectos subjetivos de las causas de justificación", 1era edición, Santa Fe, editorial Rubinzal Culzoni, 2008, 54 p. ISBN 978-950-727-936-2

que no solo se haga una valoración del aspecto causal (solo el movimiento corporal) sino que también se haga una valoración jurídica del contenido de la voluntad de realización del autor (el fin que quiere alcanzar). Por ello se puede defender que la acción final que es parte del injusto penal debe ser necesariamente de naturaleza "personal", convirtiéndose en una estructura compleja por sus elementos objetivos y cuestiones subjetivas.⁹¹

Al generar lo anterior, produce que en la antijuridicidad no se puede dejar de lado el elemento subjetivo de la finalidad o como dice el profesor anotado "no es admisible sustraer al hecho en ningún momento la intención que la preside...si la antijuridicidad es un juicio sobre el hecho, dependerá pues, no sólo de sus elementos objetivos, sino también de forma esencial, del elemento subjetivo de la finalidad."⁹²

En consecuencia, Hirsch, citado por Xavier de la Fuente, hace una crítica a quienes sostienen la antijuridicidad objetiva sin aceptar la existencia de los elementos subjetivos de la causa de justificación al sostener "que el Derecho positivo indica que para la justificación es necesaria la orientación subjetiva. La teoría objetiva es temáticamente inapropiada ya que el objeto de la justificación lo constituyen pautas de conducta, es decir, actos y no estados objetivos."⁹³ Con este modelo del sistema del delito, se genera la explicación y sustento de los elementos subjetivos en todas las categorías dogmáticas y en especial en las causas de justificación.

Por último, la culpabilidad también tiene elementos objetivos y subjetivos tanto la capacidad de culpabilidad o capacidad de imputación (imputabilidad), en el conocimiento de la ilicitud del acto y exigibilidad, para reprochar.

91. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, op. cit. 59, 60 p.

92. DONNA, Edgardo Alberto Derecho Penal, Parte General, Tomo III op.cit, 14 p.

93. DONNA, Edgardo Alberto Derecho Penal, Parte General, Tomo III op.cit, 56 p.

LA TIPICIDAD. TIPO OBJETIVO Y TIPO SUBJETIVO.

La teoría de la imputación al sujeto libre y responsable, se sigue construyendo porque el tipo penal 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. (Artículos 76 numeral 3; 132, 132 numeral 2; y 133 numeral 1 de la Constitución).

La acción personal o injusto personal, tiene como base a la acción y los demás constituyen juicios valorativos que hacen que la acción tenga o no relevancia jurídica, es por ello que el tipo se divide en *tipo objetivo* y *tipo subjetivo*.

El *tipo objetivo*, tiene los elementos esenciales para la existencia del tipo penal, como son el sujeto activo, sujeto pasivo, el verbo rector, el resultado, el objeto material; así mismo los elementos normativos y los elementos descriptivos. También tiene elementos eventuales que de acuerdo con la técnica legislativa se describen en los tipos penales que así lo requieren como son: las circunstancias: de tiempo, lugar, personas, agravantes; los medios: engaño, violencia, intimidación, seducción, amenaza. Los elementos subjetivos distintos del dolo como son: a sabiendas, el ánimo de apropiación, con el propósito, fraudulentamente.

El *tipo subjetivo* en cambio está formado por el dolo natural como componente de la acción humana (es una acción humana natural final) que tiene dos elementos: el conocimiento que tiene que ser actual,⁹⁴ real o efectivo⁹⁵ de todos los elementos del tipo objetivo; y, la voluntad que es la exteriorización⁹⁶ del plan del autor (fin, selección de medios), es decir la puesta en marcha, que tiene voluntad de realización, voluntad de consumación y voluntad de mantener el resultado propuesto.

94. ZAFFARONI, Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, op.cit. 302p.

95. ZAFFARONI, Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, op.cit. 302p.

96. ZAFFARONI, Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, op.cit. 303p.

Dolo, para Zaffaroni es la “voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por los conocimientos de éste en el caso en concreto (...) dolo es el fin de cometer un delito.”⁹⁷

Una vez determinado qué es el tipo penal, debemos ahora preguntarnos ¿qué se entiende por juicio de tipicidad? y podemos manifestar que es la adecuación de la acción con el tipo penal, es decir, que los hechos que se exteriorizaron cumplen con el tipo penal tanto objetivo como subjetivo. Y la conclusión de dicha adecuación sería la tipicidad que se convierte en ese juicio de imputación o de valoración, ya mencionado, y que sirve como adjetivo de la acción.

2. LA ANTIJURIDICIDAD.

¿Qué es la antijuridicidad? Es el juicio negativo o el juicio de desvalor que se hace de la conducta o de la acción (tipificada) una vez que se haya cumplido la tipicidad. Es el juicio de imputación en que se desvalora la acción y se desvalora el resultado, para determinar la existencia de la antijuridicidad tanto formal como material (artículo 66 numeral 5 de la Constitución).

Aquí se forma el injusto penal, es decir que la acción cuando consigue el resultado que viola la norma valorativa como la imperativa, es típica y antijurídica, siempre y cuando no existan causas de justificación que la eliminen o la excluyan.

¿Cómo debemos ubicar a la antijuridicidad con relación al tipo penal? Se han estructurado dos teorías: a) La teoría de los elementos negativos del tipo penal; y, b) La teoría del tipo penal.

La primera, considera que existe una identificación del tipo penal con la antijuridicidad, es decir, en palabras de Hirsch, “el tipo penal abarca todas las condiciones de la antijuridicidad, incluyendo la falta de causa de justificación. Las condiciones, cuya ausencia es necesaria para la realización de dicho tipo penal, caracterizado como tipo penal de la antijuridicidad, son elementos negativos del tipo. En consecuencia para la doctrina de los elementos negativos del tipo penal existe antijuridicidad con la realización del tipo penal. Tipicidad

97. ZAFFARONI, Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, op.cit. 297p.

y antijuricidad, elementos de la antijuricidad y elementos del tipo penal son idénticos”⁹⁸.

Esta teoría construye que las causas de justificación son parte del tipo penal y en el momento en que actúan lo hacen como elementos negativos del tipo penal, es decir, que eliminan la tipicidad y no la antijuricidad.

La segunda teoría en cambio, es la doctrina del “...tipo penal incluye el comportamiento prohibido, el cual se encuentra descripto de forma objetiva y material en las diferentes normas de la Parte Especial, pero no incluye la falta de causas de justificación. En consecuencia, la realización del tipo penal no implica la existencia de la antijuricidad, la cual debe ser analizada en forma separada, luego de constatar la existencia de la realización del tipo penal...”⁹⁹

La teoría del tipo penal actúa como indicio¹⁰⁰ de la antijuricidad para luego entender si existen causas de justificación que eliminan la antijuricidad, quedando la tipicidad sin ser afectada por las mismas; bajo esta concepción, según Hirsch, las causas de justificación actúan o están una a lado de la otra y la norma abstracta no puede ser limitada a través de suposiciones permisivas. Es por ello que, al actuar, afectan a la antijuricidad y no a la tipicidad como se había dicho.

3. LA CULPABILIDAD.

Una vez analizada la teoría del injusto penal tanto en las categorías de la acción final, del tipo penal y de la antijuricidad, en relación con la norma jurídica, debemos analizar la evolución de la culpabilidad.

¿Qué es la culpabilidad?

Existen varias formas de entender la culpabilidad:

98. HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho Penal, Obras Completas*, Tomo IV. 1era, edición, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2005. 15 p. ISBN 950-727-692-0.

99. HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho Penal, Obras Completas*, Tomo IV, op. cit. 15p.

100. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, parte general* Tomo III, op. cit. 25p. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, 1era, edición, Lima, Editorial ARA, 2004, 339p. ISBN 9972-

- 1) Como medida de la pena;
- 2) Como límite al poder de sancionar del Estado; y,
- 3) Como elemento o categoría dogmática de la teoría del delito.

El primer significado va relacionado a la peligrosidad, es decir cómo actúa el autor del delito; en el segundo se debe buscar siempre que alguien sea culpable del hecho; y, el último, cuando se debe tener en cuenta que es uno de los adjetivos de la acción.

De lo anterior, el principio de culpabilidad¹⁰¹ se construye en contra posición de la responsabilidad objetiva. Esta última imperaba en el sistema antiguo o en sistemas autoritarios penales. Es el fiel reflejo del Derecho Penal de autor, que consiste en que sin realizar ningún acto o acción se lo castigaba, se lo perseguía por su condición o por lo que es o por su personalidad, por ejemplo: las brujas, los herejes, los vagabundos, los homosexuales, los blasfemos, los delincuentes natos, los que son peligrosos para la sociedad. Así mismo en la edad media se castigaba a cualquier persona como chivo expiatorio por el hecho de producirse en la ciudad una peste o una plaga.

Es por eso que el Derecho Penal se preocupa de la imputación subjetiva o la imputación moralis del hecho al autor, esto es, el Derecho Penal de acción de acto, que está previsto en nuestra Constitución en el artículo 76 numeral 3. Así nace la responsabilidad, sea como antecedente y como respuesta por la acción u omisión que haya causado el delito. Es por ello que desaparece la responsabilidad objetiva, como se pretende ahora aparecer con los presos de conciencia, con los determinados genéticamente. Como sostiene Donna, por cumplir un rol dentro de la sociedad al tener competencia y aumentar un riesgo. Cuando se busca sancionar a la persona jurídica. Es por ello que en este caso, nuestro proyecto de ley no tendrá coherencia filosófica y dogmática con esta última propuesta.

Así mismo, la categoría de la culpabilidad está evolucionando dogmáticamente con la propuesta del nuevo proyecto. En esta parte veremos el desa-

101. ZAFFARONI, Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, 4ta, edición, Buenos Aires, Editorial Ediar, año 2004, 33p. ISBN 950-574-058-1. Tomo IV.

rollo teórico y cuáles son las Teorías de la Culpabilidad. En la evolución de la teoría del delito han existido varias aportaciones, entre las más importantes tenemos las siguientes:

a. Culpabilidad sicológica¹⁰²:

En primer lugar la imputabilidad y el nexo causal son presupuestos de la culpabilidad sicológica. Es decir que primero debe existir la capacidad de conocer y la capacidad de querer para determinar si se puede calificar de culpable a alguien sea por dolo o por culpa. Esta es la teoría que, como hemos dicho, es la dominante en el Ecuador y se encuentra analizada por los autores Doctor Ernesto Albán Gómez, Jorge Hugo Rengel V. y Sergio Páez Olmedo, ya que nuestro Código vigente es neocauslista y se pretende ubicarlo en una teoría penal.

Para Zaffaroni, la culpabilidad sicológica tiene su origen positivista. Su característica es que es libre de cualquier relación a la norma, se pretendía que sea solo con contenido descriptivo. Es decir, se pretendía que sea una culpabilidad libre de valor.¹⁰³ Es por eso que la culpabilidad sicológica es una relación sicológica entre la voluntad del autor y el resultado con sus dos grados o especies de dolo y culpa. Es decir que es la simple aprehensión del sujeto del objeto que se ha producido en la realidad, a través del dolo o culpa, sin poder influir en aquello.

Al estar el dolo en la culpabilidad, existe el dolo malus, que es el dolo como conocimiento y voluntad y el conocimiento de la antijuridicidad. Lo cual provocaba dificultades en el problema del error de hecho y del error de derecho¹⁰⁴. A esta posición dogmática se la conoce como el causalismo y la teoría del dolo estricta.

102. JIMENEZ MARTINEZ, Javier, Los elementos del delito, Culpabilidad e inculpabilidad, Tomo IV, 2da. Reimpresión, México, Editorial Ángel, 2010, 50p. ISBN 978-607-00-1947-0 (TOMO IV)

103. ZAFFARONI, Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, op.cit. 19p.

104. Para ver la crítica en MUÑOZ CONDE, Francisco Muñoz, El error en el Derecho Penal, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, Colección Autores de Derecho Penal, dirigida por Edgardo Alberto Donna, 2003. Depósito como dispone la ley 11.723.

b. Culpabilidad normativa mixta o compleja¹⁰⁵.

Luis Jiménez de Asúa menciona que se le da tintes de normativa pero no expulsa lo sicológico, hay una suma de elementos tanto sicológicos como normativos.

La culpabilidad pasó de ser un nexo sicológico entre el agente y su comportamiento para convertirse en un juicio de valor. Ésta pasó a ser el concepto central de la culpabilidad, con lo cual se transformó de un conocimiento subjetivo-sicológico en un juicio valorativo objetivo; en su lugar se trasladó de la cabeza del autor a la cabeza de otros.

c. Culpabilidad normativa¹⁰⁶.

Con respecto a la culpabilidad normativa, existen dos teorías:

- 1) La Teoría de la atribuibilidad (Maurach); y
- 2) La Teoría normativa pura. (Welzel)

c.1. La atribuibilidad, se divide en dos:

- a) Responsabilidad por el hecho; y,
- b) reproche de culpabilidad.

- 1) La responsabilidad por el hecho es la atribución personal por el hecho que no sólo haga procedente la responsabilidad del autor para la pena (...) sino también para las medidas de seguridad y corrección independientes de la culpabilidad. Por ello la responsabilidad se supone cuando la acción del autor es resultado de su falta de motivación con la norma que prohíbe su actuación que le es conocida.
- 2) El reproche de culpabilidad es la entendida como la deuda del autor frente a la sociedad, y que, podía actuar conforme a las normas y no lo hizo. Es por ello que se le debe reprochar por cuanto no se motiva en la norma

105. JIMENEZ MARTINEZ, Javier, Los elementos del delito, Culpabilidad, Tomo IV, op.cit. 83p.

106. JIMENEZ MARTINEZ, Javier, Los elementos del delito, Culpabilidad, Tomo IV, op.cit. 103p.

prohibida o de mandato, es decir, sabiendo lo que hace sigue actuando injustamente.

La reprochabilidad es la constatación de que el autor tiene las condiciones que permiten el reproche en función de que revelan la disposición interna contraria al derecho con que el autor realizó el acto. El reproche es el desvalor en sí mismo¹⁰⁷.

c.2. ¿Cómo se entiende la culpabilidad en la teoría del injusto personal o de la imputación al sujeto libre y responsable?

Se origina en el Derecho Penal de acción o acto, como habíamos mencionado, busca a la persona libre en la realización de sus actos con capacidad de conocer y comprender que actuaba en contra del derecho, en esas condiciones a esa persona libre se le debe reprochar el acto y hacerlo responsable por lo que hizo, es decir, es la libertad en relación con la valoración jurídica del acto.

¿Qué significado tiene esta propuesta? El maestro Donna, citando a Hirsch, sostiene que “Ya se habló de la libertad del sujeto en el primer nivel de imputación, en el sentido de poder manejar la causalidad hacia un fin y poder actuar de manera distinta a la que lo hizo...”¹⁰⁸ Continúa diciendo el maestro argentino “El problema del sujeto libre en este segundo nivel, esto es, en la culpabilidad, es el de la libertad, análogo al visto anteriormente. Lo que se debe analizar en este punto es una cuestión sencilla de enunciar y compleja en estructura: se trata de la posibilidad de actuar del sujeto cuando ha valorado que esa conducta era prohibida.¹⁰⁹ Es decir, que por lo menos tuvo la posibilidad de conocer que su conducta era contraria a la norma y además actuar conforme a ese conocimiento¹¹⁰.”

En resumen para el Doctor Donna, al hablar de culpabilidad en el campo penal se entiende que ésta exige que el autor del hecho haya tenido la posibilidad de conocer el ilícito que comete, que lo hizo con la libertad de la cual

107. ZAFFARONI, Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo IV, op. cit. 28, 29p.

108. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo IV, 1era. Edición, Santa Fe, Editorial Rubinzal- Culzoni, 2009, 28, 29 p. ISBN 978-950-727-972-0.

109. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo IV, op.cit. 28p.

110. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo IV, op.cit. 28p.

goza, en esas circunstancias se debe reprochar y responsabilizar por ese acto o acción, cerrando el círculo de la imputación al sujeto libre y responsable¹¹¹.

Tomando en cuenta que la libertad que un ciudadano tiene como derecho en un estado democrático y constitucional de derecho implica la responsabilidad que debe tener por sus actos siendo antecedente y valoración del sufrir el castigo. Ya que solo la simple libertad sin responsabilidad sería un estado de naturaleza sin normas y sin respeto a la sociedad en la cual vive.¹¹²

El aporte de la culpabilidad en esta teoría es el dominante y el criticado, ya que se justifica en la libertad, o mejor en la autodeterminación que tiene el sujeto en comprender que su actuación debe hacerse conforme a las normas de conducta que él es destinatario, por lo mismo al momento en que puede comprender con su capacidad podrá actuar conforme a estas normas absteniéndose de actuar conforme a los instintos que no pueden dominar nuestras actuaciones. Es por eso que la misma debe además comprender que su acto fue injusto y que se le puede exigir dicha actuación.

c.1. Estructura de la culpabilidad normativa:

A. Capacidad de culpabilidad o de imputación (imputabilidad). La persona es legalmente capaz cuando por sí misma puede contraer obligaciones y ejercer derechos; por lo tanto se infiere que una persona al tener plena capacidad posee la madurez psíquica necesaria para conocer la ilicitud de sus actos¹¹³.

Como expresa Muñoz Conde, la culpabilidad se basa que el autor de la infracción penal, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos¹¹⁴. Por lo tanto una persona que carezca de capacidad no puede ser declarada culpable y por ende no es responsable penalmente de sus actos.

111. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo IV, op.cit. 93p.

112. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo IV, op.cit. 95p.

113. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ALAN, Mercedes, Tratado de Derecho Penal, parte general, 6ta. Edición revisada, Valencia, Editorial Tirant Blanch, 2004, 360 p. ISBN 84-8456-116-X.

114. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ALAN, Mercedes Tratado de Derecho Penal, op. cit. 360p.

Causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad:

- Anomalía y alteración psíquica, minoría de edad, alteración de la percepción, alteraciones psíquicas y estados de intoxicación por fuerza mayor.

Este filtro nos ubica que esa persona tiene que ser “normal”, para que pueda actuar conforme a la libertad de comprender, es por ello que el ciudadano que no tenga sus condiciones o facultades mentales acorde con la motivación de las normas no puede ser sancionado. Esto quiere decir, que la enfermedad mental debe ser causa para eliminar esa libertad de comprender y por ello afectar dicha actuación, por ejemplo: el caso de cleptómano que su enfermedad le impide comprender su acto y le impide abstenerse de actuar, es decir, de robar. El caso del sicótico que no tiene ninguna de sus facultades de razonamiento o intelectuales por lo que le impide cualquier actuación. Pero diferente es que el cleptómano mate en ese caso el mismo si puede ser sancionado por el delito de homicidio.

Otro sería el caso de la emoción violenta o la sicosis leve breve que solo disminuye la comprensión pero no la elimina, por lo mismo la pena debería disminuirse.

B. Comprensión de la antijuridicidad del acto:

Muñoz Conde indica: “La norma penal solo puede motivar al individuo en la medida en que éste pueda conocer el contenido de sus prohibiciones”¹¹⁵ o mandatos.

En este segundo elemento se infiere que la persona que comete el hecho sabe que su acción está prohibida por la norma jurídica implícita de carácter imperativo (prohibición o de mandato) en el tipo penal, por lo tanto se determina que el sujeto libre de elegir, realiza una acción que afecta a un bien jurídico que se encuentra protegido por la norma y por consiguiente su conducta se adecua al tipo penal previamente y que a la vez debe ser calificado como antijurídica, es aquí que se sabe que esta conducta es injusta y que contraría el ordenamiento jurídico. Una vez cumplido el injusto se continúa el análisis de

115. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCIA ALAN, Mercedes Tratado de Derecho Penal, op. cit. 360 p.

la culpabilidad y se busca la comprensión o la valoración que debe hacer de la norma jurídica imperativa.

Como expresa Muñoz Conde "Si el sujeto no sabe que su hacer estar prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización (...)"¹¹⁶ por lo tanto, en este caso, nos encontramos frente al error de prohibición. Esta afirmación del maestro español tiene relación con los artículos 76.3 y 66 numeral 29 literal d) de la Constitución de la República. Este tema lo abordaremos cuando analicemos el error de prohibición.

C. Exigibilidad de un comportamiento distinto:

La norma penal tiene un ámbito de exigencia, por lo tanto todas las personas deben cumplir con los mandatos normativos. La exigibilidad objetiva se refiere a que los niveles de exigencia que marcan el ordenamiento jurídico pueden ser cumplidos por cualquier persona.¹¹⁷

Pero, hay casos en el ciudadano no tiene la posibilidad de cumplir los mandatos normativos, como son las normas de conducta o imperativas, ya que por cuestiones excepcionales se encuentra en situaciones que le impiden aquello, por ejemplo en el momento en que se encuentra bajo coacción psicológica bajo la amenaza o la intimidación, es el caso que personas toman como rehén al Gerente de un Banco y le obligan bajo la amenaza de muerte o de algún atentado grave sea a la vida de un miembro de su familia, en ese caso no se le puede exigir a esa persona que no tiene posibilidad de actuar conforme a derecho, por ello aparece la inexigibilidad y por lo mismo la eliminación de la culpabilidad.

4. LA TEORÍA DEL ERROR EN LA DOGMÁTICA PENAL Y SU ANÁLISIS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR.

En el Ecuador no es aceptado el error de derecho, tan solo el error de hecho; así existe una norma penal vigente de carácter general que determina "Art.

116. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCIA ALAN, Mercedes Tratado de Derecho Penal, op. cit. 360 p.

117. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCIA ALAN, Mercedes, Tratado de Derecho Penal, op. cit. 360 p.

36. Cuando la acción u omisión que la ley ha previsto como infracción es, en cuanto al hecho y no al derecho, resultante del engaño de otra persona, por el acto de la persona engañada responderá quien le determinó a cometerlo”.

Es decir, que nuestra legislación penal, como habíamos sostenido cuando efectuamos el análisis de la dogmática ecuatoriana, es resultado de la teoría neocausalista que mantiene el dolo en la culpabilidad, así como la conciencia o el conocimiento de la antijuridicidad, es decir, lo que forma el *dolus malus*, esto quiere decir, que cuando existen estas dos categorías juntas, solo el dolo constituye el conocimiento de los elementos objetivos que son la tipicidad y la antijuridicidad, por lo que solo se puede dar un error de hecho, pero no derecho, ya que éste no se admite por la relación del conocimiento de la ley y no exime a persona alguna.

Es por ello que es importante la aportación que la teoría pos finalista o del injusto personal hace a nuestro nuevo Código Orgánico, por ello me permito hacer las siguientes reflexiones:

El concepto de error hace directa referencia al conocimiento y a la comprensión; el primero como elemento del error de tipo y el segundo en el error de prohibición. En esta parte haremos un breve análisis de estos dos elementos y su relación con los errores mencionados.

¿Qué es el conocimiento? Kant plantea el “Dualismo entre sujeto y objeto”, esto quiere decir, que el conocimiento es un proceso por el cual el sujeto, a través de sus sentidos, observa el objeto a valorar, en ese instante se produce el conocimiento consciente¹¹⁸ que origina el contenido de la conciencia del objeto.

En la teoría del conocimiento de Kant, ese objeto se encuentra en el caos y en las intuiciones puras que son el tiempo y el espacio, en el momento que ingresa a nuestro intelecto éste posee de categorías que van a ordenar a este objeto y lo convertirán en un fenómeno determinado por estas categorías a priori como son de calidad, cantidad, relación y modalidad.

118. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo IV, op.cit. 220 p.

En ese mismo sentido, para Lersch citado por Donna, el sujeto a través de las representaciones y de las percepciones dan contenidos de nuestra conciencia de los objetos, que se encuentran ubicados en las formas puras de la intuición que son el espacio y el tiempo, que al ingresar a nuestro intelecto cognitivo superior que se encuentra conformado por el entendimiento en sentido estricto (conceptos), facultad de juzgar (juicios) y razón en sentido estricto (conclusiones).¹¹⁹ Podemos obtener conceptos, juicios y conclusiones sobre ese objeto y estaríamos realizando una valoración del objeto y por lo mismo sería conocimiento.

En el caso del Derecho Penal, el sujeto que es el autor del delito, debe poseer en el momento del acto una capacidad sensorial y percepción de las cuestiones descriptivas del hecho y de comprensión intelectual de las normativas y de los elementos esenciales y/o eventuales del tipo objetivo y de la norma.

Por lo que concluye Donna citando a Triffterer, que *el conocimiento en el dolo no era otra cosa que la imagen refleja del tipo objetivo. Y en la culpabilidad el tema es el conocimiento de la prohibición, distinta cuestión del dolo.*

En este punto, Zaffaroni, menciona que para el error de prohibición debe existir, a más del conocimiento, *la comprensión*, ya que este autor considera que conocimiento no es sinónimo de comprensión. ¿Por qué sostiene esto el maestro argentino? Para “comprenderse la criminalidad de un acto se requiere, antes que nada, que se sepa lo que se está haciendo (dolo) y, luego que se pueda comprender la pauta de conducta jurídica que se viola con ese acto.”¹²⁰

Con esto concluye el autor argentino que el conocimiento no debe ser efectivo o real, sino que puede ser potencial. Es así que pone un ejemplo: Malinowski tuvo conocimiento de las valoraciones del pueblo polinesio, pero no comprendió sus valores.

Aquí podemos incluir nuestra realidad ecuatoriana, en la cual el Estado es plurinacional e intercultural, esto hace que existan varias nacionalidades que tienen, en primer momento, su propia cultura, sus propias normas de comportamiento social, así mismo sus derechos colectivos, su propia filosofía, como

119. Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte General, Tomo IV, op.cit. 221,222 p.

120. ZAFFARONI, Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, parte general, Tomo IV, op. cit. 91p.

estudios del derecho, de la sociología o de la antropología. Podemos hacer un estudio de conocimiento de la cultura Kiwcha describiremos en forma minuciosa en qué consisten sus comportamientos, sus ritos, sus pautas, su forma de juzgar, de sancionar, etc., eso se llama conocimiento, pero no comprensión. ¿Por qué sostiene esto? Menciona que “no nos podemos motivar en esos valores, en esas normas, porque no las comprendemos. Hay indudablemente algo que nos impide motivarnos en esos valores, pese a que a veces podemos conocerlos hasta en sus mínimos detalles.”¹²¹

Pero sigamos con el tema propuesto, ¿qué más podemos indagar sobre la comprensión? El maestro argentino menciona que se requiere conocimiento para que exista comprensión, pero no puede haber comprensión sin conocimiento.

Esto se origina cuando, citando a Dilthey, menciona que el mundo es objeto de la ciencia natural, lo “explicamos”, al mundo histórico, que es objeto de las ciencias naturales “lo vivenciamos”. Continúa diciendo que la “La vivencia es posible debido a que las ciencias del espíritu se confunde el sujeto con el objeto”. Qué pasa con las vivencias ajenas, dice que no se nos da en forma inmediata sino cuando la comparamos con las propias “denominamos comprender al proceso en el cual partiendo de sucesos sensiblemente dados de algo síquico, cuya manifestación son, conocemos ese algo síquico”.¹²²

Citando a Heidegger dice que la comprensión es más amplia que el simple conocimiento histórico, sino que es la comprensión del mundo sin limitaciones, debido a que el hombre (el “ser ahí”) es un “ser en el mundo”, que solo se comprende a sí mismo a través de su comprensión del mundo”. Es aquí que la comprensión tiene un rango mayor que el simple conocimiento.¹²³

Es por eso que la comprensión “tampoco coincide con el mero conocimiento o acceso formal, se dice que comprensión es una suerte de captación material del contenido de un concepto o sea, la captación del objeto como algo distinto de la mera suma de sus notas propias”¹²⁴.

121. ZAFFARONI, Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, parte general, Tomo IV, 92p.

122. ZAFFARONI, Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, parte general, Tomo IV, 93p.

123. ZAFFARONI Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, parte general, Tomo IV, 93p.

124. ZAFFARONI, Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, parte general, Tomo IV, op. cit. 93p.

Es en ese sentido Zaffaroni menciona que “Quien no es capaz de vivenciar su condición de persona, que no podrá comprender un desvalor jurídico en el marco de una comunidad de personas. Aquel infeliz que no distinga el “Yo” del “Tú”, no podrá tener realmente un “Yo”, porque permanecerá sin saber que haya un mundo en el que puede ser alguna forma, lo que para él será inalcanzable.”¹²⁵

Concluye el profesor, que “Le será exigible a un sujeto la comprensión de la antijuridicidad de su conducta sólo cuando tuvo la posibilidad de conocerla, cuando se comprende a sí mismo como persona porque comprende a los demás como tales y, por último, cuando le era exigible, dadas sus circunstancias culturales, que internalizase la pauta de conducta que ese desvalor señala”¹²⁶.

Con la propuesta de los Doctores Edgardo Alberto Donna y Eugenio Raul Zaffaroni, hemos podido hacer un aporte respecto a lo que consisten cada una de las categorías propuesta en el proyecto de Código Orgánico Integral Penal, tomando en cuenta que las normas que tipifican estos errores, el error de tipo, usan en la redacción “...el error e ignorancia...se desconozca uno o varios de los elementos...” y en el error de prohibición “el error o ignorancia no comprende...”, es decir que se hace una diferencia entre conocimiento y comprensión.

4.1. EL ERROR.

Una vez definido el conocimiento y la comprensión debemos tratar sobre el error.

En un primer momento ¿Qué es el error? “El error es una discordancia con el objeto y por lo tanto una falla de la conciencia”¹²⁷. Es decir, en el proceso de conocimiento en el ámbito del sujeto este tiene una distorsión en la conciencia del objeto que observa a través de los sentidos, esto produce como resultado una alteración cognoscitiva del sujeto sobre el objeto. Se puede decir, que es la falsa apreciación que se tiene de la realidad.

125. ZAFFARONI, Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, parte general, Tomo IV, op. cit. 94p.

126. ZAFFARONI, Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, parte general, Tomo IV, op. cit. 95p.

127. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo IV, op.cit. 225p.

En el caso del dolo el conocimiento, como hemos sostenido en líneas anteriores, es la imagen que se tiene de los elementos del tipo objetivo y si se produce una alteración de uno de los elementos que son objetivos sean descriptivos o normativos producen un efecto en ese conocimiento.

Lo mismo sucede en cuanto a la comprensión de la norma de prohibición o de mandato, es decir, que si se tiene una afectación a la conciencia del objeto se produce una alteración en la captación del objeto que es la norma y por lo mismo produce un efecto en esa comprensión.

A.) Teorías sobre el error:¹²⁸

En este punto citaremos el estudio del autor Toribio Castro Cornejo, quien ubica al error en todas las teorías del Derecho Penal, como las siguientes:

• Teoría restringida de la culpabilidad:

Esta se asemeja al error de tipo. Roxin afirma que la teoría restringida de la culpabilidad está generalizada, pero no es fácilmente comprensible. Por lo tanto, la teoría de la culpabilidad se restringe ya que considera excluyente al dolo.

• Teoría de los elementos negativos del tipo penal:

En esta teoría se infiere que el tipo penal debe completarse todo el juicio de la antijuridicidad de la conducta. Tipo positivo: Está integrado por el conjunto de elementos que fundamentan positivamente lo injusto. Tipo negativo: Está configurado por la ausencia de faltas de justificación. Es por eso que para esta teoría el error de tipo es el único que existe y no el error de prohibición, ya que al ser estar en un solo bloque tanto la tipicidad como la antijuridicidad, los errores siendo elementos negativos del tipo al momento de existir el error en las causas de justificación lo que se afectaría sería la tipicidad y no la antijuridicidad.

128. CASTRO CORNEJO, Toribio El error en el Derecho Penal, El error de prohibición y el error culturalmente condicionado, 1era, edición, Lima, editorial ediciones jurídicas del Centro, 2010, 37-40p. ISBN 978-612-45300-1-2.

- **Teoría de la aplicación analógica del error de tipo:**

Se encuentra frente a un supuesto especial de error el cual no constituye ni error de tipo ni error de prohibición, por lo cual lo más adecuado es resolver el caso aplicando analógicamente las reglas del error de tipo.

- **Teoría de la aplicación analógica de las consecuencias del error de tipo:**

En esta teoría se expone que no se aplica el régimen del error de tipo si no se aplica sus consecuencias, por lo tanto el autor se exime de sanción cuando se encuentra frente a un error inevitable pero cuando se encuentra frente a un error evitable recibe la pena correspondiente a la actuación por imprudencia.

- **La ausencia de dolo de lo injusto y del desvalor propio del delito doloso:**

En este caso se sostiene que en los casos de error de tipo permisivo no existe un auténtico injusto doloso, de modo que puede admitirse la presencia de un injusto imprudente cuando el error haya sido evitable.¹²⁹

- **Teoría estricta de la culpabilidad:**

Se caracteriza por considerar independientemente del dolo a la conciencia de la antijuricidad y, al conocimiento del injusto exigido, como no necesariamente actual. El error de prohibición invencible, así, elimina la culpabilidad, pero deja intacto el dolo y, el error vencible, disminuye la culpabilidad y la pena.

B.) CLASES DE ERROR:

Tomando en cuenta lo anterior, el error se clasifica en error de tipo y en error de prohibición.

a) Error de tipo:

129. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, parte general, tomo IV, op.cit. p. 346

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 ignorancia. Es el desconocimiento de las circunstancias objetivas del tipo.

El error de tipo tiene como efecto primordial es eliminar el dolo. ¿por qué de esta afirmación? El dolo tiene como elementos esenciales al conocimiento y a la voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo, esto implica que se debe tener conocimiento de todos y cada uno de sus elementos que estructuran los tipos penales, así como sus agravantes. En consecuencia, que en el momento que se fija en forma final la meta debe haber alcanzado el conocimiento real y efectivo de los mismo, pero, puede suceder que exista una alteración sobre el conocimiento de alguno de los componentes objetivos, eliminará el elemento cognitivo y por lo tanto no existirá uno de los elementos del dolo.

Tomando en cuenta que el dolo se encuentra en el tipo, el efecto será que se elimina la tipicidad y la acción será atípica, ya que no se adecuará al tipo penal. Por ejemplo el caso de cazador, que en época de caza sale a cazar venados en una zona específica y autorizada en la cual se ha realizado la inspección de la caso para eliminar equivocaciones, pero al momento en que se hace los disparos a un arbusto creyendo que es el animalpreciado no se lo alcanza y se mata a un ser humano escondido en los mismo, lo cual produce un error en uno de los elementos del tipo objetivo de homicidio que es el ser humano, por lo que no habrá un juicio de tipicidad que realizar ya que la acción no tiene relevancia ya que no alcanzo el conocimiento requerido para que pueda actuar dominado el hecho y la causalidad.

Dentro del concepto de error de tipo se incluye dos supuestos: La ignorancia y el error.

- *Ignorancia:* Esta se da cuando el autor desconoce directamente o ignora algún elemento exigido por el tipo penal objetivo.¹³⁰ Se entiende que la ignorancia es la ausencia total de conocimiento perceptivo o valorativo sobre algo.

130. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, parte general, tomo IV, op. cit. p. 232

• *Error*: Se da error cuando el sujeto que va a cometer la acción conoce el elemento previsto por el tipo objetivo, pero, tiene una equivocada o falsa percepción de lo percibido por los sentidos.

Por lo tanto el error es el conocimiento deformado de la realidad. Para SAVIGNY el error es siempre una forma de la ignorancia, puesto que el error existe como consecuencia de ignorar alguna cosa;

b. Error sobre los elementos¹³¹ descriptivos y normativos del tipo penal:

Como habíamos expresado en líneas anteriores, el tipo penal en el momento de la descripción que se realiza con la técnica legislativa que se aplique en cumplimiento del principio de legalidad, se pueden ubicar en la redacción elementos descriptivos o normativos, es por eso que en esta parte debemos darnos cuenta que el dolo debe abarcar cada uno de estos elementos.

Por esa razón para Roxin “es importante saber que el conocimiento de las circunstancias del hecho, conocimiento que al faltar excluye el dolo, es diferente según el tipo de la circunstancia del hecho. Se hacen diferencias entre elementos descriptivos y normativos del tipo”¹³²

Continúa explicando “Esto significa en la teoría del error: en los elementos descriptivos se presenta un error de tipo excluyente del dolo cuando falte o sea errónea la percepción sensorial, es decir, ver, tocar el objeto que se designa. Por el contrario, hablamos de los elementos normativos cuando solamente existe en el ámbito de las representaciones valorativas, y, por ello, solamente puede ser comprendido espiritualmente.”¹³³

131. ROXIN, Claus Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. Estructura de la teoría del delito, traducción. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García y Javier de Vicente Remensal, traducción de la 2ta, edición alemana, 1era. Edición reimposición, Madrid, editorial Civitas, 2001, 282p, ISBN 84-470-0960-2, explica que los descriptivos cuando uno puede percibir sensorialmente, es decir, ver, tocar el objeto que se designa; es normativo cuando existe en el ámbito de las representaciones valorativas, puede ser comprendido espiritualmente, esto que la propiedad no se la puede topar sino entender espiritualmente.

132. ROXIN, Claus La teoría del delito en la discusión actual, traducción de Manuel Abanto Vásquez, Artículo Acerca del error en el Derecho Penal, Lima, editorial Grijley, 2007, 197 p, ISBN 9972-04-092-5.

133. ROXIN, Claus, La teoría del delito en la discusión actual, op. cit. 197p.

En ese mismo sentido Enrique Bacigalupo: el error sobre los elementos descriptivos se da cuando el autor percibe con sus sentidos equivocadamente; el error sobre los elementos normativos se da cuando el autor ha carecido de una valoración que le haya permitido comprender el significado del elemento correspondiente.¹³⁴

Roxin plantea un elemento a la discusión, que pasa con el elemento que reúne estas dos características, como en el documento: una es descriptiva cuando se le puede tocar o sentir y además tiene el carácter de normativo por cuanto debe ser comprendido en el significado del contenido de dicho sentido que se le puede dar a este documento dentro del tráfico jurídico. Se da el error de tipo cuando el sujeto activo destruye un documento y desconoce que lo ha destruido, y, también se da error de tipo cuando no ha entendido que el documento que observó tiene un valor probatorio, este último tiene el valor de error de tipo sobre elementos normativos.¹³⁵

c. Error de subsunción.

Se entiende por subsunción el adecuar de la conducta al tipo penal, por lo tanto el error de subsunción no excluyen el dolo.

Roxin, para explicar ¿de qué se trata este error? propone un ejemplo: En Alemania se acostumbra que el mozo marque con una raya la cantidad de bebidas consumidas haciendo una raya en el posavasos de cartón de la bebida. Para la jurisprudencia eso es un documento por cuanto existe una declaración de voluntad y que prueba jurídicamente (el número de bebidas). Puede considerarse error de tipo que un individuo ha borrado las líneas, ya que él considera que para que exista documento debe haber una firma y ser por escrito.

En el caso propuesto este error se da cuando el "autor haya subsumido los hechos erróneamente desde un punto de vista jurídico, pero habiendo tenido el conocimiento propio de un lego respecto del elemento concreto."¹³⁶ Es así que el individuo considera que no existe documento por la falta de elementos conceptuales que él conoce (escrito y firma).

134. ROXIN, Claus, La teoría del delito en la discusión actual, op. cit. 197p.

135. ROXIN, Claus, La teoría del delito en la discusión actual, op. cit. 198p.

136. BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal, op. cit. p. 315

Pero Roxin, considera que este error de subsunción se da cuando el autor debe haber definido correctamente el concepto de documento. El error de subsunción se trata de un error de interpretación, es decir que el sujeto interpreta conceptualmente en forma equivocada un elemento típico. Dado que esto solo lo podrían hacer los penalistas, más no el común ciudadano, lo que importa es que el ciudadano haya comprendido el concepto social del elemento del tipo, por lo que es irrelevante para el Derecho Penal que éste no haya tenido el concepto jurídico claro de lo que es documento. Es decir, que él sabía que era un documento por cuanto conocía que es la costumbre de señalar los vasos consumidos para el cobro final de la cuenta¹³⁷. Por lo que concluye el maestro alemán que debe ser penado por falsedad documental.

Para Helmut Frister, el hecho que el autor no haya podido subsumir el concepto jurídico es un asunto irrelevante para el Derecho Penal, ya que es irrelevante para el dolo.¹³⁸

Este error se diferencia del error de tipo, ya que el error de tipo es sobre una circunstancia de hecho, mientras que este error es sobre un concepto jurídico. Por otro lado, en el error de tipo no es esencial la diferencia entre el elemento normativo y el descriptivo. El error de subsunción al ser un error sobre un concepto jurídico puede ser el origen del error de prohibición ya que “el autor supone que el hecho que subsume incorrectamente no está prohibido por norma alguna.”¹³⁹

d. Error de tipo en las leyes en blanco.

El tipo penal en blanco es cuando se requiere para completar su tipificación de otra ley que en muchos casos es extra penal. En este caso, según el autor alemán Helmut Frister, los elementos en blanco, los presupuestos de la norma que rellena el elemento forma parte del tipo penal respectivo. Por ello el dolo, tiene que referirse a esos presupuestos. Por ejemplo cuando se pide la obligación de llevar libros de contabilidad o el caso de su calidad de comerciante. En

137. ROXIN, Claus, La teoría del delito en la discusión actual, op. cit. 198,199 p.

138. FRISTER, Helmut, Derecho Penal, traducción a la 4ta. Edición de Marcelo Sancinetti, 1era. Edición en castellano, Buenos Aires, Editorial Hamurabi, 2011., 234p. ISBN 978-950-741-539-8 edición rústica.

139. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, parte general, tomo IV, 238p.

el caso quien hereda una empresa de la cual no conoce que es comerciante y de su obligación de llevar los libros de contabilidad.¹⁴⁰

e. Doble error de tipo:

Este error se presenta en los casos en los que “el autor incurre en error respecto a algún elemento del tipo objetivo, pero al mismo tiempo actúa suponiendo la concurrencia de otro elemento que también resultaría suficiente para afirmar la tipicidad”¹⁴¹. Este error es irrelevante para el Derecho Penal por lo mismo sería penado.

Donna citando a Roxin, toma el ejemplo de la violación de domicilio: Cuando una persona ingresa a un domicilio ajeno creyendo equivocadamente que es una casa de negocio, aunque se trata de una morada.

f. Evitabilidad o inevitabilidad del error:

Como bien lo menciona el Doctor Edgardo Alberto Donna, el error de tipo es la contracara de la parte cognitiva del dolo, esto quiere decir que como el dolo es el reflejo de los elementos del tipo objetivo, en el caso de existir error no se le puede imputar el delito a título de dolo.¹⁴²

Por ello el maestro de Mendoza, propone que si el desconocimiento es sobre el elemento básico del tipo penal esto excluye en forma total la imputación, por ejemplo en el caso de ejemplo del espantapájaros de Roxin o del cazador, pero si el error se presenta en una de las circunstancias agravantes, esto hace que la imputación se dé en el tipo básico. El ejemplo que propone Donna es el caso de Edipo, que si no conoció que eran sus padres, ya que a esa época conocía solamente a sus padres adoptivos mal se le puede imputar el delito de parricidio, pero se debe aplicar el tipo básico que es el homicidio.

El que un error sea evitable o inevitable, se basa en el poder de conocer la antijuricidad de la conducta desplegada, o sea, que el estudio está en la con-

140. FRISTER, Helmut, Derecho Penal, traducción a la 4ta. Edición de Marcelo Sancinetti, op. cit. 235p.

141. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, parte general, tomo IV, p. 250.

142. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, parte general, tomo IV, p. 25.

ciencia del autor, pero cabe destacar que esta conciencia sobre la antijuridicidad es diferente a la conciencia general exigida por la culpabilidad, ya que esta última, se analiza una vez confirmada la capacidad del sujeto de comprender la mentada antijuridicidad.¹⁴³

f.1 Error inevitable.

Este error es inevitable para Kuhl citado por Donna, cuando el desconocimiento del autor es tal que lo protege de la pena y no ha llenado los requisitos del tipo imprudente. Cuando no se le puede imputar su error como obra suya. Ha utilizado su capacidad dentro de cierto marco, de modo que aun con esfuerzo normal le hubiera sido imposible desembarazarse del error.¹⁴⁴

Esto quiere decir, no debemos olvidar en qué consiste para Welzel la actividad final “se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan”¹⁴⁵.

Cuando el error se produce como una cuestión imprevisible, no se le puede imputar a título de acción final con dominabilidad de la causalidad, ya que, este error cae fuera de la órbita de su poder y queda sujeto al mero curso causal.¹⁴⁶

En consecuencia este error excluye la responsabilidad tanto a título de dolo como de imprudencia, ya que el sujeto ha puesto toda la diligencia que corresponde para la actuación concreta.

En esa misma lógica del error inevitable, Donna sostiene que el “autor hace todo lo que le era exigible de modo que nada se le puede reclamar. Aunque el sujeto a puesto toda la diligencia que corresponde para la actuación concreta, de todas formas ha caído en el error”¹⁴⁷.

143. ZAFFARONI, Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, parte general, Tomo IV, 83p.

144. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, parte general, tomo IV, op.cit. 253p.

145. DE LA FUENTE, Xavier Esteban, Aspectos subjetivos de las causas de justificación, op. cit. 54p.

146. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, parte general, tomo IV, op.cit. 252 p.

147. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, parte general, tomo IV, op.cit. 252 p.

Podemos concluir que el error de tipo en calidad de error de tipo inevitable, es cuando hemos realizado todo lo posible, para adquirir el conocimiento real y efectivo que se reclama para el dolo, eso hace que no se pueda ni imputar a título de dolo ya que lo excluye. Por ejemplo: en el caso del oso, si se realizaron todo los actos con el fin de evitar cualquier resultado, buscando personas el día anterior, si se ubicaron letreros para comunicar que era época de casa, esto hace que el conocimiento nunca pueda ser considerado como real en el momento en que se mata a un ser humano confundiéndolo con un oso.

Ni tampoco puede ser imputado como imprudencia, por cuanto no hay la infracción al deber objetivo de cuidado, tomando en cuenta que se tuvo la previsibilidad objetiva:

1. En cuanto a la capacidad del sujeto en cuanto al conocimiento;
2. Se tuvo la experiencia tomando en cuenta las técnicas de la época. Ya que se ubicaron los letreros y hizo todo lo posible para evitar el resultado, cumpliendo las reglas técnicas como reglamentarias de casa, lo cual hace que cualquier acción fue cuidadosa y que lo sucedido sea imprevisible con el ejemplo plateado.

f.2. Error evitable

Es el error que se podía haber evitado si el sujeto hubiera actuado observando el cuidado debido. El sujeto no actúa con dolo pero se tiene que comprobar si ha actuado con imprudencia, es decir, si ha superado el riesgo permitido infringiendo el deber de cuidado que se exige.

El error sobre los elementos del tipo es evitable cuando el autor no ha observado el cuidado exigido, hubiera podido conocer correctamente las circunstancias ignoradas o falsamente representadas. La relación entre observancia del cuidado y conocimiento o correcto conocimiento debe ser prácticamente segura.

Es por ese motivo que en el proyecto del Código Orgánico Integral Penal, se incluye este cambio de tipicidad a imprudente o culposo, por cuanto se vio-

lenta la norma objetiva de cuidado.

El Código utiliza un sistema cerrado en la tipificación; siempre que se encuentre prevista el tipo penal de la imprudencia o culposo se podrá imponer una pena si se demuestra el error de tipo vencible, pero en el caso contrario, que no exista tipificación culposa este sería impune por falta de tipo penal (artículo 76 numeral 3 de la Constitución).

g. Supuestos de error de tipo:

Para Zaffaroni existen casos particulares de error de tipo sobre la causalidad y el resultado. Estos casos son los ABERRATIO, que abarcan: a) el error en el objeto o en la persona; b) aberratio ictus o error en el golpe; y, c) el llamado dolus generalis.¹⁴⁸

Helmut Frister menciona que el error sobre el objeto del hecho, se divide en: a) Error en persona; b) Error en el golpe o aberratio ictus; y, c) el cambio del objeto del hecho durante el hecho.

a) Error en el objeto:

Para Zaffaroni, es el supuesto de una acción dolosamente dirigida contra un objeto, que resulta afectando a otro distinto, al que no se quería afectar ni se aceptaba la posibilidad de hacerlo.¹⁴⁹

Donna citando a Kulh, propone que es el caso típico cuando se dispara a una persona sin conocer que era esa persona y por lo tanto queda excluido su dolo, o el caso del hurto cuando se cree que la cosa es propia. El problema se da con la equivalencia o no. Por ello suele hacerse aquí la distinción entre objeto equivalente y no equivalente para determinar la relevancia o la no relevancia para el Derecho Penal.¹⁵⁰

148. ZAFFARONI, Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, parte general, Tomo III, op. cit. 327p.

149. ZAFFARONI Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, parte general, Tomo III, op. cit. 327p

150. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, parte general, tomo IV, op.cit. 256p.

En el primer caso, cuando una persona sustrae un vehículo ajeno, pero cree que el vehículo sustraído es más nuevo que el quería, o cuando una persona sustrae la cartera de una persona que detesta, pero ha sido de la dueña de la fiesta, este error es irrelevante para el Derecho Penal por lo que debe ser igualmente castigado. Objeto querido: vehículo más viejo, alcanzado es más nuevo.

En el segundo caso cuando, son “no equivalentes”, el objeto querido no es el alcanzado por el autor, por ejemplo en el caso del cazador o del espantapájaros. El autor quiere darle a un animal o al espantapájaros, pero termina disparando a un hombre. En este caso sería relevante para el Derecho Penal por lo que según el caso sería no punible.

Esta equivalencia como menciona Donna debe hacerse conforme a cada uno de los tipo penales.

En esa lógica para Francisco Muñoz Conde, en principio no tiene una especial trascendencia la cualidad del objeto o de la persona sobre la que recae la acción, es irrelevante que A mate a B en lugar de a C.

El error es irrelevante cuando los objetos son homogéneos, es decir, de igual naturaleza, por lo cual este error no tiene entidad suficiente para excluir el dolo, ya que, la persona quería matar y no mató, pero, no a la persona que quería sino a otra.

Por otra parte, cuando los objetos son heterogéneos el error da lugar a un concurso entre el delito que el sujeto quería alcanzar y el resultado imprudente realizado.¹⁵¹ Por lo tanto el error sí es relevante. Ejemplo: Se quiere matar al perro del vecino pero se mata al vecino.

b) Error en el golpe o aberratio ictus:

En este caso existe un error en la identidad de la persona víctima del delito. El tipo ejemplo es el homicidio “A quiere matar a X, pero en la semioscuridad del crepúsculo confunde a Y, que se aproxima, con X y lo mata”. En rigor de la

151. MUÑOZ CONDE, Francisco GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, parte general, op. cit. 276p.

verdad, dice Donna es un caso de error en el objeto, ya que la persona se convierte en objeto de la acción del tipo penal. Por ello la solución al caso serían las mismas reglas para el caso del error en objeto.

Kuhl, citado por Donna, afirma que “la distinción entre supuesto y el error in persona es que el error en el golpe, el autor quiere alcanzar su objeto pero falla en su meta, en tanto en el error in persona existe un cambio de sujeto pasivo¹⁵². En ese mismo sentido, Zaffaroni menciona que en ambos casos el sujeto se dirige una conducta contra un objeto determinado, pero en tanto que el error en persona lo alcanza, el error en el golpe no lo alcanza.

Para la opinión de Edgardo Alberto Donna, “no se debe confundir el error de golpe con el error de objeto. En este último caso, no existe un desvío en la causalidad, sino que, en realidad, el autor individualiza equivocadamente el objeto que quiere alcanzar en la relación causal. En el error en el objeto, la equivocación ictus, el sujeto elige correctamente el objeto que quiere dañar no reside en la relación de causalidad, sino en la selección del objeto que se quiere lesionar. En cambio, en la aberratio ictus el sujeto elige correctamente el objeto que quiere dañar, sólo que, debido al yerro, se produce un desvío en el curso causal y termina lesionando un objeto distinto.¹⁵³

c) Error sobre la relación de causalidad:

Como sostiene el Doctor Edgardo Alberto Donna, la causalidad está comprendida por el conocimiento del dolo. El autor como mínimo de haber, tomado seriamente como posible y con ello conformarse de que su conducta pueda ser causa de un resultado típico.¹⁵⁴

De modo que esta relación de causalidad, como se ha visto, es insustituible en el plano objetivo, cobra relevancia en el plano subjetivo. Si el autor es consciente de todos los elementos del tipo objetivo para actuar dolosamente, también fue consciente del curso causal, ya que también forma parte de la imputación subjetiva el modo en que dicho resultado se va alcanzar.¹⁵⁵ Esto tiene

152. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, parte general, tomo IV, op. cit. 263p.

153. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo IV. op. cit. 264p.

154. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo IV. op. cit. 273p.

íntima relación con el momento en que el sujeto libre al ser la causa primera o libre domina el hecho con el conocimiento y la voluntad de realización de la causalidad para consumir el resultado.

El sujeto no debe tener el conocimiento de todas las circunstancias que se requieren para llegar al fin propuesto, como por ejemplo el caso de que sepa el mecanismo de activación del arma, el recorrido, etc. Él conoce que va a matar y conoce los aspectos esenciales o centrales de la relación de causalidad por lo que es suficiente con este conocimiento que se le puede imputar el hecho.¹⁵⁶

El caso propuesto por Welzel: el sujeto utiliza un hacha que le impacta por lo que habría homicidio doloso consumado, aun cuando los golpes de hacha no hubieren sido mortales, pero la muerte se hubiere producido por una infección a consecuencia de los hachazos. Pues esta desviación de la causalidad está dentro del marco de la causalidad adecuada; diferente sería si la infección provino por descuido del hospital o de la víctima. Es el caso del francotirador que planificó disparar a su víctima en la cabeza, pero lo hace en la garganta y muere, o le dispara y muere a los pocos días en el hospital unos días más tarde debido a la hemorragia o laceración de los órganos.¹⁵⁷ El caso del puente: es suficiente que lo haya lanzado por el puente hacia el río y en el momento en que cae se golpea con la base del mismo en el cráneo y cae en el río y muere por sumersión, es irrelevante el desvío causal, ya que el fin era el mismo.

Las desviaciones esenciales del curso causal pueden dar lugar, por tanto, a una exclusión del dolo. Las desviaciones inesenciales o que no afectan a la producción del resultado pretendido por el autor son irrelevantes.

Sin embargo, si el resultado se produce de un modo desconectado de la acción del autor, como mucho, se le podrá imputar el hecho como tentativa, el caso que le disparó cerca del corazón, pero muere del choque de la ambulancia en el momento en que era llevado la víctima al hospital, como no tuvo el dominio de la causalidad responde solo por el resultado causado.

155. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo IV, op. cit. 273p.

156. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo IV, op. cit. 274p.

157. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo IV, op. cit. 275p.

d) *Dolus generalis*:

Es la denominación que se da a uno de los errores sobre la causalidad. Se trata del caso en que el autor, si bien previó el resultado típico como producido por uno de sus actos parciales, dentro del todo un curso fáctico, éste deviene por otro acto parcial ejecutado por él mismo.¹⁵⁸

El sujeto activo cree haber consumado el delito, cuando en verdad ha sido causado por un hecho posterior. Ejemplo: El novio celoso atropella a su novia con la creencia de que ésta ya había muerto, la tira al río, cuando en realidad estaba inconsciente por lo tanto muere por ahogamiento.

Estamos frente a un caso en el que existe dolo de asesinar, pero el segundo acto sería un imprudente o sería un solo dolo. Históricamente, como manifiesta el Doctor Donna el dolo general ayudaba a solucionar este caso, ya que se extendía al segundo acto, pero Roxin en un primer momento sostuvo que no era posible aquello ya que el dolo de matar había agotado su presencia en el primer acto y él ya no existía.¹⁵⁹

Entonces el problema se concentra si la desviación causal es relevante para el Derecho Penal o no. Existen varias posiciones: la primera la de Welzel, quien sostiene que existe tentativa de homicidio en concurso real con el delito de homicidio culposo; Roxin cambia su postura inicial y sostiene en la actualidad que es un solo dolo de asesinato con ocultamiento, por lo que la desviación causal es inesencial. Hay otras soluciones como la Maurach-Zipf, que si el autor partió de que se había consumado el delito, el segundo acto sería separado y se debía insistir en la imprudencia. Es el caso de enterrar o de dejar a una persona asfixiada por muerte y muere por frío.¹⁶⁰

O cuando se apunta con una pistola y se le dispara siendo su plan el dar muerte; la doctrina mantiene el caso de que este desvío causal no es relevante para el Derecho Penal, pero si se le dispara con un acto preparatorio se lo castigará por delito culposo, si se le dispara por un acto que no está dentro de la programación, será castigado por tentativa.

158. ZAFFARONI, Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, parte general, Tomo III, op. cit. 330p

159. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo IV. op. cit. 282p.

160. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo IV. Op. cit. 283,284p.

h. El error sobre los elementos agravantes o cualificantes:

Como habíamos manifestando, si no se tiene conocimiento en las circunstancias agravantes no podrán ser tomadas en cuenta para agravar el tipo penal, pero se castigará con el delito básico. O como propone el proyecto que no serán valoradas por el Juez. Por ejemplo cuando se desconoce o se tiene un error en el vínculo sanguíneo o de afinidad en el caso de parricidio, es típico ejemplo de Edipo. Pero este error es irrelevante en cuanto a la acción dolosa ya que el mismo subsiste y por lo mismo se procederá como se expresa en líneas anteriores.

i. Error en el cambio del objeto del hecho.

Este supuesto tiene que ver con el cambio que el sujeto hace durante la ejecución del hecho, en el cual desplaza conscientemente la dirección de su agresión de un objeto a otro. Es irrelevante ya que Roxin, citado por Donna, sostiene que no es un cambio de dolo sino de objeto, por lo mismo se debe castigar como delito consumado.

Pero, en el caso de que un sujeto en un parque quiere robar a una mujer a quien le da un golpe y la deja inconsciente, pero no le roba sino que la accede sexualmente, en este caso si hay un cambio de dolo que es el delito de violación sexual y en el otro caso habría tentativa desistida.¹⁶¹

B. Error de prohibición:

Una de las ficciones que en nuestra legislación se presenta es que la ignorancia de la ley no excusa a persona alguna¹⁶²; así lo hemos determinado en nuestra ley penal¹⁶³, pero como sostiene Juan Fernández de Carrasquilla, "Sin duda alguna -y en esto se ha reparado muy poco- la presunción de conocimiento de la ley se ha equiparado o confundido tradicionalmente con la exigencia de conocimiento o conciencia del injusto del hecho (conciencia de la antijuri-

161. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo IV. Op. cit. 289,290p.

162. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Principios y Normas Rectores del Derecho Penal*, 1era. Edición, Bogotá, editorial Leyer, 1998, 317p. ISBN 958-690-148-3.

163. Artículo 3 del Código Penal del Ecuador.

dicidad del hecho), viniendo así este último -pese a su carácter de elemento de la culpabilidad y por ende presupuesto necesario de la pena- a ser también presumido. Pero esta identificación no es admisible porque el conocimiento de la ley remite a la cultura general de los ciudadanos y por tanto a los medios de comunicación social disponibles, en tanto que el conocimiento de la antijuridicidad real o posible es un conocimiento jurídico-cultural relativo al hecho concreto (y por tanto implica una especie de subsunción valorativa del lego).¹⁶⁴

Es decir, que el conocimiento de la ley es una premisa que el Estado se sirve para fijar su poder de legislador exclusivo y excluyente. Esto tiene relación con el Art. 76.3 de la Constitución de la República, cuando en esa norma constitucional se determina el principio de legalidad previa, cuando "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado, por un acto u omisión, que al momento de cometerse, no este tipificado en la ley como infracción penal..." esto implica que al existir la acción descrita en el tipo penal y descrita en el texto legal, es conocida por los ciudadanos ecuatorianos y extranjeros, esta es la regla general. Es justamente la ley previa uno de los elementos del principio de legalidad que tiene como función limitar el poder punitivo estatal, además evitar la retroactividad de la ley penal a conductas anteriores, excepto en el caso que la ley sea favorable para reo, en ese momento si es retroactiva.

Pero en la misma Carta Suprema, existe la norma del Art. 66.29.d) que determina "Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo que no está prohibido por la ley". Es decir, que no se puede exigir matar alguien por el cumplimiento de una orden u obediencia debida o cumplimiento del deber, ya que, por una parte, debemos partir del respeto de la dignidad humana es el valor de la persona como tal, ese momento la persona la consideramos con el derechos y en especial el derecho a la libertad de tomar decisiones, sin que sea obligada o coaccionada por ninguna forma, por lo cual el Estado en el momento en que existe dicha situación no le podrá exigir comportarse conforme a derecho, por lo cual no será culpable. Por otra parte, también de esta norma nadie puede dejar de no hacer lo que no está prohibido por la ley, es decir que si no se conoce o si antes no existía la ley debemos tener la comprensión de que nuestra actuación está dentro de la ley, lo cual provoca que nuestro comportamiento no sea contrario o hayamos comprendi-

164. FERNANDEZ CARRASQUILLA Juan, Principios y Normas Rectores, op. cit. 317p



do en forma libre dicha prohibición y actuar conforme a esa comprensión. Es aquí en donde se puede sustentar el error de prohibición, ya que se debe tener conocimiento de que se encuentre prohibido.

Como debemos explicarnos este error de prohibición en los casos en concreto la imputación del acto a una persona, por una parte, debe pasar los filtros previstos como criterios de imputación que son la acción típica, antijurídica y culpable. Esta última categoría hace que nadie pueda ser castigado cuando la ley no es conocida, por lo que esa norma no puede motivar al destinatario de la misma si no la conoce y peor aún si no la ayudó a conformar en la fase pre legislativo. Por ejemplo, si una ley nunca fue publicada, o en el caso actual al existir un cambio legal tan hiperactivo hace que ni los abogados podemos saber o conocer las leyes. Así mismo podemos tener el error de que una conducta estuvo autorizada antes y ahora está prohibida, esto en relación con la norma constitucional comentada en segundo momento

En esa lógica Zaffaroni, citando a Alchourron-Buligyn, sostiene que el Estado de la "vieja ilusión iluminista de una ley penal tan clara que cualquiera pudiese conocer, ha pasado a una realidad en la que el derecho -como texto- no sólo no es conocido por los actores en escena, sino que incluso quienes lo interpretan tiene grandes dificultades para hacerlo (...). En otras palabras, se pretende ejercer el poder punitivo montado sobre el desconocimiento causado por el entramado legislativo, confuso, múltiple y enmarañado que produce." Por lo que concluye el autor argentino que "el principio de culpabilidad es la valla infranqueable que debe oponer el Derecho Penal al constante esfuerzo del poder punitivo por hacer inextricable su normación legislativa."¹⁶⁵

Es por esa razón que el principio de culpabilidad, genera en la teoría del sujeto es libre y responsable¹⁶⁶, esto tiene el sentido que la libertad y responsabilidad son conceptos inseparables, es por eso que el error de prohibición en esta parte de la explicación tiene sustento en la libertad del sujeto y en su comprensión del injusto, por cuanto si no los tiene, sería responsabilidad objetiva, pero en caso contrario responderá subjetiva y jurídicamente.

Por esa razón quien actúa con error de prohibición, es el sujeto que creen-

165. ZAFFARONI, Eugenio Raul, Derecho Penal, parte General, op. cit. 693p.

166. ZAFFARONI, Eugenio Raul, Derecho Penal, parte General, op. cit. 641p.

do actuar lícitamente perjudica el bien jurídico tutelado. Una creencia equivocada de su actuar lícito puede provenir:

- a) O de la ignorancia de que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico;
- b) O del pensamiento de que le ampara una eximente por justificación que realmente no se da;
- c) O porque dándose, le otorga una amplitud tal que supone haber obrado dentro de los fueros de la norma permisiva; o,
- d) Finalmente, porque imagina la concurrencia de circunstancias ajenas al hecho que, si por el contrario, concurriesen, meritaban justificarlo, por lo tanto este error se da cuando el autor desconoce la prohibición o el mandato y por ende la antijuridicidad de su acto.

Como habíamos sostenido anteriormente, la ignorancia es la ausencia total del conocimiento, en este caso existe total comprensión de que hay una norma prohibida o que el ordenamiento jurídico prohíbe, por ejemplo cuando un colombiano viene al Ecuador y mantiene relaciones sexuales con una menor de 18 años seduciéndola y engañándola para conseguir la cópula carnal (estupro), resulta que él tiene total desconocimiento que su conducta está prohibida, ya que en Colombia el estupro no es delito.

En el caso que una persona tiene el convencimiento de que su actuación le ampara una causa de justificación que no le ampara, por ejemplo: cuando un Policía dispara contra una multitud en plena manifestación, creyendo que por su condición de miembro de la seguridad pública le ampara la legítima defensa.

En por eso que Mir Puig afirma que este error de prohibición “tampoco comprende los casos de error de derecho que consistan en un error sobre un elemento normativo jurídico integrante del supuesto de hecho de la infracción penal, sino solo el desconocimiento de la ilicitud de dicho supuesto de hecho.”

167

Por otro lado Roxin sostiene que “cuando un error concierne únicamente a la antijuridicidad de la acción típica, se trata de un error de prohibición”¹⁶⁸ Muñoz Conde indica: “Existe error de prohibición no solo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud del hecho.”¹⁶⁹

Nadie puede motivarse acerca de la norma penal si desconoce lo prohibido, por lo tanto, solo es posible castigar a alguien si se le ha advertido previamente de tal posibilidad. Así como el error de tipo es lo contrario de la existencia del dolo, el error de prohibición lo es del actual conocimiento del injusto, por lo tanto, el error de prohibición será tratado más severamente que el error de tipo.

El error de prohibición recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta. Cuando es invencible, es decir, cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. Cuando es vencible, para nada afecta la tipicidad dolosa o culposa que ya está afirmada a nivel correspondiente, teniendo solo el efecto de disminuir la culpabilidad.

En conclusión el error de prohibición supone que el individuo conoce perfectamente lo que hace pero cree que eso que realiza es una actuación lícita, que no está prohibida, que no es antijurídica. El error de prohibición no es más que una consecuencia del principio de culpabilidad.

1. Formas de manifestación y conciencia de la antijuridicidad:

a) Directo o abstracto:

Es directo el error sobre la licitud, si el sujeto desconoce el contenido de la norma penal. Puede suceder incluso que tenga conocimiento completo de la norma pero que por razones posteriores no lo crea vigente. Por lo tanto se trata de un error sobre la existencia, vigencia y alcances de la prohibición.

En cuanto a la validez o existencia, cuando la persona considera que es nula

168. ROXIN, Claus, La teoría del delito en la discusión actual, op. cit. 202p.

169. MUÑOZ CONDE, Francisco GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, parte general, op. cit. 386 p.

una ley cuando no es producida por un órgano que no tiene la competencia y que todavía no ha sido declarada por la Corte Constitucional.

En cuanto a la vigencia, cuando se estima que una norma se encuentra en vigencia, siendo derogada por un acto legislativo posterior. (El recurso de casación se propone cuando se violenta el contenido de la ley).

Cuando considera que la norma sea prohibitiva o de mandato no tiene el alcance jurídico que conforme a la interpretación y posteriormente a la subsunción de los hechos.

b) Indirecto o concreto:

En este caso el sujeto, es decir el autor, conoce la prohibición, pero cree equivocadamente que su conducta está justificada por una causa de justificación.

Cuando quien actúa matando a una persona que considera su enemiga, cuando considera que ésta estima que le puede dar muerte en el momento que se acerca e introduce su mano en su chaqueta en ademán de sacar una pistola, lo cual nunca sucedió.

2. Consecuencias jurídicas del error de prohibición:

a) Error inevitable:

Cuando el error sea inevitable no se le podrá hacer ningún tipo de reproche al autor por su conducta antijurídica, por lo tanto se excluirá la culpabilidad y por ende la pena. Esto tiene que ver así como en el caso del error de tipo, debemos realizar todas las actividades para poder tener el conocimiento y la comprensión de la norma de prohibición o de mandato, en el evento en que no sea posible adquirir no podrá declararse la culpabilidad peor la pena. Por ejemplo: en el caso de un holandés que sabe que en su país el consumo de la marihuana es legal, e ingresa en el Ecuador dosis de consumo personal, pero en el momento de hacer la Policía lo detiene por posesión de narcóticos, esta persona tenía ignorancia total del norma prohibitiva por lo mismo no puede

ser afectado con la misma por cuanto tenía una falta de comprensión de que su acto era injusto.

b) Error evitable:

Este error consiste en una atenuación de la pena, por lo tanto, el sujeto sí realizó la conducta antijurídica (supuesto de hecho) por lo que se le impondrá una pena atenuada (consecuencia jurídica). Righi expone “que en los casos de error de prohibición evitable debe atenuarse la pena tomando en cuenta la incidencia del error en su individualización. Ejemplo: El autor obra sabiendo lo que hace, pero en la creencia de que ello no es antijurídico, la ley penal, sola determina la atenuación de la pena.”¹⁷⁰

Roxin, el error de prohibición es vencible bajo tres presupuestos que deben probarse uno tras el otro, ya que considera que el error de prohibición es evitable casi siempre, en los siguientes casos:

b. 1. Tiene que existir un motivo para verificar la situación jurídica.

En primer lugar menciona Roxin que el error de prohibición puede ser invencible cuando el autor tenía un motivo para preocuparse por la legitimidad de su conducta. Existen tres motivos:

“El primero es el caso de la duda acerca del injusto. A través de su propia reflexión, de lecturas especializadas, o de experiencias anteriores, o también mediante comunicaciones de terceros, el autor puede haber obtenido dudas sobre si aquello que quiere hacer está o no permitido, por ejemplo un negocio. Él puede entonces no dejar la puerta abierta y seguir investigando más sobre las dudas. Si por el contrario, aparta las dudas y confía sin más en el carácter permitido de su conducta, el error de prohibición que resultará al cumplir con los demás presupuestos del tipo, será evitable.”¹⁷¹

Es decir para el maestro alemán y como lo expresó Zaffaroni, existe gran cantidad de legislación que los propios operadores pueden generar dificultades

170. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, parte general, tomo IV, op. cit. 334p.

171. ROXIN, Claus, La teoría del delito en la discusión actual, op. cit. 208p

en el conocimiento del derecho, por lo que aparecen las dudas en la realización o no, pero aconseja el maestro de Munich que se debe seguir investigando para determinar el error invencible, si no se lo hace será vencible y por eso la culpabilidad atenuada.

En segundo lugar, "existe un motivo para realizar una evaluación jurídica cuando alguien actúa en un ámbito especial del cual se conoce que está sometido a normas jurídicas."¹⁷² El autor alemán menciona como ejemplo a la persona que por su propia actividad está sometido a normas como el que tiene un negocio de víveres, sabe que debe cumplir con normas sanitarias, quien dice no conocer esto es un error vencible.

Un tercer caso, plantea el autor citado, "el autor debe reflexionar sobre la legitimidad de su conducta cuando reconozca que a través de ella otros o la colectividad podrían sufrir daños permanentes."¹⁷³ Luego quien ve que ocasiona a otras graves pérdidas económicas, tiene un motivo para averiguar si se está sirviendo de métodos permitidos. Por ejemplo que la persona que utiliza la fuerza para reprimir una propuesta relativamente mínima tiene que reflexionar si esto todavía estaría cubierto por la norma permisiva de la legítima defensa. Si rebasa los límites será un error de prohibición vencible.

Concluye el maestro Roxin que cuando no pueda afirmarse estos tres motivos debe juzgarse como error invencible.

b. 2. El autor no debe haberse esforzado seriamente por cerciorarse o debe haberlo hecho de manera insuficiente.

Este caso se produce cuando la persona debe indagar en forma suficiente por esclarecer los hechos, pero igual, después de las indagaciones ha llegado a un resultado falso, esto es un error invencible. Por ejemplo una persona indaga sobre un negocio y consulta a un abogado, quien le menciona que su conducta está permitida y la misma no está permitida según las leyes, el sujeto al recibir información falsa, está en un error de prohibición invencible. No importa que el abogado sea o no capaz o que en forma posterior haya o no reflexionado,

172. ROXIN Claus, La teoría del delito en la discusión actual, op. cit. 208p.

173. ROXIN Claus, La teoría del delito en la discusión actual, op. cit. 209p.

esto no se le puede exigir a un profano. Lo que no está permitido es haberle exigido al abogado un dictamen falso sobre el tema.¹⁷⁴ Además, el autor menciona el caso del estudiante cuando consulta al profesor fuera de clases, si éste no reflexiona en forma adecuada, esta respuesta puede generar errores, lo contrario sería cuando le consulta en el espacio adecuado y con el tiempo necesario. O cuando se ha dado lectura a una jurisprudencia o cuando no hay sentencias sobre caso y se aplica la información que se tiene sobre la ciencia. Pero el Tribunal aplica otra jurisprudencia que se aparta de la mayoría existente, allí hay error de prohibición invencible.

Cuando la persona por sus propias iniciativas da lectura a sentencias, textos legales que por su formación no puede extraer el conocimiento de los mismos, sería error de prohibición invencible. En el Ecuador cualquier persona tiene la costumbre de leer la ley y buscar jurisprudencia en vía electrónica, pero eso no hace que tenga comprensión de su legalidad o no.

b. 3. Debe haberse podido alcanzar el conocimiento del injusto.

Cuando el autor tenía motivo para preocuparse por la legalidad de su conducta, pero no lo ha hecho o lo ha hecho de una manera suficiente. No es error invencible, ya que debe haber esfuerzos suficientes de aseguramiento, para un acercamiento de comprensión jurídica.¹⁷⁵ Por ejemplo: si el abogado, cuya consulta ha sido omitida, hubiera declarado que la conducta está permitida por la ley, invocando la jurisprudencia de la época, la conducta que el autor ha puesto en práctica sin ninguna evaluación ha sido efectuada bajo error de prohibición invencible.

174. ROXIN Claus, La teoría del delito en la discusión actual, op. cit. 210p.

175. ROXIN Claus, La teoría del delito en la discusión actual, op. cit. 210p.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBAN GOMEZ, Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, 1era edición, Quito, editorial Corporación Myl, 2005, 66p. ISBN 9978-81-050.
- ALCACER GUIRAO, Rafael, *Los fines del Derecho Penal: Una aproximación desde la filosofía política*, 1era. Edición, Bogotá, Editorial U. Externado de Colombia, 2004. ISBN 958-616-873-5.
- ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Argentina, Traducción Juan del Rosal y Angel Torío, Buenos Aires-Argentina, editorial UTHEA, 1960. Depósito legal en la República de Argentina.
- AGUDELO BENTACUR, Nodier, *Estudio preliminar de Delitos y Penas de Cesare de Beccaria*, 3era. Edición, Bogotá, editorial Temis, 2003. ISBN 958-35-0269-3.
- ANSUATEGUI ROIG, Francisco J., *De los derechos y el Estado de Derecho*, Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos, 1ra. Edición, Bogotá, Editorial U. Externado, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho Nro. 47, 2007. ISBN 978-958-710-247-5.
- AVILA SANTAMARIA, Ramiro, *Neconstitucionalismo transformador*, El estado y el derecho en la constitución del 2008, 1era. Edición, Quito, editorial AbyaYala, 2011, ISBN. ABYA YALA 978-9978-22-984-2, ISBN UASB.978-9978-19-468-3.
- AYALA MORA, Enrique, *Justicia Indígena* Judith Salgado, compiladora, "Interculturalidad, Reformas constitucionales y pluralismo jurídico", 1era. Edición, Quito, Editorial UASB-AbyaYala, 2002, ISBN 9978-19-041-4.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, 1ra. Edición, Lima Perú, Editorial ARA, 2004. ISBN 9972-626-44-X.
- BACIGALUPO, Enrique, *Concepto de Bien jurídico y límites del Derecho Penal*, editores: Eduardo Montealegre Lynett, José Antonio Caro John, El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje a Gunther Jakobs, 1era edición, Bogotá- Colombia, editorial U. Externado de Colombia, 2008, ISBN 978-958-710-325-0.
- BALCARE, Fabián, *Antijuricidad penal, principios generales*, 1era. Edición, Córdoba – Argentina, editorial Mediterranea, 2001.
- BAQUERIZO MINUCHE, Jorge y LEUSCHNER LUQUE, Erick, *Sobre Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación, Notas desde la teoría y la filosofía del Derecho*", estudio introductivo de Jorge Zavala Egas, 1era. Edición, Lima, editorial EDILEXS.A, 2011, 52p. ISBN 978-9942-03-495-3.
- BIRNBAUM, Johann Michael Franz, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, traducción José Luis Guzmán Dalbora, 1era edición, Buenos Aires, editorial IB de F, 2010. ISBN 978-9974-676-38-1.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría General de la Política*, traducción Antonio de Cabo, Gerardo Pisarello, José Fernández, Alexei Julio Estrada, Miguel Carbonell, Magdalena Lorenzo, Pepa Linares, Marco Criado y Carmen Revilla, 3ra. Edición, Madrid, editorial Trotta, 2009, 778p, ISBN 978-84-8164-579-8.

- BOBBIO, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, Séptima reimpresión, México, Editorial Fondo de Cultura Económico, 1999, 35p. ISBN.968-16-2737-7.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, traducción Ernesto Garzón Valdés, 10 ma. Era, reimpresión, México, editorial Fontamara, 2009, 25p. ISBN 978-968-476-137-7.
- BORJA CEVALLOS, Rodrigo, *Sociedad, Cultura y Derecho*, 1era edición, Quito-Ecuador, editorial Planeta-Ariel, 2007, 114-115 p. ISBN 978-9978-983-42-3.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Obras Completas, Tomo I*, Lima-Perú, Editorial ARA Editores, 2005. ISBN 9972-626-56-3. (tomo I).
- CAÑAR LOJANO, Luis, *Comentario al Código Penal de la República del Ecuador, Tomo II*, 1era. Edición, Cuenca-Ecuador, editorial impresora Rocafuerte, 2003, 242p. ISBN 9978-43-310-4. ISBN OBRA COMPLETA 9978-43-309-0.
- CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, 1era. Edición, Quito, editorial Cevallos, 2010, 32p. ISBN 13: 978-9978-392-06-5.
- CARBONNEL, Miguel, *La Constitución en serio*; 3era. Edición, México, Ed. Porrúa-UNAM, 2005, ISBN 970.07.5992.X.
- CARDENAS SIERRA, Carlos Alberto, GUARIN RAMIREZ, Edgar Antonio, *Filosofía Política y Del Derecho: Tomás de Aquino en dialogo con Bobbio, Chomsky, Rawls y Alexy*, 1era. Edición, Bogotá, Editorial Universidad Santo Tomás, 2010, ISBN 978-958-631-645-3.
- CASTRO CORNEJO, Toribio, *El error en el Derecho Penal. El error de prohibición y el error culturalmente condicionado*, 1era, edición, Lima, editorial ediciones jurídicas del Centro, 2010. ISBN 978-612-45300-1-2.
- CIARAMELLI, Fabio, *Instituciones y normas, Sociedad global y filosofía del derecho*, traducción de Juan Ramón Capella, Madrid, Editorial Trotta, 2009, ISBN 978-84-9879-065-8.
- CARRASCO GOMEZ, Juan, MAZA MARTIN, José, *Siquiatría Legal y Forense*, 3era. Edición, Las Rozas-Madrid-España, Editorial La Ley, 2005. ISBN 84-9725-604-2.
- CEREZO MIR, José, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial IB de F, Buenos Aires, año 2008. ISBN 978-9974-676-06-0. (Edición americana).
- CURY URZUA, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, 9va edición, Santiago de Chile, editorial Universidad Católica de Chile, 2009. ISBN 956-14-0808-2.
- CRUZ RUEDA, Elisa, *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena, artículo Principios generales del derecho indígena*, coordinadores Rudolf Huber, Juan Martínez, Cecile Lachenal, Rosembert Ariza, auspiciante Fundación. Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2008, ISBN 978-958-98737-0-0

- DE CABO, Carlos, *La Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Miguel Carbonell compilador, La Función Histórica del Constitucionalismo, 1era. Reimpresión a la 1era. Edición, México, editorial Porrúa-UNAM, 2008, ISBN 970-07-5534-7.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, parte general*, Tomo I, 1era. Edición, Santa Fe-Argentina, Editorial Rubinzal Culzoni, 2006, ISBN-10: 950-727-771-4 (obra completa), ISBN-13: 950-727-772-6 (edición en rústica).
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo III, Teoría general del delito, 1era. Edición, Santa Fe- Argentina, Editorial Rubinzal Culzoni, 2008. ISBN 978-950-727-894-5 (edición rustica).
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, 1era. Edición, Buenos Aires, editorial Rubinzal-Culzoni, 2008. ISBN 978-950-727-771-9 (obra completa), 978-950-727-892-1 (edición rustica).
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo IV, 1era. Edición, Santa Fe, Editorial Rubinzal- Culzoni, 2009. ISBN 978-950-727-972-0.
- DONNA, Edgardo Alberto, *La peligrosidad en el Derecho Penal*, Ensayos jurídicos 24 1era. Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1978, depósito de ley 11.723.
- DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación*, 3era. Edición, Buenos Aires, editorial Rubinzal Culzoni, 2009, ISBN 978-987-30-0043-0.
- DE LA FUENTE, Xavier Esteban, *Aspectos subjetivos de las causas de justificación*, 1era. Edición, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2008. 512p. ISBN 978-950-727-936-2.
- ESTERMANN, Josef, *Si el Sur fuera el Norte*, 1era. Edición, Quito, editorial Abya Yala, 2008. .83, 84, 85 p. ISBN 978-9978-22-736-7.
- FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Principios y Normas Rectores del Derecho Penal*, 1era. Edición, Bogotá, editorial Leyer, 1998. ISBN 958-690-148-3.
- FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal Fundamental, Tomo I, Introducción al Derecho Penal*, Segunda reimpresión de la segunda edición, Bogotá- Colombia, editorial Temis, 1995. ISBN 958-604-180-8.
- FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal Fundamental*, Tomo II, Segunda reimpresión, Santa Fe de Bogotá, Colombia, editorial Temis, 1995. ISBN 84-8272-363-4.
- FERNANDEZ, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, 1era, edición, Buenos Aires, editorial B de F editores, 2004, ISBN 9974-578-33-7.
- FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, traducción de Perfecto Ibañez, Rodrigo Brito Melgarejo, Antonio de Cabo, Gerardo Pisarello, Cristina Curtis, Marina Gastón, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya, Pedro Salazar y Corina Yturbe. Edición Miguel Carbonell, La democracia constitucional, Valencia, editorial Trotta, 2008, ISBN 978-84-9879-005-4.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, traducción de Perfecto Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantero, prologo Norberto Bob-

- bio, 5ta edición, Barcelona, editorial Trotta, 2001, ISBN: 84-8164-495-1
- FERRAJOLI, LUIGI, *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia*.1. *Teoría del Derecho*, traducción de Perfecto Ibañez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchis y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, editorial Trotta, 2011. ISBN 978-84-9879-175-4. (OBRA COMPLETA). 978-84-9879-176-1 (volumen I).
 - FERRAJOLI, Luigi, *Poderes Salvajes*, traducción de Perfecto Ibañez, 1era. Edición, Barcelona, editorial Trotta, 2012. ISBN 978-9879-207-2.
 - FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho, serie de teoría jurídica y filosofía del derecho nro. 15*, Traducción Gerardo Pisarello, Alexei Julio y José Manuel Díaz, 1era. Reimpresión, Bogotá, editorial Universidad Externado de Colombia, 2001. ISBN 958-616-462-4.
 - FRISCH, Wolfgang, ROBLES PLANAS, Ricardo, *Desvalor e imputar nro.2, Estudios y Debates de Derecho Penal*, dirigida por Jesús Silva Sánchez, 2da. Edición, Buenos Aires, editorial IB de f, 2006. ISBN 9974-578-73-6.
 - FRISTER, Helmut, *Derecho Penal*, traducción a la 4ta. Edición de Marcelo Sancinetti, 1era. Edición en castellano, Buenos Aires, Editorial Hamurabi, 2011. 234p. ISBN 978-950-741-539-8 edición rustica.
 - GUASTINI, Nicolás, *Neoconstitucionalismo*", artículo "La constitucionalización del ordenamiento jurídico" Edición de Miguel Carbonell, 4ta. Edición, Barcelona, Editorial Trotta, 2009, ISBN 978-84-8164-573-6.
 - GUASTINI, Riccardo, *Interpretación, Derecho y Estado, Colección de Filosofía y Teoría del Derecho*, 1era. Edición, Lima, editorial ARA. ISBN 978-9972-238-69-7.
 - GRACIA MARTIN, Luis, *Fundamentos del Sistema del Derecho Penal*, 1era. Edición, Quito, Editorial Cevallos, 2011, ISBN 13: 978-9978-392-13-3.
 - GIL GIL, Alicia, *Sobre la pertenencia del desvalor del resultado al injusto*", Libro Homenaje a Hans Welzel, Directores Hans Joachim Hirsch, José Cerezo Mir y Edgardo Alberto Donna, Editorial Rubinzal Culzoni, 1ra edición, Santa Fe- Argentina, 2005. 776p. ISBN 950-727-662-9.
 - GIL GIL, Alicia, *Ausencia del Elemento Subjetivo de Justificación*, editorial Rubinzal-Culzoni, 1ra. Edición, Santa Fe, 2006. 216p. ISBN 950-727-703-X.
 - GOMEZ PEREZ, Rafael, *La ley eterna en la Historia, Sociedad y Derecho según San Agustín*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1972, D.L. NA I.170-1972.
 - GOZAINI, Oswaldo Alfredo, *El Debido Proceso, Derecho Procesal constitucional*, 1era edición, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2004, ISBN 950-727-549-5.
 - GONZALEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, *Autonomía, Dignidad y ciudadanía, una teoría de los derechos humanos*, 1era edición, Valencia, editorial Tirant lo Blanch, 2004, ISBN. 84-8456-141-0.
 - GONZALEZ LAGIER, Daniel, *Estudios de Filosofía del Derecho Penal, artículo Derecho y Acción*, Editores Miguel Díaz y García, Juan Antonio García Amado, Editorial Uni-

- versidad Externado de Colombia, 1era. Edición., Bogotá Colombia, 2006. 547 p. ISBN 958-710-172-0.
- GUERRERO VIVANCO, Walter, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Cuarta edición corregida y aumentada, Quito, editorial Pudeleco, 2004, 15-24p. ISBN 9978-966-61-7.
 - HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, estudio introductorio, 3era. edición, Valencia-España, editorial Trotta, 2001. ISBN 84-8164-151-0.
 - HASSEMER, Winfried, *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, Revista de Derecho Procesal Penal, Injerencia en los Derechos del imputado, Director DONNA, Edgardo Alberto, Tomo II, 1era edición., Santa fe-Argentina, Editorial Rubinzal Culzoni, 2006, ISBN 950.727.769.2.
 - HERNANDEZ MARIN, Rafael, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. 2da. Edición, Madrid, editorial Marcial Pons, 2002, ISBN 84-7248-971-X.
 - HIRSCH, Han Joachim, *Derecho Penal*, Obras Completas, Tomo IV., 1ra. Edición, Santa Fe-Argentina, Editorial Rubinzal Culzoni, 2005. 264p, ISBN 950-727-692-0.
 - HIRSCH, Han Joachim, *Derecho Penal*, Obras Completas, Tomo III, 1ra edición, Santa Fe- Argentina, Editorial Rubinzal Culzoni, 2002. 264p. ISBN 950-727-423-5.
 - HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y Derecho Penal, estudios sobre la teoría de la imputación*, 1era edición americana, Buenos Aires, editorial IB de F, 2009. ISBN 978-9974-676-22-0.
 - IBAÑEZ, Perfecto Andrés, *Sobre la prueba y motivación, El Estado actual de las ciencias penales*, libro homenaje a la Universidad de Antioquia, Compilador Armando Calle Calderón, Medellín, editorial Ibañez, 2009, 335 p. ISBN 978-958-8381-52-7.
 - JIMENEZ MARTINEZ, Javier, *Los elementos del delito, antijuridicidad y justificación* Tomo III, 2da. Reimpresión, México, editorial Ángel, 2010, 125p. ISBN 978-607-00-1943-2 (obra completa) ISBN 978-607-00-1946-3 (Tomo III).
 - JIMENEZ MARTINEZ, Javier, *Los elementos del delito, Culpabilidad e inculpabilidad*, Tomo IV, 2da. Reimpresión, México, Editorial Ángel, 2010. ISBN 978-607-00-1947-0 (Tomo IV).
 - KANT, Immanuel, *¿Qué es la ilustración?* Traducción de Roberto R. Aramayo, Segunda reimpresión, Madrid, editorial Alianza, 2009, 83p. ISBN: 978-84-206-5176-5.
 - KOHLER, Michael, *La imputación subjetiva, estado de la cuestión, Seminario sobre el estado de la teoría del delito en la Universidad Pompeu Fabra*, traducción Pablo Sanchez-Ostiz, 1era. Edición, Madrid, editorial Civitas, 2000. ISBN 84-470-1534-3.
 - LLASAG FERNANDEZ, Raúl, *La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de pluriculturalidad e interculturalidad*, en La Nueva Constitución de la República, Estado, derechos e instituciones. Editores. Santiago Andrade Ubidia, Agustín Grijalva y Claudia Storini, 1era. Edición, Quito, Editorial Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2009, ISBN Corporación 978.9978.84.499.1. ISBN UASB. 978.9978.19.231.3.

- LEMA María Mercedes, *Sistema del Derecho Indígena en el Ecuador*, 1era. Edición, Quito, Editorial de la Corte Suprema de Justicia, Auspicio del Consejo de la Judicatura, revisado por Luis Maldonado Ruiz, 2007, ISBN 978-9978-92-507-2.
- LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, segunda reimpresión de la primera edición, Madrid, Editorial Universitas S.A. 2002. ISBN 84-7991-041-0.
- MANZINI, Vincenzo *Tratado de Derecho Penal, Tomo 2, Primera Parte, Teorías Generales, Volumen II*, traducción Santiago Sentis Melendo, notas de Derecho Argentino de Ricardo C. Nuñez y Ernesto Gavier, 1era. Edición en español, Buenos Aires, editorial Ediar, 1948, Depósito legal en Argentina.
- MARIQUE PÉREZ, María Laura, *Acción, dolo eventual y doble efecto, colección filosofía y derecho*, 1era edición, Madrid, editorial Marcial Pons, 2012, ISBN 978-84-9768-971-7.
- MEJÍA QUINTANA, Óscar, *Justicia y Democracia Consensual. La teoría necontractualista en John Rawls*, 1era. Edición, Bogotá, editorial Uniandes, 1997. ISBN 958-665-002-2.
- MELKEVIK, Bjarne, Rawls o Habermas, *Un debate de filosofía del derecho* Trad. Claudia Cáceres, 1era. Edición, Bogotá, Editorial Universidad del Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Nro. 42, 2006, 47p. ISBN 958-710-097-2.
- MIRO LLINARES, Fernando, *La imputación penal a debate, una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva de Jakobs*, Colección Dogmática Penal, 1era. Edición, Lima, editorial ARA, 2010, ISBN. 978- 9972-238-94-9.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, Parte General, 7ma. Edición, Buenos Aires, editorial IB de F., 2004, ISBN 9974-578-36-1.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, 1era. Edición, Bogotá, editorial U. Externado de Colombia, 2002, ISBN 958- 616- 589-2.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ALAN, Mercedes, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, 6ta. Edición revisada, Valencia, Editorial Tirant Blanch, 2004, ISBN 84-8456-116-X.
- MUÑOZ CONDE, Francisco Muñoz, *El error en el Derecho Penal*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, Colección Autores de Derecho Penal, dirigida por Edgardo Alberto Donna, 2003. Depósito como dispone la ley 11.723.
- PÁEZ OLMEDO, Sergio, *Génesis y Evolución del Derecho Penal*, Ecuatoriano, Quito, editorial Universitaria-Universidad Central del Ecuador, 1984.
- PÁEZ OLMEDO, Sergio, *Bases y Fundamento científicos de la ciencia penal, el Derecho Penal y la criminología*, 1 Edición, Quito, Ecuador, editorial Universitaria Universidad Central del Ecuador, 1993.
- PÉREZ, Carlos, *Justicia Indígena*, Cuenca, editorial CONAIE, ECUARUNARI, 2010, ISBN 978-9978-14-193-9.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10ma. Edición, Madrid, editorial Tecnos, 2010. ISBN 978-84-309-5135-2

- PEROGARO, José, *Notas de clases Sociología del Proceso, de la Maestría de Derecho Penal y Procesal Penal*, Universidad Central del Ecuador, 2009
- PIZZOLO, Calogero, *Sociedad, Poder & Sociedad*, Buenos Aires, 1era. Edición, Editorial Ediar, 2004. 320p. ISBN 950-574-165-0.
- POLIANO NAVARRETE, Miguel *¿Por qué existe y para qué existe la pena? La función actual del Derecho Penal: bien jurídico versus vigencia de la norma, en la obra Dogmática penal entre naturalismo y normativismo*, coordinador Ezequiel Malarino, Alejandro Kiss, obra en homenaje al maestro Eberhard Struensee, 1era edición, Buenos Aires, editorial Ad.Hoc., 2011, ISBN 978-950-894-848-9.
- POLIANO ORTS, Miguel, *La imputación penal a debate, una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva de Jakobs*, Colección Dogmática Penal, 1era. Edición, Lima, editorial ARA, 2010. ISBN. 978- 9972-238-94-9.
- RANIERI, Silvio, *Manual de Derecho Penal*, Tomo I, traducción de Jorge Guerrero, 1era. Edición en castellano, Bogotá, editorial Temis, 1975, 42, 43 p. Derecho reservados por Editorial Temis 1974.
- RENGEL VALDIVIESO, Hugo, *Análisis y Comentarios Para el estudio del Código Penal Ecuatoriano*, revisado por Jorge Iván Rengel Maldonado, Loja, Editorial SEDAB, 2004.
- REGIS PRADO, Luiz, *Norma penal como norma de conducta*, Serie Derecho, 1era edición, México, editorial Ubijus, 2012. ISBN 978-607-8127-35-1.
- RIGHI, Esteban, *Derecho Penal, Parte General*, 1ra. Edición, Buenos Aires, Editorial LexisNexis, 2008. ISBN 978-987-592-244-0.
- ROCCO, Arturo, *El objeto del delito y la tutela jurídica penal*, traducción Geronimo Seminara, 1era edición, Buenos Aires, editorial IB de F, 2001, 52, 53 p. ISBN 987-98334-5-7.
- ROXIN, Claus, *Tratado de Derecho Penal, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito*, Traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, segunda reimpresión, Madrid España, Editorial Civitas, 2001. ISBN 84-470-0960-2.
- ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, traducción de Manuel Abanto Vásquez, Artículo Acerca del error en el Derecho Penal, Lima, editorial Grijley, 2007, ISBN 9972-04-092-5.
- RUEDA MARTÍN, María de los Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, prologo Luis Gracia Martín, 1era. Edición, Bogotá, editorial José María Bosch-U. Externado de Colombia, 2002. ISBN 958-616-618-X.
- SANCHEZ-OSTIZ, Pablo, *La imputación y Teoría del delito, la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, 1 era. Edición, Buenos Aires, editorial IB de F, 2008. ISBN 978-9974-676-07-7.
- SANCHIS, Luis Pietro, *La filosofía penal de la ilustración*, serie Derechos y Garantías Nro. 17, 1era edición, Lima, editorial Palestra, 2007 ISBN 978-9972-224-50-8.
- SANCHÍS, Luis Pietro, *Garantismo y Derecho Penal*, 1era edición, Madrid-España, edito-

- rial Iustel, 201. ISBN 978-84-9890-154-2.
- STRATENWERTH, Günther, *Derecho Penal Parte General I*, traducción de Manuel Can-
ció Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Navarra-España, Editorial Thomson-Civitas, 2000.
ISBN 84-470-2396-6.
 - SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*,
 - SOLA, Juan Vicente, *Derecho Constitucional*, 1era.edición, Buenos Aires, editorial Lexis
Nexis Abeledo-Perrot, 2006. ISBN 10: 950-20-1734-X. ISBN-13: 978-950-20-1734-1.
 - TIBÁN, Lourdes, *Estado Intercultural Plurinacional y Derechos Colectivos en el Ecuador*,
auspicio. Fundación Hans Seidel, Quito, editorial Pacheco, 2010, 113p. Derechos de autor
Nro. 034323.
 - VAN WEEZEL, Alex, *Pena y Sentido: estudio de Derecho Penal*, 1 edición, Lima, ed. ARA
editores, 2008, 541p. ISBN 978- 9972-238-35-2.
 - VON HIRSCH, Andrew, *El concepto del bien jurídico y el principio de daño, en la obra co-
lectiva La teoría del Bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego
de abalorios dogmáticos?*, traducción de Rafael Alcacer Guirao, 1era. Edición, Madrid,
editorial Marcial Pons, 2007. ISBN 978-84-9768-358-6.
 - WALSH Catherine, *Interculturalidad, Estado, Sociedad*, 1era. Edición, Quito, editorial
Abya Yala, 2009. ISBN ABYA YALA 978-9978-22-809-8 ISBN UASB. 978-9978-19-213-
9.
 - YUQUILEMA, Verónica, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate, trabajo inédito*,
Tesis para obtener el título de Abogada en la Universidad de las Américas-Quito.
 - ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA Y SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, 1era.
Edición, Buenos Aires- Argentina, Editorial EDIAR, 2000. ISBN 950-574-144-8.
 - ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, 4ta.
Reimpresión, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2006, ISBN: 950-574-005-2 (obra completa)
ISBN 950-574-049-2 (Tomo I).
 - ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, Tomo III, 5ta.
Edición, Buenos Aires, editorial EDIAR, 2004. ISBN 950-574-056-5 (Tomo Tercero).
 - ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, 4ta, edición, Buenos
Aires, Editorial Ediar, año 2004. ISBN 950-574-058-1. Tomo IV.
 - ZAGREBELSKY, Gustavo, *La Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Miguel Car-
bonell compilador, La Constitución y sus normas, 1 era reimpresión de la 1.era edición,
México, Editorial Porrúa-Universidad Autónoma de México, 2008, ISBN 970-07-5534-7.
 - ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Derecho Penal, Parte General*, 3 era. Edición, Lima,
Editorial ARA, 2006, ISBN. 9972-626-87-3.

RECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO PENAL Y DE LA TEORÍA DEL DELITO EN EL ECUADOR Y SU RELACIÓN CON LA ANTIJURIDICIDAD.

Alvaro Román Márquez





RECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO PENAL Y DE LA TEORÍA DEL DELITO EN EL ECUADOR Y SU RELACIÓN CON LA ANTIJURIDICIDAD.

Alvaro Román Márquez

SUMARIO: El Derecho Penal. Definición. Estado de discusión de la teoría del delito en el Ecuador. Reconstrucción de la teoría del delito: crítica y propuesta desde el garantismo. El bien jurídico. El principio de lesividad. La antijuridicidad en la teoría del delito: definición, en las escuelas del delito. La antijuridicidad en relación con el tipo. La antijuridicidad en relación con la norma desvalor de acción y desvalor de resultado. Diferencia entre los ánimos y los elementos subjetivos de las causas de justificación.

A. EL DERECHO PENAL: Definición.

Podemos definir que es el Derecho Penal, podemos sostener desde la forma de estudiarlo en forma objetiva que es el sistema de normas que permiten regular conductas humanas que pueden afectar bienes jurídicos (fundantes para el orden social y el orden jurídico) y que para ser tutelados deben ser tipificadas en la ley; al verificarse la afectación tendrá como consecuencia la imposición de una sanción privativa de derechos o medidas de seguridad, previo un debido proceso.

Podemos inferir que el derecho penal tiene el fin y el alcance de proteger bienes jurídicos, por lo mismo “es una forma de control de esos comportamientos y que cumple ciertas finalidades”.¹

1. María Laura Marique Perez, Acción, dolo eventual y doble efecto, colección filosofía y derecho, 1era edición, Madrid, editorial Marcial Pons, 2012, 30p. ISBN 978-84-9768-971-7.

Estas finalidades son en primer lugar proteger bienes jurídicos, en segundo lugar: regular conductas humanas que los afecten y por lo mismo deben existir las normas de conductas o primarias que estén dirigidas a los sujetos que deben hacer o abstenerse de realizarlas. En tercer lugar, debe existir la delimitación o la descripción de la conducta en la ley penal; y, por último debe existir la pena en el caso de producirse dicha conducta dañosa socialmente no deseable.

Una vez vista las funciones que tiene el derecho penal debemos iniciar, ¿qué es el bien jurídico? Antes de encontrar el contenido de bien jurídico, estimo que es importante realizar una aproximación si en el Ecuador el cuerpo normativo penal vigente y los estudiosos del derecho penal justifican esta finalidad de protección. En razón de aquello estudiaremos el estado de la discusión en el Código Penal (CP) de 1938, que se encontraba en vigencia y que fue derogado por el Código Orgánico Integral Penal, (COIP) 10 de agosto de 2014. Y que sucederá con esta nueva legislación penal.

Esto nos ayudara a fijar los hechos que ayudaran a la reconstrucción de la teoría del delito y su relación con la antijuridicidad.

B. La Teoría del delito en el Ecuador, el estado de la discusión con la vigencia del Código Penal de 1938, filosofía y procedencia del cuerpo normativo con la protección de bienes jurídicos.

Estudiaremos las posiciones de profesores ecuatorianos que han dejado su legado. Posteriormente, determinaré cómo entiende la teoría garantista al bien jurídico y su explicación en el modelo filosófico constitucional, para criticar y reconstruir la teoría del delito, las categorías del bien jurídico y de la antijuridicidad.

Analizaré el pensamiento dogmático de cada autor para dividirlos por Escuela y frente al Código Penal del Ecuador, consistentes o no con su pensamiento, sus dificultades teóricas y sus avances. Lo haremos en forma no tan profunda por cuanto no es el objeto de esta monografía. Posteriormente, formularemos la teoría que orientara el nuevo cuerpo legal penal (COIP), como entenderla desde el garantismo y cómo crítica a los planteamientos de los autores citados, además, fijaremos cuales son los criterios que debemos tener

en cuenta para esta reconstrucción.

Una vez delimitado el objeto de estudio y para dar contestación al primer punto propuesto, debemos ubicar el contexto histórico de nuestra legislación penal. ¿Cuál es su filosofía? y ¿Cuáles son sus criterios dogmáticos?

El profesor Doctor Ernesto Albán Gómez, en su obra menciona que el Ecuador en la época Republicana siguió rigiéndose por las leyes españolas hasta que se dictó las nuevas leyes en 1837.² Hubo otras codificaciones como el Código Penal de 1872. En la segunda presidencia de Gabriel García Moreno, se tomó como modelo el Código Belga, que a su vez tenía como inspiración el Código francés de 1810, es decir, que tenía gran influencia el pensamiento ilustrado de la época. La actual codificación es de 1938, en la dictadura de Alberto Enríquez Gallo³ con algunas reformas sigue regulando las conductas prohibidas hasta la actualidad.

El profesor Albán Gómez sostiene que la filosofía que rige al Código es la teoría clásica⁴ con algunos toques de modernización. Esta teoría tiene su sustento en el Código Penal italiano de 1930 (relación de causalidad, imputabilidad, iter criminis, etc.) y en el argentino de 1922. Menciona que el resultado no es satisfactorio por cuanto existen contradicciones, lagunas y errores conceptuales⁵. Menciona el autor ecuatoriano, que existen pocos aportes dogmáticos y que en las jurisprudencias no hay un aporte doctrinario que nos ayude a comprender mejor la legislación penal ecuatoriana.⁶

Estos datos históricos nos ayudan a ubicar el material que requerimos tanto histórico, filosófico y dogmático, que sustenta el pensamiento penal ecuatoriano. Es por eso que iremos haciendo una descripción ¿cómo entender la teoría del delito y si son procedentes o no los criterios que nuestros autores sostienen en sus obras?

2. Ernesto Alban Gomez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, 1era edición, Quito, editorial Corporación Myl, 2005, 66p. ISBN 9978-81-050.

3. Ernesto Alban Gomez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, op.cit. 67p.

4. Esta teoría clásica tiene como sus mayores exponentes a Becaria 1764, Francesco Carrara 1850 entre otros, sus puntos se justifican en el derecho natural, parte del modelo estatal aristotélico-tomista (Carrara), la libertad como libre albedrío es la medida de la actuación y la medida de la pena.

5. Ernesto Alban Gomez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, op.cit. 67p.

6. Ernesto Alban Gomez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, op.cit. 68p.

Así en primer lugar, trataremos sobre la legitimación de nuestra legislación penal y la teoría del delito. Para conseguir este cometido, la dogmática dominante ha construido el Derecho Penal en función de la protección de bienes jurídicos: analizaremos qué sucede en el Ecuador.

Retomando al profesor Albán Gómez, se dijo que nuestro Código Penal tiene como raíces el Derecho Penal francés y belga.

En opinión del maestro Enrique Bacigalupo Zapater: “Ni en Francia ni en Bélgica, donde el Juez no está facultado para enjuiciar la legitimidad de la ley dictada por el Parlamento, se reconoce a la teoría de bien jurídico una función de legitimación del Derecho Penal. En estos países la teoría del bien jurídico no ha tenido aceptación: su problemática no tiene ni en Francia ni en Bélgica ningún paralelo con la teoría conocida en Alemania (...) La mayoría de las explicaciones dogmáticas del Derecho Penal francés y belga prescinden de una teoría general del bien jurídico y de una definición del delito como lesión de un bien jurídico. Básicamente se le atribuye al objeto de protección sólo una función clasificatoria de los delitos, en particular en la parte especial, que tampoco va seguida de una especial elaboración del contenido del bien jurídico”.⁷

Así mismo el maestro Bacigalupo explica que en Francia “excepcionalmente se hace referencia genérica a l'intérêt protégé, considerando que los frutos más interesantes y los más prácticos de la noción del interés protegido residen en la explicación de una familia de causas objetivas de exclusión de la pena: tiene el rasgo común de beneficiar a los acusados que hayan consumado aparentemente el hecho delictuoso; sin embargo, no merecen ser declarados culpables porque han actuado en circunstancias en las que el interés que inspira la incriminación no es merecedor de la protección legal o bien no existe ninguna. En particular se refiere a la defensa necesaria y a los casos como la sustracción de la cosa propia del ladrón”.⁸

Para tener una lógica en este tema debemos retomar la posición del profesor Bacigalupo, quien sostuvo que en Francia eventualmente se trataba del interés

7. Enrique Bacigalupo, *Concepto de Bien jurídico y límites del Derecho Penal*, editores: Eduardo Montelegre Lynett, José Antonio Caro John, *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje a Gunther Jakobs*, 1era edición, Bogotá- Colombia, editorial U. Externado de Colombia, 2008, 20p. ISBN 978-958-710-325-0.

8. Enrique Bacigalupo, *Concepto de Bien jurídico y límites del Derecho Penal*, op. cit. 26, 27 p.

protegido o de un derecho ¿Qué es interés protegido? y ¿en qué consiste tener un derecho? La primera es ser titular de un interés, beneficio o ventaja. Para dar respuesta a la segunda pregunta debemos estudiar las teorías de la voluntad o las teorías del interés. En la primera, su mayor exponente es Savigny, quien entiende que la idea de voluntad del sujeto, de poder del individuo, constituye el elemento esencial del derecho subjetivo.⁹ Es decir, para esta teoría es el poder soberano de este individuo frente a otros. La otra, la teoría del interés la sostiene Ihering “es la que se caracteriza por defender que el elemento característico de los derechos es que tienen como objetivo específico la protección de intereses de los individuos...un derecho subjetivo es un interés subjetivo jurídicamente protegido. No hay derecho subjetivo sin protección jurídica y por otro lado, la esencia del derecho subjetivo es el interés, la utilidad, el goce, el beneficio que le reporta a su titular.”¹⁰ Este autor citando a Dabin es la eliminación de la voluntad dejando a merced del Estado qué interés es el que le puede beneficiar al individuo.¹¹ Gonzalo D. Fernández, sostiene que Rudolf von Ihering, menciona que el fin de derecho es la protección de intereses que mueven al mundo social, lo cual implica la tendencia a la consecución del fin.¹²

Para Arturo Rocco, el interés protegido tiene una raíz en el derecho subjetivo que tiene una persona determinada sobre una determinada cosa, además, esta se sostiene en normas tanto de derecho público como privado¹³. Este autor propone una diferencia entre interés y bien. Sostiene Rocco, que “el juicio de valor que tiene sobre la utilidad de un determinado objeto en cuanto parte del sujeto que siente la necesidad (utilidad subjetiva), es el interés. Interés del romano *interesse*, estar en el medio, *id quod inter est*, lo que está entre dos cosas) es precisamente el juicio entre la propia necesidad y el medio de satisfacción de esta necesidad, emitido por el sujeto de la necesidad, sobre la utilidad, sobre el valor de un objeto (bien) como medio de la propia satisfacción; la valoración, por parte del sujeto de una necesidad, de la aptitud de un objeto (bien) para satisfacer una necesidad propia del sujeto (utilidad, valor de

9. Jesús Gonzalez Amuchastegui Autonomía, Dignidad y ciudadanía, 1era. Edición, Valencia, editorial Tirant lo Blanch, 2004, 346p. ISBN 84-8456-141-0.

10. Jesús González Amuchástegui Autonomía, Dignidad y ciudadanía, op. cit. 350p.

11. Jesús González Amuchástegui Autonomía, Dignidad y ciudadanía, op. cit. 350p.

12. Gonzalo D Fernández, Bien jurídico y sistema del delito, 1era, edición, Buenos Aires, editorial B de F editores, 2004, 21 p. ISBN 9974-578-33-7.

13. Arturo Rocco El objeto del delito y la tutela jurídica penal, traducción Gerónimo Seiminara, 1era edición, Buenos Aires, editorial IB de F, 2001, 52, 53 p. ISBN 987-98334-5-7.

uso). El interés es pues un acto de la inteligencia y su concepto, como tal, es un concepto psicológico y por ende subjetivo, como el concepto de la necesidad (no objetivo, como el concepto de bien).¹⁴

La propuesta que hace Rocco, en cuanto a la diferencia entre interés y bien jurídico, es importante ya que el primero es un estado subjetivo que orienta la actuación humana sobre sus metas, por ello es un concepto mucho más amplio que el bien y, el segundo, bien jurídico que sería la meta a seguir, es decir, que para Rocco, el interés, como bien lo dice, está entre la necesidad y el bien que satisface, naciendo una relación entre el sujeto y el bien que es el interés como lo sostiene Miguel Poliano Navarrete.¹⁵

Para Silvio Ranieri, manifiesta que “el objeto de las normas penales son los bienes o los intereses que ellas protegen”; continúa expresando el “Bien es todo lo útil para la satisfacción, ya sea en forma inmediata, ya en forma mediata, de una necesidad humana.”¹⁶ Qué es el interés para este autor “es el bien en el sentido de la valoración que de él hace el sujeto como idóneo para la satisfacción de sus necesidades, y, por lo tanto, el mismo bien referido al valor que tiene para el sujeto, cuya voluntad está para conservarlo”¹⁷ Es decir, que el maestro italiano se fija en la parte objetiva que es el concepto de bien y la parte subjetiva que es la valoración de ese mismo para satisfacer la necesidad.

Pero existen posiciones contrarias, Ranieri citando a Carnelutti, este maestro italiano “parte de la doctrina enseña que el objeto de la protección penal y, por lo mismo, de las normas, es un interés, mientras el objeto del delito es un bien.”¹⁸ Es decir, que para este profesor, el interés protegido y el objeto jurídico de tutela es lo mismo, con ello confunde este elemento intermedio entre el sujeto y el objeto que conduce a la satisfacción y protección del derecho con el objeto material que es objeto del delito, es decir, que el interés es algo subjeti-

14. Arturo Rocco El objeto del delito y la tutela jurídica penal, op. cit. 277, 278 p.

15. Miguel Poliano Navarrete ¿Por qué existe y para qué existe la pena? La función actual del Derecho Penal: bien jurídico versus vigencia de la norma, en la obra Dogmática penal entre naturalismo y normativismo, coordinador Ezequiel Malarino, Alejandro Kiss, obra en homenaje al maestro Eberhard Struensee, 1era edición, Buenos Aires, editorial Ad.Hoc., 2011, 469p. ISBN 978-950-894-848-9.

16. Silvio Ranieri Manual de Derecho Penal, Tomo I, traducción de Jorge Guerrero, 1era. Edición en castellano, Bogotá, editorial Temis, 1975, 42, 43 p. Derecho reservados por Editorial Temis 1974.

17. Silvio Ranieri, Silvio Manual de Derecho Penal, op. cit. 43p.

18. Silvio Ranieri, Silvio Manual de Derecho Penal, op. cit. 43p.

vo que no se puede verificar objetivamente, sino solo cuando se expresa en un bien que se valora como candidato para la protección penal, esto es a través de la norma y de la ley penal. Por ejemplo: el cuerpo de la víctima es el objeto del delito de homicidio, por ello el interés es lo que se pretende proteger.

Una vez establecida la diferencia entre interés jurídico y bien jurídico, prosigamos en el tema si el Derecho Penal ¿protege derechos subjetivos o bienes jurídicos? Este cuestionamiento surge de la propuesta anterior que es la protección de derechos subjetivos que son parte del interés, esta posición es defendida por quien se considera dio inicio al Derecho Penal como dogmática, que es Feuerbach, según lo cita Gonzalo D. Fernández, en su afán de depuración y secularización del delito, la lesión que se produce es la lesión a un derecho subjetivo público, que siendo el delito una conducta socialmente dañosa, que ofende antes que nada al Estado como garante de las condiciones de vida en común, que a una persona individual, esta postura toma en cuenta al Estado como fuente del derecho y por lo mismo sus leyes deben ser respetadas, es por ese motivo que existe el aforismo que la ignorancia de la ley no exime a persona alguna¹⁹.

De igual manera para Feuerbach (1800, en su obra de la Revisión construye este modelo) el objeto del delito como un propio y verdadero derecho subjetivo no sería un bien jurídico²⁰. Sino que el derecho subjetivo público es la norma promulgada por el Estado y no cuestiones individuales. Por ello que cualquier quebrantamiento a esta norma debe ser castigada, hay que ubicarnos en la época, era el nacimiento del estado moderno por lo mismo todo el conocimiento se ubicaron en forma lineal para protegerlo, es así que si observamos nuestro código de 1938 vigente hasta el 2014, los primeros delitos eran contra la seguridad interna y externa del estado. Por ello que el bien jurídico no cabía en este momento histórico-jurídico. No debemos olvidarnos que en Italia Carrara, igualmente en su construcción teórica es para proteger al estado, en 1850 en adelante nace el Estado italiano moderno.

Además, para el autor alemán, en su afán de secularizar el derecho, criticando el derecho natural cambia la teoría de la imputación existente por la

19. Art. 3 del Código Penal.

20. Gonzalo D. Fernández Bien jurídico y sistema del delito, 1era, edición, Buenos Aires, editorial B de F editores, 2004, 12, 13 p. ISBN 9974-578-33-7.

teoría de la causalidad, siendo coherente con la posición histórica de la época (siglo XVIII-XIX), que es la positivización de las ciencias hasta del derecho y su explicación con los criterios de las ciencias duras, además, remplace la teoría de la imputación a la libertad por la teoría del delito sustentada en la punibilidad y en la causalidad. Nace la teoría del delito como tal y es el inicio de la teoría causalista o positivista.

Es por eso que en el CP 1938 ortodoxo al conocimiento y desarrollo científico de su época, el principal criterio dogmático del autor alemán es la punibilidad, en la norma derogada existe las condiciones objetivas de punibilidad, las exclusiones de punibilidad, las causas absolutorias, etc.

Podemos verificar en esa ley penal que: se sigue la teoría del interés protegido y la teoría de la punibilidad de Feuerbach, en el artículo 588 del Código Penal (causas de exclusión de la punibilidad): "1. Están exentos de responsabilidad penal y sujetos únicamente a la civil, por los hurtos, robos". Los cónyuges, ascendientes, es decir que las personas como él o la cónyuge mientras no realice la división de bienes, los hijos o los nietos, no responderán por delito y por lo mismo no se les impondrá pena alguna. Ya que se considera que no está afectado el interés protegido como es la propiedad. Así mismo en el artículo 490 numeral 1 del Código Penal al referirse a las injurias no calumniosas graves: "La imputación de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses del agraviado". Además, en el 491 para imponer la pena la acción de injuriar sea calumniosa como no calumniosa grave debían ser realizadas en "las circunstancias siguientes: En lugar o reunión público. Ante más de diez personas" siendo estas las condiciones objetivas de punibilidad, etc.

Además, en esa lógica existe la teoría de la prevención negativa general, cuando el Estado debe prevenir los delitos con la coacción psicológica de la pena, que la sociedad debe abstenerse de realizar dichas acciones. Es por ese motivo que el artículo 1 del Código Penal (1938), menciona que "ley penal es la que contiene un precepto con la amenaza de una pena" (las negrillas son fuera del texto) Esta forma de construir no era en bienes jurídicos sino en los derechos subjetivos del Estado lo que se protegía.

En Alemania, se oponen a esta postura de Feuerbach, Johann Michael Franz Birnbaum, "en mi opinión, es lo esencial en la determinación de la na-

turalidad de aquel (...) si se quiere considerar delito como lesión, este concepto debe referirse naturalmente a la lesión de un bien, no a la de un derecho.”²¹ Es decir, para este autor los derechos públicos (estales) no deben ser protegidos ya que al ser afectados éstos se destruyen o disminuyen, lo cual no puede ser posible desde el punto de vista jurídico, por ello plantea que deben ser bienes ya que “el fundamento jurídico y el fin del Derecho Penal, el hecho es que se podrá estar de acuerdo con diversos pareceres al respecto, supuesto admitamos que forma parte de la esencia del poder del Estado garantizar parejamente el disfrute de ciertos bienes a todos los hombres que viven en él, bienes dados a estos por la naturaleza o que son el resultado de su desarrollo social y de la asociación civil”²².

Estas explicaciones contundentes de los maestros y filósofos alemanes, italianos y español sobre el interés protegido y el bien jurídico, nos hacen salir de la confusión que nuestra construcción dogmática nacional tiene sobre la legitimación del Derecho Penal, de la teoría del delito como protectora de bienes jurídicos siendo solamente desde el interés protegido.

¿Por qué sostengo que existe una desarticulación en la propuesta de los estudiosos ecuatorianos?

Para el análisis propuesto, iniciaremos con la posición del profesor Sergio Páez Olmedo, es normativista²³, ya que asegura que cualquier acción a más de violentar la norma prohibida o de mandato, violenta el interés protegido o el bien jurídico; trata como similares al interés y bien jurídico siguiendo la posición defendida por Carnelutti, cuando expresa lo siguiente: “En esencia, ilícito es el hecho dañoso, antisocial que viola los intereses tanto de la sociedad como de los particulares quienes se hallan protegidos por las normas de derecho. De este se desprende que lo ilícito es el hecho que lesiona verdaderamente o que pone en peligro el interés protegido por el Orden jurídico.”²⁴ Y mantiene

21. Johann Michael Franz Birnbaum, Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito, traducción José Luis Guzmán Dalbora, 1era edición, Buenos Aires, editorial IB de F, 2010, 57, 58 p. ISBN 978-9974-676-38-1.

22. Johann Michael Franz Birnbaum, Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito, op. cit. 58p.

23. Norberto Bobbio El problema del positivismo jurídico, traducción Ernesto Garzón Valdés, 10 ma. Era, reimpresión, México, editorial Fontamara, 2009, 25p. ISBN 978-968-476-137-7.

24. Sergio Páez Olmedo, Bases y Fundamento científicos de la ciencia penal, el Derecho Penal y la criminología, 1 Edición, Quito, Ecuador, 1993, 49 p

la posición del interés protegido, como lo expresa Enrique Bacigalupo, a pesar de que el autor ecuatoriano habla de bien jurídico en otras partes de su obra comentada.²⁵

El profesor Albán Gómez, menciona que se ha modernizado la ley penal, esto se infiere de la lectura de su obra. En un primer momento sigue la línea clásica con uno de los mayores representantes que es Francesco Carrara, al definir que es delito²⁶. A continuación hace la construcción jurídica del delito y se apoya en la dogmática alemana de Franz Von List, Beling, Mayer y Mezger²⁷ que hay que tener en cuenta para la misma. Es decir, que ingresa en la teoría del bien jurídico²⁸ como forma de limitar y legitimar la teoría del delito, como intervención estatal del *ius punendi*, pero sin tener para ello una legislación que ayude a su construcción, ya que ella no sigue los postulados de estas corrientes del Derecho Penal.

Pero sigue, la teoría de Carrara en el Derecho Penal, tiene que ver con la protección de derechos subjetivos de otros. Luego se apoya en la construcción de Von Liszt quien transforma su coherencia dogmática en el bien jurídico como un objeto positivo o del mundo exterior²⁹ esta sería el puntal de su elaboración teórica. Es decir, pasa de una construcción del derecho natural, (posición defendida por Carrara) a una construcción del derecho positivo, ya que el autor alemán es quien sigue la construcción de la acción causal y de su materialización en el mundo físico con una simple mutación de ese mundo y que puede afectar un bien jurídico y el maestro italiano parte de un derecho natural para terminar en derecho positivo. Es decir, que tiene varias posiciones filosóficas.

Para agregar otros datos de la construcción dogmática del Doctor Ernesto Albán Gómez, podemos indicar que es un neocausalista en la teoría del delito, ya que acepta el dolo en la culpabilidad³⁰, no acepta el error de derecho o como

25. Sergio Páez Olmedo, Bases y Fundamento científicos de la ciencia penal, el Derecho Penal y la criminología, op. cit. 50p.

26. Ernesto Albán Gómez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, op.cit. 108p.

27. Ernesto Albán Gómez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, op.cit. 109p.

28. Ernesto Albán Gómez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, op.cit. 114p.

29. Gonzalo D. Fernández, Bien jurídico y sistema del delito, op. cit. 21p.

30. Ernesto Albán Gómez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, op.cit. 195p.

se conoce actualmente error de prohibición³¹. Pero estimo que el Doctor Albán estaría desviándose en su construcción teórica cuando sostiene que nuestro Código Penal, tiene su bien jurídico como valor a proteger por el Derecho Penal, cuando él mismo dice que nuestro código tiene origen en la dogmática francesa y belga, como se sostuvo las que no tienen como fin del derecho dicha protección. Entonces existe una inconsistencia en su construcción.

Así mismo, el doctor Albán Gómez, tiene una posición filosófica dualista, es decir, normativista que es la valoración del orden social y complementado con el orden jurídico. Esa misma posición la tiene el Doctor Jorge Hugo Rengel, ya que parte de la explicación del artículo 1 del Código Penal cuando sostiene: "Leyes penales son todas las que contienen un precepto sancionado con la amenaza de un pena", que existe la ley penal que es la tipificación y el precepto es la norma jurídica o el supuesto de hecho, por lo que la norma es prohibitiva o mandatorio según la interpretación que se haga³². La misma construcción tiene el Doctor Sergio Páez Olmedo, con la cita anterior.

Es por ello que los profesores Rengel, Albán y Páez se adhieren al sistema Kantiano de ver el orden social y el orden jurídico. También se puede sostener por la construcción de nuestro Código Penal que los autores ecuatorianos son neocausalista.

Podemos afirmar, que existe una producción filosófica jurídica penal en el Ecuador, sin ser completa por cuanto los autores ecuatorianos hablan de la existencia de un sistema normativo, pero el vacío que existe en el Doctor Albán Gómez es la existencia de la norma jurídica como precepto sin adherirse a la filosofía deontológica, solo aceptando la existencia del bien jurídico y de la ley penal, esto nos hace comprender que al no tener una posición filosófica solamente menciona que la ley es una sola y esta es la que protege el bien jurídico como algo objetivo frente a los subjetivo. En el caso del profesor Jorge Hugo Rengel, existe la norma jurídica y la ley penal pero no el bien jurídico tomando una posición de positivismo jurídico de Feuerbach y de Vincenzo Manzini, entre otros.

31. Ernesto Albán Gómez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, op.cit. 205 p.

32. Hugo Rengel Valdivieso, Análisis y Comentarios Para el estudio del Código Penal Ecuatoriano, revisado por Jorge Iván Rengel Maldonado, Loja, Editorial SEDAB, 2004, 9, 10, 11 p.

Así mismo, el Doctor Sergio Páez sostiene que la "la norma jurídica, no crea el hecho ilícito o la infracción penal, pues ésta se encuentra establecida con anterioridad a su expedición. Este principio ha sido elevado a la categoría de principio constitucional, tendiente a evitar los abusos de la autoridad."³³ Con esta posición y con lo descrito en líneas anteriores el autor mencionado tiene una posición más completa desde el punto de vista dogmático, ya que, se acerca a como legitimar el Derecho Penal como un sistema de norma. Su tarea es inconclusa cuando no toma al bien jurídico como fundamento de su construcción sino solo al interés protegido.

No obstante lo indicado, estimo que el aporte de estos autores nacionales es muy valioso, ya que llenaron un vacío en trabajos intelectuales que existían en el país.

En cuanto a la obra de Alfonso Zambrano Pasquel³⁴, cabe señalar que este autor hace un análisis y su elaboración adhiriéndose a la teoría finalista defendida por Hans Welzel. De igual manera considero que su aporte es muy importante para la dogmática ecuatoriana, ya que es un trabajo serio y plantea el debate; sin embargo, no tiene el sustento legal, por cuanto nuestro Código Penal de 1938, no tiene la estructura para poder aplicar dicha teoría, tomando en cuenta que existe la presunción de dolo³⁵; además, el dolo y la culpa se encuentran en la culpabilidad³⁶, lo cual genera un poco de inconsistencia en su obra muy a pesar de sus grandes esfuerzos teóricos.

Estimo que el autor ecuatoriano citado, con el nuevo COIP, su construcción tendrá el anclaje dogmático que necesitaba, por esa razón tiene una posición normativista y por lo mismo tiene en sus construcciones³⁷ la teoría del bien jurídico³⁸ y de la norma jurídica³⁹, así como los juicios de desvalor tanto de la

33. Sergio Páez Olmedo, Bases y Fundamento científicos de la ciencia penal, op. cit. 50 p.

34. Alfonso Zambrano Pasquel, Derecho Penal, Parte General, 3 era. Edición, Lima, Editorial ARA, 2006, 22-46 p. ISBN . 9972-626-87-3

35. Artículos 33, 448 del Código Penal.

36. Artículo 32 del Código Penal del Ecuador.

37. Norberto Bobbio, El problema del positivismo jurídico, trad. Ernesto Garzón Valdés, op. cit. 27 p. entiende este autor como construcción, que Ihering sostuvo que la operación característica de la ciencia del derecho (diferente de la mera interpretación de las leyes), que consiste en definir un hecho, un acto, una relación, una institución, con el fin de insertarlo en el sistema de los conceptos jurídicos.

38. Alfonso Zambrano Pasquel, Derecho Penal, Parte General, op. cit. 266p.

39. Alfonso Zambrano Pasquel, Derecho Penal, Parte General, op. cit. 223p

acción como del resultado. Partiendo de la norma de valoración, es el deber ser de la teoría del delito, es decir, al ser estas normas las que originan los bienes jurídicos, éstos legitiman la existencia del Derecho Penal en cuanto a su tipificación, a la lesividad y culpabilidad y también al existir una afectación del bien jurídico, se justifica la imposición de la pena. Estas categorías dogmáticas son mucho más elaboradas tomando en cuenta la decisión metodológica (que Hans Welzel fue uno de los que tomo en cuenta) que asumen lo óntico y ontologismo como fundamento teórico para explicar la construcción de la teoría del delito.

En toda su obra realiza, primero, una defensa y luego el desarrollo de la teoría finalista para relacionar a nuestra legislación penal, con lo cual existe un gran aporte intelectual. Pero la dogmática debe referirse a su objeto de estudio que es la ley y la norma para entregarnos reglas técnicas que sirvan en la elaboración de resoluciones o decisiones no arbitrarias para que produzcan seguridad jurídica.

En segundo lugar, debemos seguir determinando las posiciones de nuestros autores en la teoría del delito. En esta parte de la investigación debemos tratar a la antijuridicidad tanto formal como material. Así tenemos, que la filosofía jurídica del Código Penal ecuatoriano es solamente positivista, por cuanto la antijuridicidad es solamente la infracción de la ley y no contempla la violación de un bien jurídico.

Es por ello que ley derogada preveía solamente que la infracción que no esté prevista en la ley⁴⁰ no será imputable si no son delitos o contravenciones⁴¹. El Doctor Jorge Hugo Rengel sostiene, cuando analiza los artículos 32 y 33 del Código Penal del Ecuador (1938), citando a Maggorie que existe una antijuridicidad formal y una antijuridicidad subjetiva⁴². Lo que ubica a este autor en la posición de la antijuridicidad formal, ya que la antijuridicidad subjetiva tiene que ver con la culpabilidad, así lo indica Luis Cañar Lojano citando a M.E. Mayer, quien expresa que la antijuridicidad no admite incisión, por lo que "debe usarse la última expresión como sinónimo de culpabilidad" refiriéndose a la antijuridicidad subjetiva.⁴³

40. Artículo 11 del Código Penal del Ecuador.

41. Artículo 10 del Código Penal del Ecuador.

42. Hugo Rengel Valdivieso, *Análisis y Comentarios al estudio del Código Penal*, op. cit. 121 p.

El Doctor Ernesto Albán Gómez, por su parte señala que la antijuridicidad, se da cuando es contraria al orden jurídico o se lesiona a un bien jurídico, es decir sostiene que existe una antijuridicidad formal y material, pero no tiene una construcción como desvalor de acción y desvalor de resultado, sin tener en cuenta el sistema neokantiano que sigue⁴⁴. No determina una violación de la norma de valoración y de conducta.

El Doctor Zambrano Pasquel, con su modelo explicativo es ortodoxo a la existencia de las dos antijuridicidades formal y material, por cuanto sostiene que es la violación de la norma y la violación de un bien jurídico. Este autor afirma que la antijuridicidad es el juicio de desvalor del acto y del resultado.⁴⁵

En tercer lugar debemos determinar, cuál es su posición filosófica en cuanto a los derechos humanos reconocidos por la Constitución de la República. Los tres primeros autores que han sido brevemente analizados, parten de un Derecho Penal liberal o ilustrado, por lo que tienen una posición de tutelar los derechos conforme a los postulados de la Revolución Francesa o la Constitución de los Estados Unidos; así mismo siguen el pensamiento ilustrado en sus obras.

Estas precisiones que hemos realizado, tienen el propósito de establecer brevemente el estado de la cuestión o discusión en que se encuentra el Derecho Penal y la teoría del delito, sus categorías como el bien jurídico y la antijuridicidad que son los contenidos que nos interesan para el tema propuesto. Puedo asegurar que, en ningún caso, los autores ecuatorianos citados se asientan en la Constitución como modelo filosófico o como fuente de sus construcciones.

43. Luis Cañar Lojano, Comentario al Código Penal de la República del Ecuador, Tomo II, 1era. Edición, Cuenca-Ecuador, editorial impresora Rocafuerte, 2003, 242p. ISBN 9978-43-310-4. ISBN OBRA COMPLETA 9978-43-309-0.

44. Ernesto Albán Gómez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, op.cit. 157 p.

45. Alfonso Zambrano Pasquel, Derecho Penal, Parte General, op. cit. 227, 229 p.

C. CRITICA, PROPUESTA Y RECONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO EN EL ECUADOR DESDE LA CONSTITUCION Y EL GARANTISMO.

En razón de aquello, el problema, el objetivo general y específico de este trabajo justamente es determinar que nuestra dogmática se encuentra en franca tensión con la nueva construcción filosófica de la Constitución. En esta parte de la investigación trataremos de aproximarnos a los puntos determinados en el caso del *ius punendi* en el estado constitucional de derechos.

Con la propuesta del Estado constitucional de derechos y justicia democrático y plurinacional que desarrollamos en los apartados anteriores, se construye nuestra Constitución la que está catalogada como modelo garantista o neo constitucionalista, es por esta razón que tomaremos esta filosofía jurídica, teoría jurídica y normativismo como modelo constitucional y fijaremos los lineamientos generales para la reconstrucción de nuestra dogmática penal. Hemos realizado una crítica a nuestra producción intelectual nacional no con el afán de desmerecer a ninguno de ellos, sino con el fin de apoyarnos y dar sustento a nuestra propuesta, con ello trabajaremos en la reformulación del Derecho Penal acorde con este nuevo proceso teórico.

Para lo cual, debemos hacer una aproximación desde la teoría garantista explicada por uno de los mayores defensores como es Luigi Ferrajoli y cómo debemos entenderla⁴⁶. Ya en líneas anteriores, cuando tratamos el estado constitucional, habíamos iniciado esta explicación y decíamos que es la posición que el Estado tiene frente a los ciudadanos. El primero tiene competencias y límites, el segundo a su vez tiene derechos y garantías y explicamos que su teoría tiene tres acepciones: a) es un modelo normativo de Derecho; b) es una teoría del derecho y su crítica; y, c) finalmente es una filosofía del derecho.

Estudiaremos la acepción normativa del garantismo y sus subtemas como son el epistemológico, político y jurídico. La otra acepción del garantismo sería como teoría del derecho que el autor la reformula como una teoría crítica que descubra la anomalías y las antinomias con el objeto de presentarlas y no

46. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón, Qué es el Garantismo?*, capítulo 13, op. cit. 85. Además debe dar lectura al Capítulo I entre 33-66p.



ocultarlas para poder encontrar formas de superarlas⁴⁷ a través de los principios que tienen una posición prescriptiva en ayudar a llenarlas.

Como filosofía jurídica y política. La primera, como el metalenguaje en una forma crítica que permita construir principios que nos conceda legitimar el sistema político y la construcción de derecho con criterios objetivos que determine la filosofía de la justicia que tendrá como centro los derechos fundamentales; y, la segunda, como fuente de justificación externa, que pretenda corregir las desviaciones del poder tanto público como privado.⁴⁸

En esa lógica, el maestro italiano determina ciertos axiomas o principios que son el sustento de su construcción y se encuentra, como hemos manifestado en nuestra Carta Suprema. Es así que el techo o el punto inicial lo constituyen *la paz y los derechos humanos*⁴⁹. En nuestra Constitución, la primera está determinada en el Preámbulo cuando “Decidimos construir” Un país democrático, comprometido con la (...) paz, la solidaridad.”. El segundo en el artículo 1 cuando el Estado se define como estado “constitucional de derechos y justicia...” En ese sentido debemos desarrollar los derechos fundamentales y su protección, en función de la universalidad e igualdad de los mismos a los ciudadanos o ciudadanas, así como pensar y reflexionar que el garantismo es la ley del más débil. Por ello el Derecho Penal debe ser mínimo y plagado de garantías tanto para la víctima⁵⁰, en el momento del delito y para el acusado⁵¹ en el momento del proceso y de la pena.

De lo anterior, el garantismo en forma lógica en el aspecto normativo epistemológico, se sustenta o hace referencia a dos tipos de procesos penales: garantista y decisionista. El primero, que es el que nos interesa, se justifica en primer momento en cómo se debe construir la verdad; si la verdad es relativa o aproximativa o procesal y cuál es el rol del Juez. Lo anterior se convierte en los fundamentos de este modelo, en los que se tutelan los derechos. El segundo modelo cuando la verdad es absoluta y el Juez tiene un rol de investigador y de decisión.

47. Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, op. cit. 29p.

48. Luis Pietro Sanchis, *Garantismo y Derecho Penal*, 1era edición, Madrid-España, editorial Iustel, 2011, 21p. ISBN 978-84-9890-154-2.

49. Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, op. cit 29p.

50. Artículo 78 de la Constitución de la República.

Para explicar el modelo garantista procesal, debemos indicar que igualmente parte de los valores que tienen relevancia jurídica con los derechos humanos, éstos deben tener más conocimiento y menos poder, esto implica las garantías del más débil. En primer lugar, se sustenta en el principio de inocencia, el derecho a la defensa, así como también en el principio acusatorio⁵² (no el sistema acusatorio) que es la división de la decisión y de la acusación, la primera sigue con el Juez⁵³ la segunda está en manos de la Fiscalía⁵⁴, quien tiene el poder de investigar la existencia del delito y vincular a alguna persona acusada. En segundo lugar, el Juez, al no tener el poder de investigación, no se hace juicios previos de los hechos y de sus responsables, mantiene un papel neutral frente a los sujetos, sin que pueda activar la producción de pruebas y podrá resolver en forma justa. En tercer lugar, el conocimiento lo adquiere de la contradicción⁵⁵ que se produce entre la fiscalía y el acusado, el primero en su afán de verificar⁵⁶ la existencia del hecho y el segundo en su afán de refutar la prueba. Esto genera la verdad procesal que para Perfecto Andrés Ibañez, al citar a Pagano “nace idealmente del debate contradictorio de modo similar a como nace la chispa del entorchocar de dos cuerpos duros”⁵⁷.

En ese instante el Juez se convierte en garantista⁵⁸ evitando el abuso del poder de sancionar, cumpliendo con todas las garantías penales y procesales⁵⁹ que implica el respeto de los derechos fundamentales o reconocidos por la Constitución.

La segunda condición, desde el punto de vista político, tiene relación con el axioma de menos violencia más libertad. Es decir, que el garantismo siempre será considerado “la ley del más débil” que sigue en la protección de los derechos tanto de la víctima como del procesado en su condición de más débil y tratar de igualar en la construcción del Derecho Penal mínimo.

52. Cumple con el Axioma garantista A8. Nullum iudicium sine accusatione. Es el principio acusatorio en que hay la separación entre juez y acusación.

53. Artículos 76.1; 76.7. k) de la Constitución de la República. Principio de jurisdicción, tanto en sentido lato y estricto. A7. Nulla culpa sine iudicio.

54. Artículos 194, 195 de la Constitución de la República. La Fiscalía, es titular de acción penal

55. Principio contradictorio, o de la defensa, o de refutación. A10. Nulla probatio sine defensione.

56. Principio de carga de la prueba o de verificación. A9. Nulla accusatio sine probatione

57. Pagano citado por IBAÑEZ, Perfecto Andrés, “Sobre la prueba y motivación”, El Estado actual de las ciencias penales, libro homenaje a la Universidad de Antioquia, op.cit., 335 p.

58. Artículos 3.1;75; 76.1 de la Constitución de la República.

59. Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, op. cit. 537 p.

Es así, que se refleja desde la política criminal, que consiste en la utilización del poder del estado de sancionar, a través del sistema penal en el que se incluye el Derecho Penal, como la expresión violenta del derecho. En esta lógica el Derecho Penal se legitima como mínimo,⁶⁰ solo deberá actuar cuando: a) Se determinen los bienes jurídicos que son fundamentales para la convivencia de los seres humanos y que requieran de protección penal; b) Se describan las conductas que puedan afectar los bienes jurídicos; c) Las penas formalizadas y proporcionadas que se fijen para castigar las conductas que se exteriorizan en contra de los bienes jurídicos; y, d) Debe existir un proceso penal que cumpla con las garantías procesales para relacionar la existencia del delito para imponer la pena prevista.

Es decir, en la mínima intervención estatal, se privilegia la libertad y no la violencia estatal que se expresa a través del Derecho Penal que tiene su expresión más violenta con la pena privativa de libertad personal, esto en palabras del maestro italiano cuando se refiere al control social⁶¹ que justifica la existencia del modelo garantista frente a los no garantistas. Esto hace que resulte “evidente el fin justificador del Derecho Penal como sistema racional de minimización de la violencia y del arbitrio punitivo y de la maximización de la libertad y de la seguridad de los ciudadanos”.⁶²

Por eso la construcción constitucional ecuatoriana tiene como reto trazar en forma clara privilegiando la libertad del ciudadano desde la ética laica⁶³, como sustento filosófico político y jurídico del Estado ecuatoriano y como deber jurídico. En ese sentido, para Jesús González Amuchástegui, la ética liberal⁶⁴ “va encaminada a garantizar a los individuos un marco jurídico, político y social que les permita ser autónomos, es decir, actuar de acuerdo con los principios de justicia que asuman como válidos y elaborar, revisar y modificar continuamente sus concepciones de vida”. Es por esa razón que las autoridades deben tutelar la libertad al momento de la toma de cualquier decisión que pueda afectarla⁶⁵. Por otra parte, en el caso de afectar la libertad, se ha previsto derechos y garantías para maximizar la libertad y minimizar la violencia⁶⁶ y

60. Artículo 3 del COIP de Ecuador.

61. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op.cit., 338 p.

62. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op.cit., 340,341 p.

63. Artículos 3 (4). Constitución de la República

64. Jesús González Amuchástegui, *Autonomía, Dignidad y ciudadanía*, op. cit. 122p.

65. Artículos 3 (1), 84 de la Constitución de la República.

así permitir el desarrollo de su personalidad, es decir, la toma de su plan de vida y que pueda modificarlo cuantas veces sean necesarias, claro, como límite los derechos de otros que poseen esa dignidad humana y la dignidad colectiva de los pueblos.

El *tercer punto que es el jurídico*, se refiere a la utilización de las garantías⁶⁷ que se convierten en verdaderas herramientas jurídicas para evitar, cesar o sancionar la violación de un derecho reconocido por la Constitución. O para corregir los excesos del poder. O para tutelar la Constitución como base del ordenamiento jurídico y los derechos reconocidos en ella. Las garantías son normativas, de políticas públicas y jurisdiccionales.

Las primeras se cumplen con el principio democrático de la división de poderes. El poder estatal está sometido a la toma de sus decisiones, al respeto y protección de los derechos reconocidos por la Constitución, en especial el legislativo a cumplir con los axiomas⁶⁸ garantistas o normas prescriptivas o principios, partiendo del de estricta legalidad, que debe ser cumplido en su totalidad, tomando en cuenta el principio constitucional que rige actualmente en nuestro ordenamiento jurídico. Las segundas, en la emisión de las políticas públicas, las cuales deben tomar en cuenta el respeto a los derechos del buen vivir, los colectivos y las libertades. Y por último, las jurisdiccionales que se activan cuando existen violaciones a los derechos del buen vivir, colectivos y de libertad, con ello se produce un acercamiento entre la realidad y la norma, por eso están previstas el habeas corpus, el habeas data, la acción de protección, la acción extraordinaria de protección, entre otras.

En esa construcción Ferrajoli menciona al garantismo como sistema nor-

66. Constitución de la República, Artículo, 132. (2), 76, 77 (1), 86; Código de Procedimiento Penal Artículo 160 en esta norma se encuentran las medidas alternativas a la prisión preventiva; no se determina todavía penas alternativas a la privación de la libertad en el Código Penal. En la Ley de Transito existe el trabajo comunitario que es medido por hora.

67. Artículos 84, 85, 86 Constitución de la República.

68. Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, op. cit., 93p.

mativo⁶⁹; por lo mismo se debe tomar en cuenta a la paz y a los derechos humanos⁷⁰; por esa razón los axiomas garantistas⁷¹ tanto penales como procesales conforman el principio de estricta legalidad que se constituye en esas reglas de índole prescriptivas que deben proteger y servir como instrumentos de ese fin. ¿Cuáles son éstos?:

1. "Principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito. A1. *Nulla poena sine crimine*.
2. Principio de legalidad, en sentido lato y en sentido estricto, relativo y absoluto. A2. *Nullum crimen sine lege*.
3. Principio de necesidad o de economía del derecho. A3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*.
4. Principio de lesividad o de ofensividad del acto. A4. *Nulla necessitate sine iniura*.
5. Principio de materialidad o exteriorización de la acción. A5. *Nulla iniura sine actione*.
6. Principio de culpabilidad o de responsabilidad personal. A.6. *Nulla actio sine culpa*.
7. Principio de jurisdiccionalidad, tanto en sentido lato y estricto. A7. *Nulla culpa sine iudicio*.
8. Principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación. A8. *Nullum iudicium sine accusatione*.
9. Principio de carga de la prueba o de verificación. A9. *Nulla accusatio sine probatione*.

69. Norberto Bobbio, El problema del positivismo jurídico, trad. Ernesto Garzón Valdés, op. cit. 25 y 26 p. el normativismo es aquella doctrina según la cual un hecho (en el sentido amplio) es jurídico cuando es considerado en función de una norma jurídica que atribuye determinadas consecuencias" y sigue explicando que el normativismo "es un modo de considerar los fenómenos jurídicos (...) responde a la pregunta ¿cómo se distinguen los hechos jurídicamente relevantes de los irrelevantes? Esta tiene que ver cuando la norma se entiende con el bien común". Nuestra posición diríamos el normativismo en el garantismo se entiende relevante un hecho cuando tutela derecho reconocidos por la constitución

70. Luigi Ferrajoli, Democracia y Garantismo, op. cit.

71. Arts. 4, 5 del COIP del Ecuador.

10. Principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación. A10. *Nulla probatio sine defensione*.⁷²

Estos axiomas o principios garantistas implican, en la construcción del filósofo italiano, los límites externos de cualquier estado, tanto de su ordenamiento jurídico y político, es decir, deben interpretarse como la ley sobre la ley o el derecho sobre el derecho⁷³ que tiene como alcance que cualquier ley está condicionada y debe ser elaborada y discutida respetando estos axiomas; en el evento de no hacerlo se activan para proteger los derechos reconocidos por la Constitución o a la misma Constitución. Estos axiomas, según Ferrajoli, componen el principio de estricta legalidad que está dirigido al legislador.

Ahora bien, ¿cuáles son las garantías penales? Estas garantías penales son: *la materialidad, la lesividad y el de responsabilidad personal o culpabilidad*⁷⁴ (A.4, A.5, A.6). Éstas deben constituirse en pilares en los que se asiente la nueva dogmática penal ecuatoriana.

La *materialidad*, en primer lugar tiene íntima relación con el principio de legalidad⁷⁵. El autor italiano desarrolla desde lo relativo o formal, es decir, en el cumplimiento de las preguntas ¿quién hace la ley? o ¿quién manda? y ¿cómo se hace la ley? o ¿cómo manda? Desde el punto de vista absoluto o sustancial, respeto a los derechos, la ley es condicionada⁷⁶ y no condicionante como en el primer caso y en el positivismo kelseniano. Además Ferrajoli sostiene que en este principio de legalidad, debe tomarse en cuenta la ética normativa y la ética descriptiva, “la primera prescribe, desde el exterior los valores que informen al ordenamiento; la segunda reconoce, desde “el interior, los valores que éste incorpora y/o satisface positivamente”.

Tomando en cuenta estos criterios, la materialidad tiene relación con la tipificación (descripción) elementos objetivos, tanto esenciales como eventuales y las conductas humanas (acción) se exterioricen o se materialicen en la realidad fáctica y no sean conductas que tengan relación con la personalidad o la forma de ser de los individuos o que se castiguen formas de pensar dife-

72. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit., 93p.

73. Luigi Ferrajoli *Democracia y Garantismo*, op. cit. 30p.

74. Luigi Ferrajoli *Derecho y Razón*, op. cit., 463 p.

75. Artículo. 76.3 de la Constitución de la República.

76. Luigi Ferrajoli *Democracia y Garantismo*, op. cit. 30p.

rentes o delitos políticos⁷⁷. Por lo que la segunda posición de la tipificación sería criticada como injusta por violentar derechos y no legitimar al sistema como garantista.

En esa lógica podemos hacer una crítica a los rezagos que todavía existían en el Ecuador en el Código Penal de 1938-2014; por ejemplo: los delitos de vagancia⁷⁸ y mendicidad⁷⁹. ¿Por qué motivo existen estos supuestos de hecho? Retomando al Doctor Ernesto Albán, debemos recordar que nuestro Código se sustenta en el Código italiano del año 1930. Esta codificación responde a la tercera escuela italiana, que es la unión de las teorías clásica y positivista italiana, la primera con base en la libertad y la segunda en la defensa social; esta segunda teoría en su afán de defender a la sociedad de sujetos considerados peligrosos, desarrolló todo un estudio antropológico, sociológico y jurídico para sancionar a quienes afectan a la sociedad y nació así la teoría de la peligrosidad⁸⁰, es por ello que estas conductas son peligrosas (vagancia, mendicidad y homosexualidad) y deben ser sancionadas. A esta segunda escuela se la conoce como derecho penal de autor. En toda la obra de "Derecho y Razón", Ferrajoli toma como punto de crítica a este derecho penal autoritario para justificar como propuesta el garantismo.

Así mismo, existen delitos como la bigamia⁸¹ que tienen cuestiones más de índole moral que algo que tenga interés del Estado para su protección, como sucedió con el adulterio que fue derogado en 1983. También existen normas penales, en la parte general, como la reincidencia⁸². Que se mantiene en el COIP.⁸³, en clara contraposición de la Constitución y del COIP.⁸⁴ Éste es el mayor desarrollo del Derecho Penal de autor, es decir entre más delitos y más sentencias condenatorias es más peligroso, por ello debe ser apartado de la sociedad; la presunción de dolo⁸⁵ que afecta la presunción de inocencia como

77. Artículo 489 del Código Penal, cuando se habla del delito de injurias.

78. Luigi Ferrajoli *Derecho y Razón*, op. cit., 460 p. Artículo 383 del Código Penal del Ecuador.

79. Luigi Ferrajoli *Derecho y Razón*, op. cit., 460 p. Artículo 385 del Código Penal del Ecuador.

80. Edgardo Alberto Donna, *La peligrosidad en el Derecho Penal*, Ensayos jurídicos 24 1era. Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1978, 43, 61, p. depósito de ley 11.723.

81. Artículo 533 y 534 del Código Penal del Ecuador.

82. Edgardo Alberto Donna, *La peligrosidad en el Derecho Penal*, op. cit. 56p. Artículo 77 del Código Penal del Ecuador.

83. Art. 57 del COIP de Ecuador.

84. Art. 11.3 de la Constitución y Art. 22 inciso 2do. COIP.

85. Artículos 33, 448 del Código Penal.

garantía procesal básica en este modelo, afecta al principio de culpabilidad.

Sostienen Donna y Albán Gómez, que la escuela positivista influyó en los Códigos Penales como el argentino y en el ecuatoriano para el agravamiento de la pena, que toma en cuenta la peligrosidad como medida. En cuanto a la gravedad del hecho y en cuanto a la personalidad, se toma en cuenta la perversidad del autor. En el primer caso: a) la naturaleza de la acción; b) los medios empleados; c) la importancia de los deberes transgredidos; y, d) la extensión del daño o del delito. En el segundo: a) los móviles y fines del autor; b) su edad, conducta, y educación precedentes; y, c) la conducta anterior y posterior al acto. Podemos ver que nuestro Código Penal tanto en las circunstancias agravantes del artículo 30 y del artículo 450, describe cuestiones que tienen que ver con la peligrosidad, en cuanto al hecho y en cuanto a la personalidad⁸⁶; así tenemos para el primero (hecho) cuando se busca a propósito la noche, el despoblado, la utilización del veneno, ocasionar graves estragos; para el segundo (personalidad), la alevosía, el ensañamiento y aumento deliberado e inhumano del dolor de la víctima⁸⁷.

Además, el artículo 42 del Código Penal de 1938-2014, confunde a los autores con los partícipes cuando describe que los instigadores y los que coadyuvan son autores, cuando ellos no hacen actos de dominio del hecho, son solo causantes desde la teoría de Feuerbach, ya que desde el positivismo jurídico estatal esa es la construcción que imperaba.

Hemos podido, con estas pocas normas penales, demostrar que nuestra legislación penal se encuentra en clara contradicción con la Constitución, provocando una inconstitucionalidad devenida o sucesiva⁸⁸, así como una deslegitimación del sistema tanto político como jurídico del Estado ecuatoriano. Esta declaratoria de inconstitucionalidad que nuestros jueces constitucionales no fue declarada, sea por la falta de actividad en los Jueces y Tribunales de Garantías Penales en aplicar la consulta⁸⁹ o por la falta de actividad de los abogados y ciudadanos en general en atacar estas normas que afectan derechos y la democracia constitucional.

86. Edgardo Alberto Donna, *La peligrosidad en el Derecho Penal*, op. cit. 56p.

87. Art. 140 numerales 2,6 del COIP de Ecuador.

88. Riccardo Guastini, *Interpretación, Derecho y Estado*. Colección de Filosofía y Teoría del Derecho, 1era. Edición, Lima, editorial ARA, 44p, ISBN 978-9972-238-69-7.

89. Artículo 424 de la Constitución de la República.

En consecuencia, la nueva dogmática y la teoría del derecho deben hacer referencia, en primer lugar, al nuevo paradigma constitucional como fuente de todo el ordenamiento jurídico, así mismo como límite y condicionamiento a cualquier forma de poder. Esa dogmática, según Ferrajoli, lleva implícita "en su estructura el papel crítico y constructivo de la ciencia jurídica."⁹⁰

En segundo lugar, los principios constituyen el deber ser, utilizado como un lenguaje prescriptivo, frente al positivismo (el texto de la ley) que utiliza un lenguaje descriptivo siendo el ser. Esto quiere decir, serán los legitimadores o los que justifican en forma externa dichas normas legales.⁹¹ Este texto de la ley, tiene relación con el principio de legalidad que debe reunir otras características formales como la reserva⁹², la fuerza-rango⁹³ previa⁹⁴, escrita, cierta y estricta, con la finalidad de que, cuando se presenten restricciones de derechos, reúna tanto lo material como lo formal para que la misma sea controlada y tutele los derechos, evitando todo lo comentado en párrafos anteriores que todavía siguen vigentes.

En tercer lugar, se debe buscar que las anomalías sean escasas y, en caso que las haya, se pueda completar con las valoraciones prescriptivas de respetar los derechos reconocidos por la Constitución de la República.

En cuarto lugar, cuando se recurra al principio de legalidad, las conductas deben fijar acciones que puedan ser valoradas como contrarias a bienes jurídicos, y no acciones o conductas que sean el reflejo de políticas criminales que sustenten el Derecho Penal de autor, como medidas de la peligrosidad, el enemigo o determinaciones biológicas.

En quinto lugar, se utilice en forma mínima o en un sistema cerrado como la omisión pura o el delito imprudente en la parte especial como tipo penal el delito de peligro abstracto que, considero, es un Derecho Penal de prevención de índole inconstitucional.

90. Luigi Ferrajoli, *el garantismo y la filosofía del derecho*, serie de teoría jurídica y filosofía del derecho nro. 15, Traducción Gerardo Pisarello, Alexei Julio y José Manuel Díaz, 1era. Reimpresión, Bogotá, editorial Universidad Externado de Colombia, 2001, 51p., ISBN 958-616-462-4.

91. Luigi Ferrajoli, *el garantismo y la filosofía del derecho*, op. cit., 60p.

92. Artículo 132.2 de la Constitución de la República.

93. Artículo 133 de la Constitución de la República.

94. Artículo 76.3 de la Constitución de la República.

La segunda garantía penal es la lesividad. Hemos sostenido que en el Ecuador no se puede construir nuestra dogmática penal en la protección de bienes jurídicos mientras no cambiemos de modelo filosófico, ya que el modelo francés y belga no tiene en su construcción bienes jurídicos. En cambio el modelo filosófico del garantismo o de la construcción alemana sí existe como base la normas de valoración positiva los bienes jurídicos, ya que ellos constituyen, en primer lugar, la garantía del ciudadano para que sus derechos sean tutelados mediante el Derecho Penal; y, en segundo lugar, que las conductas que afecten un bien jurídico sean castigadas con una pena. Con ello el Derecho Penal tendrá una filosofía de la mínima intervención, siendo consecuente con el postulado de la política criminal de menos violencia más libertad⁹⁵, como lo expresa Ferrajoli. También el de la necesidad (A3) y el de la economía de las prohibiciones penales, cumpliendo los postulados de un sistema normativo.

La libertad constituye el pilar de este principio, teniendo en cuenta a la libertad de desarrollo de la personalidad sin afectar los derechos de los demás⁹⁶. Es decir, podemos desarrollarnos libremente constituyéndose en una garantía negativa en la que el Estado debe abstenerse de injerir en esa esfera; solo podrá intervenir cuando, con la libertad que tenemos, afectemos los derechos de otra persona; en ese caso se constituirá en un daño y por lo mismo éste será el elemento de verificación empírica para la aplicación de la ley penal y del principio de lesividad.

Además, en el campo de la justicia, el garantismo se constituye como sistema normativo de protección de derechos, éstos pasan a ser los bienes jurídicos que el ordenamiento jurídico debe proteger de cualquier violación de la norma jurídica producto de esa conducta que se adecua al texto legal (principio de legalidad) que describe la prohibición.

Así mismo este “principio de lesividad impone la carga de la práctica jurídica precisamente la carga de demostración. La lesividad del resultado.”⁹⁷ El autor nos define, desde la visión utilitarista, como el inicio de un sistema ambiguo o neutro, ya que puede ser visto como para favorecer el sistema de la máxima o mínima prohibición, partiendo de la máxima seguridad posible

95. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit. 466p.

96. Artículo 66.5 de la Constitución de la República.

97. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit. 467p.

o de la mínima restricción necesaria de la libertad.⁹⁸ Continúa, en esta visión utilitarista explicando el filósofo italiano, que para demostrar el principio de lesividad debemos partir que si un bien está protegido por el Derecho Penal significa que no importa la pena, sino el beneficio mayor que resulta proteger de la lesión o daño sin considerar los costes que significa la pena.⁹⁹

Por último, la tercera garantía penal es la culpabilidad. Ésta se constituye, al igual que las anteriores, en el filtro que la dogmática garantista construye para que el poder punitivo o *ius puniendi* sortee para la imposición de una pena, previo el debido proceso. Este según Ferrajoli es “el elemento subjetivo o psicológico del delito, ya que ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción, sino es fruto de una decisión; consiguientemente, no puede ser castigado, y ni siquiera prohibido, si no es intencional, esto es, realizado con consciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer.”¹⁰⁰

Es decir, constituye el reproche que se le hace a una persona que haya realizado una acción injusta que tenga la capacidad de culpabilidad, la conciencia de la antijuridicidad de su acto y que le es exigible dicha acción; en ese momento será responsable por lo que hizo y deberá sufrir la pena.

Con esta categoría se elimina la responsabilidad objetiva, que se constituía el pilar del Derecho Penal de autor, lo cual esta proscrito en el sistema garantista.

Como consecuencia, la construcción del Derecho Penal y de la Teoría del Delito debe ser conforme a estos postulados filosóficos, que fueron inicialmente introducidos por los ilustrados del siglo XIX, pero han sido profundizados por el garantismo. Debe ser construida nuestra teoría del delito, en primer lugar, en un sistema que tome como fuente primaria a la Constitución; en segundo lugar, partir de la teoría de la imputación al sujeto libre y responsable por cuanto nuestra Carta Suprema prevé el respeto por parte del Estado de la dignidad humana, de que el ciudadano tiene derechos y responsabilidades, que debe ser acusado por acciones u omisiones que estén previstas en la ley y

98. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit. 466p.

99. Artículo 66.5 de la Constitución de la República.

100. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit. 467p.

se sustenta en la ética laica o liberal anteriormente explicada, pero ésta será desarrollada en las líneas siguientes.

D. EL BIEN JURÍDICO. LOS BIENES JURÍDICOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

Una vez expuesta el estado de la discusión y su crítica, hicimos la propuesta desde la teoría garantista, y en este punto debemos realizar el análisis; por eso debemos recordar que hicimos la diferencia y aclaramos ¿qué es el interés protegido? y ¿qué es el bien jurídico? por tal motivo nos remitiremos a esos criterios y, en esta parte, siguiendo la propuesta planteada durante toda esta reconstrucción dogmática, desarrollaremos desde la teoría garantista que legitima nuestra Constitución y por lo mismo debe reflejarse en la legislación secundaria, iremos definiendo que es el bien jurídico y su relación con la antijuridicidad.

Por esa razón, actualmente el Código Orgánico Integral Penal¹⁰¹, se adhiere a la posición teórica dogmática de la protección de bienes jurídicos, cuando se define a la antijuridicidad como la conducta penal relevante que puede amenazar o lesionar un bien jurídico. Es por ese motivo que ante este hecho, a continuación realizaremos una breve evolución del bien jurídico, como primer punto en la reconstrucción de la teoría del delito en el Ecuador y como entender la antijuridicidad.

No podemos olvidarnos que la Constitución se rige por la pirámide interna de valores, principios y reglas; los primeros se encuentran en el Preámbulo, los segundos en los artículos de los derechos y las terceras en las normas constitucionales que tenga la estructura del supuesto de hecho y de la sanción.

Ahora recordemos cuáles son los valores¹⁰² que rigen a la teoría garantista que nos servirán de guía y al mismo tiempo nos ayudarán a entender el bien

101. Artículo 29 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador.

102. Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10ma. Edición, Madrid, editorial Tecnos, 2010, 292p. ISBN 978-84-309-5135-2. Este autor hace la diferencia entre valor, principio y regla. Nuestra constitución tiene esta estructura interna, cuando tiene valores en su preámbulo, tiene principio como normas generales y específicas y tiene reglas.

jurídico, estos son: la paz y los derechos humanos. En ese sentido la construcción debe legitimarse como una construcción normativista o axiológica en función de estos postulados. Lo mencionamos en líneas anteriores cuando hicimos el análisis de la teoría y habíamos sostenido que esa lógica garantista, se refleja desde la política criminal, que consiste la utilización del poder del Estado de sancionar o del control social a través del sistema penal en el que se incluye el Derecho Penal, como la expresión violenta del derecho, pero esta utilización debe ser en última ratio o de mínima intervención.

En qué consiste esta última ratio o mínima intervención, debe ser la última puerta del derecho en ser utilizada, ya que es la más violenta, por eso el Derecho Penal debe legitimarse como mínimo actuando solo cuando: a) Se determine los bienes jurídicos que son fundamentales para la convivencia de los seres humanos y que requieran de protección penal (función fragmentaria); b) se describan las conductas que puedan afectar los bienes jurídicos; c) las penas formalizadas y proporcionadas que se fijen para castigar las conductas que se exteriorizan en contra de los bienes jurídicos; y, d) Debe existir un proceso penal que cumpla con las garantías procesales para relacionar la existencia del delito para imponer la pena prevista. e) que exista la necesidad de que actúe el derecho penal ante el fracaso de las otras ramas del derecho (función subsidiaria). En el cuerpo normativo ecuatoriano recién en vigencia se han fijado estos postulados como límite al poder punitivo.¹⁰³

Es decir, la mínima intervención estatal se privilegia la libertad y no la violencia estatal que se expresa a través del Derecho Penal que tiene su expresión más violenta con la pena privativa de libertad personal, esto en palabras de maestro italiano cuando se refiere al control social¹⁰⁴ que justifica la existencia del modelo garantista frente a los no garantistas. Esto hace que "Resulta evidente el fin justificador del Derecho Penal como sistema racional de minimización de la violencia y del arbitrio punitivo y de la maximización de la libertad y de la seguridad de los ciudadanos".¹⁰⁵

Por eso la construcción constitucional ecuatoriana tiene como reto trazar en forma clara privilegiando la libertad del ciudadano como hemos sostenido en

103. Art. 3 del Código Orgánico Integral Penal.

104. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op.cit., 338 p.

105. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op.cit., 340,341 p.

líneas anteriores, desde la ética laica¹⁰⁶ como sustento filosófico político y jurídico del Estado ecuatoriano y como deber jurídico; en ese sentido para Jesús González Amuchastegui, la ética liberal¹⁰⁷ “va encaminada a garantizar a los individuos en marco jurídico, político y social que les permita ser autónomos, es decir, actuar de acuerdo con los principios de justicia que asuman como válidos, y elaborar, revisar y modificar continuamente sus concepciones de vida”. Es por esa razón que las autoridades deben tutelarla al momento de la toma de cualquier decisión que pueda afectar la misma;¹⁰⁸ por otra parte, en el caso de afectar la libertad ha previsto derechos y garantías para maximizar la libertad y minimizar la violencia.¹⁰⁹ Así permitir el desarrollo de su personalidad, es decir, la toma de su plan de vida y que pueda modificarlo cuantas veces sean necesarias, claro, como límite los derechos de otros y su dignidad humana y la dignidad colectiva de los pueblos.

En ese sentido cómo debemos entender estos postulados de la teoría garantista con relación al Derecho Penal. En la construcción que nos sirve de apoyo, hemos manifestado que tiene su construcción como fines los derechos y la paz; en ese motivo esos derechos se convierten en bienes jurídicos y debemos entenderlos en relación con el valor de la dignidad humana de donde se derivan o nacen éstos cuando se describe en la Constitución de la República, que no se podrá negar otros derechos que se deriven de la propia naturaleza de la persona y de los pueblos.¹¹⁰

Es por esa razón, el bien jurídico debemos entenderlo como un valor¹¹¹, pero ¿por qué debemos entenderlo como un valor? Como sostiene Gonzalo D. Fernández, el derecho pertenece a las ciencias de la cultura que se diferencia de las ciencias de la naturaleza o duras, por eso el derecho se sustenta en valoraciones, interpretaciones y en normas prescriptivas, que hacen que

106. Jesús González Amuchastegui, *Autonomía, Dignidad y ciudadanía*, op. cit. 122p.

107. Artículos 3 (1), 84 de la Constitución de la República.

108. Constitución de la República, Artículo, 132. (2), 76, 77 (1), 86; Código de Procedimiento Penal Artículo 160 en esta norma se encuentran las medidas alternativas a la prisión preventiva; no se determina todavía penas alternativas a la privación de la libertad en el Código Penal. En la Ley de Tránsito existe el trabajo comunitario que es medido por hora.

109. Artículo 11.7 de la Constitución de la República. Art. 4 del COIP de Ecuador.

110. Gonzalo D. Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit. 89, 90, 91, 141p. Antonio Enrique

111. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit. 294p. explica que el valor citando a Pufendorf, son los modos o métodos que los seres racionales aplican a las cosas, o a los movimientos físicos para orientar y regular los comportamientos, atribuir orden y armonía en la vida humana.

se determine una diferencia con las segundas que se constituyen en ciencias estrictamente descriptivas. En ese sentido, siguiendo esa construcción teórica debemos hacer el análisis desde la teoría de las normas. Es producto de las normas de valoración que se hace en forma positiva y por ello "este tiene un contenido valorativo o axiológico, en tanto subsumen bajo protección penal aquellas relaciones valiosas para el individuo y para la sociedad."¹¹²

Por esa razón Antonio Pérez Luño, argumenta que los valores son "los criterios básicos para enjuiciar las acciones, ordenar la convivencia y establecer fines (...) son opciones ético-sociales básicas que deben presidir el orden político, jurídico, económico y cultural."¹¹³ Si podemos analizar este concepto podríamos sostener que en el Preámbulo de la Constitución ecuatoriana, existen valores que generan las acciones de los poderes públicos y privados deben tener en cuenta en la toma de sus decisiones en el plano jurídico, esto quiere decir, que la elaboración de leyes deben tomar aquellos, así mismo en lo político y económico no deben olvidares estos cuando se fijen políticas publicas económicas.

Tomando en cuenta lo anterior, la dignidad humana es un valor y debe ser protegida, a través de los derechos reconocidos por la Constitución, constituyéndose bienes valiosos o fundantes que ayudan al ser humano para su autorrealización como son la propiedad, la libertad; así como el mantener relaciones intersubjetivas como las relaciones sexuales, la integridad corporal; las relaciones colectivas como la salud, el sistema de desarrollo, el buen vivir; la relación de prestación con el estado, como la fe pública y la administración pública.¹¹⁴

Por ese motivo el reto de la dogmática, tanto de la imputación al sujeto libre como de la reglas de imputación que son la teoría del delito, tiene como eje de construcción dogmática la protección de los bienes jurídicos que serán los derechos reconocidos por la Constitución derivados de la dignidad humana, esto constituirá el límite al poder punitivo estatal en su injerencia como la última ratio o la mínima intervención.

112. Gonzalo D. Fernández, Bien jurídico y sistema del delito, op. cit. 140p.

113. Antonio Enrique Pérez Luño, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit. 294p.

114. Gonzalo D. Fernández, Bien jurídico y sistema del delito, op. cit. 142p

Una vez entendido que los bienes jurídicos son valores debemos seguir en la construcción ¿Qué es el bien jurídico? Nos apoyaremos en criterios: 1. como su materialidad, 2. como límite y 3. Como garantía, y desde su interpretación teleológica. Eso nos permitirá entregar cuestiones objetivas que ayudarán a legitimar nuestra construcción.

En primer lugar, debemos partir buscando su materialidad, el bien jurídico ha sido visto como interés, como bien jurídico, como derecho subjetivo, etc. Pero realmente qué debemos entender como bien jurídico desde el punto de vista material. Como habíamos sostenido anterior nuestra dogmática y legislación se refiere al bien jurídico como un interés protegido.

Habíamos argumentado con el apoyo de varios autores, que el interés es un medio entre el sujeto y el objeto o cosa, es decir, como lo sostiene Rocco es una cuestión subjetiva que se sustenta en el deseo, es por eso que hicimos la crítica de igual o tratar en forma similar el interés protegido y bien jurídico. Lo que debemos sostener es que el interés que debemos tener, partiendo desde los derechos reconocidos por la Constitución, es la protección de los mismos, esto es retomando la posición de Ihering, ya que ésta es la posición en la construcción de los derechos y complementado con la posición de Savigny como derecho subjetivo en cuanto a la voluntad, esto es, el poder de exigir siempre que hayan sido protegidos con las garantías.

En esa construcción la posición de Ferrajoli hace que los derechos reconocidos por la Constitución tengan esta posición de derechos subjetivos tanto de expectativas negativas como positivas. Esto es, los primeros los tenemos como límite o abstención de parte tanto del Estado como de los particulares de afectar; en el segundo sentido sería la exigencia que podemos solicitar al Estado de proveer los derechos. Además, estos deben ser protegidos como fin de todo el derecho y de toda clase de poder.

En ese sentido, para el Derecho Penal, debemos partir de la primera visión en cuanto a las expectativas negativas, es decir, que todos deben abstenerse de interferir los derechos del otro, respetando tanto la dignidad humana como la colectiva de los pueblos. Es por ello que, como hemos sostenido en esta investigación, éstos son los bienes jurídicos que el Derecho Penal debe tutelar su afectación. Debemos partir desde la dignidad humana, este es el valor regente en cualquier construcción, ya que los derechos son justamente para pro-

teger y ampliar cuando en la misma Constitución prevé una cláusula de derechos innominados¹¹⁵ que son derivados de la dignidad de las personas y de los pueblos, es por ello que el desarrollo de este valor, es a través de los derechos. De allí que debamos construir nuestra legislación para proteger los derechos y que el Estado tenga como deber garantizar la vigencia de los derechos.¹¹⁶ Esta sería la materialidad que legitima el *ius punendi* en el Estado constitucional de derechos y justicia desde el punto del garantismo, pero, esta teoría no solo busca esta materialidad sino la mínima intervención o la última ratio.

Estos derechos tienen como finalidad el respeto también de la dignidad de los pueblos, es decir, existen los derechos colectivos de los pueblos indígenas y afros. Así mismo, los derechos del buen vivir, de los grupos de atención prioritaria. Por ese motivo en el momento que la Constitución se preocupa de garantizar la vigencia de los derechos, provoca una coexistencia de los mismos como complementos en la lógica de la interculturalidad, no como subordinación sea de índole capitalista o colonialista y con la universalización, igualdad y de la ley del más débil, por ello busca la eliminación de cualquier forma de discriminación y trabajo en forma de esclavitud. En consecuencia, buscar otra forma de Derecho Penal sería contradictoria con la construcción constitucional garantista.

Por ese motivo en la legislación debemos desarrollar los derechos de los pueblos o de la naturaleza y protegerlos de acciones que los puedan afectar.

En segundo lugar, esos derechos, además, son una garantía frente al poder estatal de sancionarnos, ya que en base al criterio de garantismo de que la Constitución y el desarrollo normativo secundario es en la lógica de la ley del más débil, hace que se protejan los derechos tanto de la víctima como del procesado, así como en forma mínima afectar los mismos por parte de la violencia estatal.

Por ello esos derechos se convierten en verdaderos bienes jurídicos en función de ser garantía frente al poder estatal, es decir solo estos serían los que deben ser protegidos con lo cual previene, cesa o sanciona la violación de estos bienes jurídicos como mínima intervención.

115. Artículo 11.7 de la Constitución de la República.

116. Artículo 3.1 de la Constitución de la República.

Además, en la lógica de la teoría garantista desde su acepción tanto de la teoría del derecho como de la filosofía, debe ser crítica, es por ello que estos bienes jurídicos deben cumplir esta función crítica, cuanto se busque las acciones que no puedan afectar los bienes jurídicos y por lo mismo determinar su antinomia con la propia Constitución y los postulados axiológicos y como consecuencia eliminar o anular, no penalizar.

También, determinar que los bienes jurídicos deben ser los que busquen la protección y llenen esta anomalía que deben ser interpretadas en función de la ley del más débil o a favor del reo, de darse el caso, y no buscar la maximización del castigo penal. Por último, esta función de crítica nos ayuda a entender cuándo, cómo y por qué criminalizar una conducta.

En tercer lugar, el bien jurídico como interpretación teleológica, cuando se hace la interpretación del tipo penal en forma descriptiva, debemos descubrir la verdadera norma de conducta que está contenida en el supuesto de hecho, ésta será la acción prohibida u ordenada que pueda afectarlo. Es por ello que la interpretación teleológica se hace en función de la protección del bien jurídico, con lo cual se excluyen acciones que no sean idóneas para afectar el bien jurídico, como por ejemplo el delito en grado de tentativa inidónea, los delitos de peligro abstracto, el delito imposible. Ya que estas acciones no afectan ningún bien jurídico, por ejemplo en el caso del delito imposible no existe ni objeto material, tampoco está cerca el bien jurídico, lo cual constituiría un absurdo jurídico sancionar dicha conducta. Así mismo en la tentativa inidónea cuando esa acción no produce un desvalor de acción ya que no es capaz de causar daño ni como principio de ejecución.

En ese sentido, esta interpretación es importante cuando ya se hace el juicio de la tipicidad, ya existe un desvalor de acción por cuanto la misma afecta la norma de conducta que protege el bien jurídico, por ello es que ya existe una afectación que debe ser verificada cuando se hace el juicio de desvalor de resultado en la antijuridicidad. Por esa razón es importante la interpretación en función de un bien jurídico.

Esta nueva construcción dogmática, debe referirse a esta teoría de normas que entiende el derecho en su condición de deber ser, tiene la condición de una norma jurídica con su propia realidad y que tiene un sentido prescriptivo, que su texto legal en sentido descriptivo y que cuando se utiliza una interpre-

tación de forma teleológica será una norma de valor que es el bien jurídico.¹¹⁷

Podemos concluir, que estos derechos como construcción cultural, deben ser protegidos para evitar que se afecten o se lesionen por acciones humanas que son el objeto que el Derecho regula a través de las normas de conducta.¹¹⁸ que se dirigen a los destinatarios que son los ciudadanos, y estas son las que tutelan, ya que las normas valorativas no lo pueden hacer por si solas, por eso requieren de las de conducta ya que al prohibir o mandar acciones que no destruyan o ponga en peligro este bien jurídico.

Una vez definido el bien jurídico, debemos analizar y construir el principio de lesividad, como forma de afectación del bien jurídico y de materialización del mismo, que es el fundamento del Derecho Penal de acción que constitucionalmente está vigente en el Ecuador, y no el Derecho Penal de autor que hemos señalado que todavía en algunas normas está vigente en nuestra legislación penal.

E. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD.

El Ecuador con el cambio de la dogmática penal que nos ofrece el COIP y con el modelo filosófico del garantismo o de la construcción alemana sí tienen como base las normas valoración positiva como son los bienes jurídicos. Esto se refleja, cuando en el Art. 29 se define la antijuridicidad, se requiere que la "acción penalmente relevante sea antijurídica, deberá amenazar o lesionar, sin causa justa, un bien jurídico, protegido por este Código". Es decir, que los bienes jurídicos son tutelados por el código de las acciones que le puedan ser peligrosas.

Ya que ellos constituyen en primer lugar la garantía del ciudadano que sus derechos sean tutelados mediante el Derecho Penal, y en segundo lugar, que las conductas que afecten un bien jurídico sean castigadas con una pena. Con ello el Derecho Penal tendrá una filosofía de la mínima intervención, siendo consecuente con el postulado de la política criminal de menos violencia más

117. Luiz Regis Prado Norma penal como norma de conducta, Serie Derecho, 1era edición, México, editorial Ubijus, 2012, 17p. ISBN 978-607-8127-35-1.

118. Luiz Regis Prado, Norma penal como norma de conducta, op. cit. 12p.

libertad,¹¹⁹ como lo expresa Ferrajoli; también el A3, que tiene que ver con la necesidad y la economía de las prohibiciones penales, cumpliendo los postulados de un sistema normativo. Esto tiene que relación con la necesidad de protección penal que debe tener vigencia para evitar la lesividad, esto solo cuando se trate de proteger bienes jurídicos importantes para el hombre y la convivencia social.

Es por esa razón que la garantía penal de lesividad, es decir, como axioma garantista o principio o normas prescriptivas que “no hay crimen sin lesión”, tiene una función de limitar al poder punitivo del Estado, cuando sostiene que si la acción o el crimen no producen una lesión al bien jurídico no se le puede catalogar como delito. Con lo que cumple con esa función de materialización, toma en cuenta que si no obtuviera esta condición se quedaría como una norma declarativa que no tiene ningún efecto en la realidad social a la cual debe regular. Este principio tiene relación con el principio de daño¹²⁰ que se construye en el derecho anglosajón.

Sostiene Andrew Von Hirsch, que el principio de daño es importante en la construcción tanto constitucional como de las normas penales, porque legitiman la penalización de comportamientos, es por eso que para este autor tiene su semejanza con la teoría del bien jurídico que se ha construido en Alemania. Pero esto no solo debe ser analizada desde este punto de vista, sino también como el efecto inherente a una conducta.¹²¹ Agregaría que esta conducta debe ser considerada como una causa libre que pueda producir un resultado como consecuencia una lesión o peligro, que sería el daño o la lesividad que afectaría al bien jurídico. Con ello se estaría materializando o siendo empíricamente verificable.

En ese sentido el autor alemán cita a Feinberg, quien sostiene que el principio de daño tiene que estar “orientado prioritariamente a asegurar las condiciones de la convivencia social, en cuanto los intereses primordiales del individuo son protegidos frente a injerencias externas, y ello de modo que

119. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit. 466p.

120. Andrew Von Hirsch, *El concepto del bien jurídico y el principio de daño*, en la obra colectiva *La teoría del Bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?*, traducción de Rafael Alcacer Guirao, Iera. Edición, Madrid, editorial Marcial Pons, 2007, 38p. ISBN 978-84-9768-358-6.

121. Andrew Von Hirsch, *El concepto del bien jurídico y el principio de daño*, op. cit. 39p.

intente asegurarse la mayor optimización posible de las esferas de libertad de todos. La separación de dichas esferas de libertad por medio del principio de daño conlleva que cada que cada ciudadano tiene plena libertad para conseguir sus deseos y fines mientras no dañe a los demás, esto es mientras no menoscabe intereses ajenos.”¹²²

Es decir, si podemos entender estas dos posiciones el autor alemán tiene razón cuando sostuvo que el principio de daño tiene relación con la teoría del bien jurídico, cuando sirve de límite al poder punitivo, pero además, tiene razón cuando el principio de daño debe constituirse en el principal elemento que limite a ese poder punitivo, ya que mientras no exista daño a un bien jurídico no se puede criminalizar una acción, es por eso que tiene también relación con el principio de lesividad de construcción garantista.

Además, en relación con nuestra legislación penal, esta posición tiene relación con el Art. 22 del COIP, cuando se requiere que las acciones penalmente relevante, produzcan “resultados lesivos, descriptibles y demostrables.” Es decir, que la norma penal a más de que exista una acción o se produzca el desvalor de acción conjuntamente debe existir el desvalor de resultado, esto quiere decir que debe producir un resultado. Para explicar de mejor manera lo propuesto debemos recurrir a la clasificación del tipo penal desde el bien jurídico: existen delitos de lesión y de peligro, los primeros requieren la destrucción del bien jurídico, los segundos la amenaza de los mismo, en este caso el resultado se entiende que debe existir una destrucción con lo cual podamos describir sea en el mismo proceso o con la ayuda de peritos en forma científica su existencia y por lo mismo nos permita demostrar que esa acción produjo ese daño al bien jurídico, con lo cual se baja desde la construcción abstracta a un requerimiento estrictamente objetivo.

Es por eso que con estas posiciones debemos hacer un análisis con el objeto de comprender el contenido de este axioma para lograr construir el mismo en procura del sistema penal ecuatoriano, como hemos sostenido la libertad constituye el pilar de este principio partiendo desde la libertad de desarrollo de la personalidad sin afectar los derechos de los demás.¹²³

122. Andrew Von Hirsch, El concepto del bien jurídico y el principio de daño, op. cit. 40p.

123. Artículo 66.5 de la Constitución de la República.

Es decir, podemos desarrollarnos libremente constituyéndose en una garantía negativa en la que el Estado debe abstenerse de injerir en esa esfera, solo podrá intervenir cuando con la libertad que tenemos afectemos los derechos de otra persona, en ese caso se constituirá en un daño y por lo mismo en el elemento de verificación empírica para la aplicación de la ley penal y del principio de lesividad. Por ello las autolesiones no constituyen formas de afectación o de daño. En relación con los bienes jurídicos colectivos igualmente debemos tomar en cuenta el principio de lesividad o de daño, en cuanto cualquier acción que pretenda lesionarlos o amenazarlos debe ser penalizada.

En la actualidad en el Ecuador, la naturaleza ha sido catalogada como sujetos de derechos, cambiando esa posición individualista de los bienes jurídicos por la concepción colectivista o comunitaria, es así que la construcción de la Constitución así lo refleja, por ese motivo cuando en la nueva legislación penal ecuatoriana, los delitos ya no tendrán la condición de delitos de peligro sea concreto o abstracto, sino que serían delitos de lesión.

Además, en el campo de la justicia, el garantismo se constituye como sistema normativo de protección de derechos, estos pasan a ser los bienes jurídicos que el ordenamiento jurídico debe proteger de cualquier violación de la norma jurídica producto de esa conducta se adecua al texto legal (principio de legalidad) que describe la prohibición.

Así mismo este "principio de lesividad impone la carga de y a la práctica jurídica precisamente la carga de demostración de la lesividad del resultado."¹²⁴ Por ese motivo Ferrajoli nos define desde la visión utilitarista, que al inicio es un sistema ambiguo o neutro, ya que puede ser visto como para favorecer el sistema de la máxima o mínima prohibición, partiendo de la máxima seguridad posible o de la mínima restricción necesaria de la libertad.¹²⁵ Continúa en esta visión utilitarista, explicando el filósofo italiano que para demostrar el principio de lesividad debemos partir que si un bien está protegido por el Derecho Penal significa que no importa la pena sino el beneficio mayor que resulta de proteger de la lesión o daño sin considerar los costes que significa la pena.¹²⁶

124. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit. 467p.

125. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit. 466p.

126. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit. 467p.

Es decir, que cuando realmente la acción prohibida produzca una lesión o peligro, que pueda producir una lesividad en ese momento, el beneficio mayor será proteger el bien jurídico en desmedro de la acción que se sustenta en la libertad, pero que deberá ser lesionada por su actuación grave y antijurídica. En ese momento se legitima la intervención del *ius punendi* ya que debe proteger los bienes jurídicos.

Esto nos hace pensar que es justamente el principio de lesividad no como algo aislado sino que tiene la condición de un elemento más en la teoría de la imputación al sujeto libre y responsable que desarrolla con las reglas de imputación que es la teoría del delito. Sin esta condición imperativa no se puede ni criminalizar ni sancionar a persona alguna. Lo anterior, nos trae como punto de partida que la acción debe reunir las condiciones de típica, antijurídica y culpable para poder ser considerada como lesiva para el derecho y que sea sancionada con una pena.

F. LA ANTIJURIDICIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO.

ANÁLISIS, UBICACIÓN, CRÍTICA Y PROPUESTA.

Debemos tratar en esta parte de la investigación, ¿cómo se debe construir la categoría de la antijuridicidad en este nuevo marco constitucional? y como aporte a la teoría del delito y a la imputación del sujeto libre y responsable.

Como hemos realizado en los temas propuestos, daremos contestaciones a preguntas que se consideran básicas y que ayudan a dar el contenido del tema planteado. Iniciaremos preguntándonos ¿Qué es la antijuridicidad? ¿Cómo debe ser vista la antijuridicidad en las escuelas del delito? La relación de la antijuridicidad con el tipo penal y con las normas, y ¿cómo debemos ver a la misma con el principio de lesividad?

Para estudiar a la antijuridicidad debemos partir que la antijuridicidad puede ser considerada como la contrariedad a derecho, la contrariedad a la ley y como un elemento del delito.

En la primera posición tenemos a Enrique Cury Urzúa, sostiene que la

voz “antijuridicidad representa un intento de traducir el vocablo alemán *Rechtswidrigkeit* que significa “lo contrario a derecho” y, por lo mismo, algo más que lo contrario a lo puramente ilícito o “contrario a la ley.”¹²⁷ Es por eso que este autor considera que la “antijuridicidad es un desvalor. Esto significa que la afirmación de la ilicitud es el resultado de un juicio en virtud del cual se declara que la conducta típica es contraria a los valores reconocidos por la norma.”¹²⁸

Zaffaroni, citando a Jescheck, sostiene que “antijuridicidad es el juicio negativo de valor que recae sobre una conducta, en tanto que injusto es la conducta humana desvalorada.”¹²⁹ Así mismo el autor argentino nos manifiesta que la antijuridicidad debe ser vista como la antinormatividad mas la ausencia de causas de justificación,¹³⁰ como debe ser entendida esta propuesta cuando mencionamos que la acción o la conducta tiene relevancia jurídica, es el resultado de haberla sometido al juicio de tipicidad y cumplida con dicha adecuación la conducta ha violentado la norma de conducta (prohibición y mandato) por ese motivo se considera que es un desvalor de acción o un desvalor de que el autor hizo de la norma (que es una realidad) por eso es anti normativo, como sostiene Gonzalo D. Fernández solo se encuentra afectado el bien jurídico, mas no lesionado o en peligro.

Cuando debemos comprobar si existe un daño o lesión al bien jurídico, por ello debemos someternos al juicio de antijuridicidad, para comprobar si no existe una causa de justificación que pueda determinar si esa acción fue jurídica o contraria a derecho, esto se constituiría en el desvalor de resultado, ya que este resultado típico es contrario a derecho o a los bienes jurídicos tutelados. Es decir, que el resultado conforme a la legislación ecuatoriana, debe ser “lesivo, descriptible y demostrable”.¹³¹

A continuación citaré los criterios de autores ecuatorianos sobre este punto. El Doctor Ernesto Albán, considera que la antijuridicidad “es un concepto

127. Enrique Cury Urzua, *Derecho Penal, Parte General*, 9va edición, Santiago de Chile, editorial Universidad Católica de Chile, 2009, 353p. ISBN 956-14-0808-2.

128. Enrique Cury Urzua, *Derecho Penal, Parte General*, op. cit. 354p.

129. Eugenio Raul Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal, Tomo III*, editorial Ediar, quinta edición, 2005, 561p.

130. Eugenio Raul Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal, Tomo III*, op. cit. 562p.

131. Art. 22 inciso primero del COIP del Ecuador.

común a las distintas ramas del derecho. Una conducta o un acto antijurídico serán exactamente, una conducta o acto contrario al orden jurídico (...) también se encuentra en el Derecho Penal y ya hemos dicho que es uno de los caracteres del delito, sin el cual el acto realizado no puede ser considerado delictivo. Así, pues, lo antijurídico-penal se dará en todos aquellos casos en que la conducta humana vulnere un derecho reconocido por parte del estado y al cual se ha dado protección penal. En definitiva, cuando se lesiona un bien jurídico".¹³² Es decir, que este autor sigue sosteniendo la protección de bienes jurídicos por parte del Derecho Penal, sin que exista una antinormatividad como violación previa o de protección ni una comprobación de la existencia de causas de justificación.

Para Zambrano Pasquel, la antijuridicidad es el "juicio de valoración objetiva que se formula a una conducta que siendo típica, lesiona determinados bienes jurídicos que se han considerados previamente como merecedores de tutela penal."¹³³ Este autor, como hemos sostenido, es coherente con su posición y su construcción es adecuada, alejada de nuestro Código Penal de 1938-2014. Pero ortodoxo con el COIP.

La segunda posición es la que defienden los positivistas jurídicos, cuando sostienen que la antijuridicidad solamente es una contrariedad a la ley, en esa posición podemos ubicar a los autores italianos como Antolisei, Manzini, a los autores alemanes como Beling. ¿En qué consistía esta construcción teórica? El derecho debió ser entendido en una contrariedad a los postulados del derecho natural, la ley se constituyó en el dogma fuerte y por lo mismo se trasladó la construcción del positivismo científico utilizando solo el método descriptivo, esto quiere decir en el derecho que el legislador solo describe conductas y los jueces solo deben constatar que la acción provocó una mutación en el exterior y que esta constatación externa de la acción sea contraria solo a la ley, siendo todo esto lo objetivo sin ningún elemento subjetivo o valorativo como se explicará más adelante.

En esa lógica el Doctor Jorge Hugo Rengel, sostiene una posición positivista, cuando hace el análisis del Código penal de 1938, cuando determina la antijuridicidad: "Infracción es el quebrantamiento, transgresión, incumpli-

132. Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, op. cit. 157p.

133. Alfonso Zambrano Pasquel, *Derecho Penal, Parte General*, op. cit. 222p.

miento o violación de una ley, que se puede atribuir o imputar al hombre.”¹³⁴ Este autor no hace otro aporte desde una construcción dogmática, claro que debemos entender al delito como una valoración jurídica desde el punto de vista dualista que defiende entre una cuestión jurídica y una realidad. Este autor no argumenta, como hemos indicado en líneas anteriores, a favor del bien jurídico, sino solamente como infracción de una ley, entendiendo su postura ya que toma como objeto de estudio al Código Penal de 1938, que como se verá esta categoría no se encuentra desarrollada en la dogmática italiana.

Así mismo el doctor Sergio Páez Olmedo, en esa misma lógica positivista, pretende hacer una diferencia entre lo ilícito y lo antijurídico. Considera que lo ilícito “es el hecho que lesiona verdaderamente o que pone en peligro el interés protegido por el Orden Jurídico.”¹³⁵

No olvidemos que este autor hace un símil entre interés protegido y bien jurídico por lo que sostiene que cuando se actúa se afecta este interés y por lo mismo se afecta la convivencia humana. Y sostiene que antijurídico “es lo contrario al Derecho”¹³⁶ y sigue en su obra que los hechos que se encuentran tipificados en la ley que han sido determinados en la tipicidad son contrarios al derecho y por lo mismo son antijurídicos. Sigue el autor que todos los tipos establecidos son antijurídicos. Este autor tiene diferencias conceptuales con el maestro Zaffaroni, en cuanto a la concepción de lo normativo y de lo antijurídico, a pesar que este autor en su obra defiende que el bien jurídico debe ser protegido por una norma que no era el tipo penal. Por lo que existe una inconsistencia dogmática en su construcción.

Estas posiciones tienen solamente una finalidad de introducirnos al tema y de poder observar las diversas posiciones, con lo cual no es algo pacífica sino que ha sido consecuencia de discusiones serias y que han formado esta categoría dogmática como la conocemos actualmente como un juicio de desvalor.

La tercera posición de considerar a la antijuridicidad como un elemento del delito lo explicaremos a continuación cuando desarrollemos el tema de

134. Hugo Rengel Valdivieso, *Análisis y Comentario para el estudio del Código Penal Ecuatoriano*, op. cit. 65, 67p.

135. Sergio Páez Olmedo, *Bases y Fundamentos científicos de la Ciencia Penal*, op. cit. 49p.

136. Sergio Páez Olmedo, *Bases y Fundamentos científicos de la Ciencia Penal*, op. cit. 50p.

la antijuridicidad en las escuelas del delito, en especial en la teoría causalista, esto nos permitirá ver un breve desarrollo dogmático e histórico y construir con el sistema garantista que tiene relación con el principio de lesividad para culminar con la propuesta de la investigación.

A continuación estudiaremos a la antijuridicidad y como fue entendida en las escuelas de la teoría del delito.

1.1. Teoría causalista o positivista.

La antijuridicidad en un primer momento fue estudiada como algo esencial y no en forma separada como un elemento del delito, a continuación haremos un breve recuento del tema. Enrique Cury Urzúa, sostiene que los autores italianos negaban que la antijuridicidad constituya un elemento del delito.¹³⁷ Es por eso que el autor ecuatoriano Luis Cañar Lojano, considera que la antijuridicidad debe hacer una diferencia en cuanto a su estudio: a) Nivel pretípico; o, b) como elemento del delito.¹³⁸

Como defensores de la primera tesis están los autores italianos, como Francesco Antolisei, quien entendía a la antijuridicidad como parte del delito en forma esencial y no en forma separada, es por esa razón que consideraba las “causas objetivas de exclusión del delito...” como eliminación del delito, no como causas de justificación, esto era por el método globalizador del delito utilizado por el positivismo. Éste autor italiano consideraba que “la antijuridicidad no es un componente, es decir, un elemento constitutivo del ilícito, sino mucho más. Como fue destacado por Rocco con feliz expresión, es la esencia misma, la naturaleza intrínseca, el in se del delito. Dado que el delito es la infracción de la norma penal, y en tal relación contradictoria se agota su esencia, la ilicitud no puede considerarse un elemento concurrente a la formación de la noción del delito, sino que debe considerarse carácter del mismo; mas aun su carácter esencial. La antijuridicidad expresa su íntima naturaleza”.¹³⁹

En ese mismo sentido, Vincenzo Manzini, consideraba al delito como “la modificación del mundo exterior, ya sea material o no tal modificación.”¹⁴⁰ Al

137. Enrique Cury Urzúa, Derecho Penal, parte general, op. cit. 353p.

138. Luis Cañar Lojano, Comentario al Código Penal del Ecuador, Tomo II, op. cit. 221.

139. Francesco Antolisei, Manual de Derecho Penal, Parte General, Traducción Juan del Rosal y Ángel Torio, op. cit. 142p. depósito legal.

igual que Antolisei, considera a la antijuridicidad: "en su esencia, el mismo es un hecho antijurídico, porque es siempre y necesariamente ilegítimo. La ilegitimidad (ilicitud o antijuridicidad) del hecho constitutivo del delito es, por consiguiente, un carácter del mismo, un efecto de incriminación, y no ya un presupuesto del delito mismo ni un elemento constitutivo suyo."¹⁴¹

Es decir, para estos autores, el delito "es la contrariedad de la ley penal,"¹⁴² es por ello que la antijuridicidad es la esencia del delito, cualquier causa que afecte debía referirse al delito y no a la antijuridicidad. Como lo sostiene el Doctor Cañar Lojano, no puede ser un elemento porque no existe en la naturaleza como ocurre con el hecho y la culpabilidad y que solo es un juicio de relación por lo que no forma parte aislada de su estructura.¹⁴³ Por lo tanto no es un elemento del delito sino su esencia.

En ese mismo sentido el Doctor Alfonso Zambrano Pasquel sostiene "Ni siquiera el genio de Carrara aunque atisbó su presencia, la estudió en la forma que hoy la hacemos. Esto permite explicar que la expresión de antijurídico, la antijuridicidad" no fueron estudiadas por el maestro italiano, como consecuencia no constan en nuestro Código Penal, de 1938.¹⁴⁴ Por ello solo existe la infracción a la ley. Sigue el profesor ecuatoriano que las causas de justificación, están a lado de las excusas absolutorias y de las circunstancias atenuantes y agravantes, lo que se considera una incoherencia filosófica y dogmática.

Pero Juan Fernández Carrasquilla, sostiene que la separación "de antijuridicidad objetiva y culpabilidad (subjetiva) se atribuye en Alemania a Rudolf Von Ihering (1867), pero en verdad ya la había practicado Carrara (1859) quien había iniciado la separación de la antijuridicidad, cuando construye su teoría de las fuerzas físicas y moral, a ello se opuso Binding con su noción de la antijuridicidad subjetiva o violación del deber de sumisión."¹⁴⁵

140. Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Penal, Tomo 2, Primera Parte, Teorías Generales, Volumen II, traducción Santiago Sentis Melendo, notas de Derecho Argentino de Ricardo C. Nuñez y Ernesto Gavier,

141. Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Penal, Tomo 2, op. cit. 14p.

142. Francesco Antolisei, Manual de Derecho Penal, Parte General, op. cit. 125p.

143. Luis Cañar Lojano, Comentario al Código Penal del Ecuador, Tomo II, op. cit. 221.

144. Alfonso Zambrano Pasquel, Derecho Penal, Parte General, op. cit. 221p.

145. Juan Fernández Carrasquilla, Derecho Penal Fundamental. Tomo I, Introducción al Derecho Penal. Segunda reimpresión de la segunda edición. Bogotá, Editorial Temis, 1995, 233p. ISBN 958-604-180-8.

Este dato dogmático es importante ya que, como se expresó en líneas anteriores, citando al Doctor Albán Gómez, nuestro Código Penal vigente, tiene como fuente al Código Penal italiano. Es por eso que no tenemos mayores aportes de nuestros profesores en sus obras, sino solo como infracción a la ley, cumpliendo este postulado del positivismo jurídico o del Estado de Derecho legalista.

Ahora bien cómo fue entendida la antijuridicidad en Alemania, al utilizar el método analítico y sistematizado ésta fue reconocida en el Derecho Privado por Ihering (1867) como un elemento independiente de la culpabilidad, como lo dice Juan Bustos Ramírez, “este autor planteó que la licitud o, ilicitud de un hecho es una valoración de carácter objetivo que se hace conforme a lo que señala el ordenamiento jurídico. Esta valoración, (...) es independiente de la mala fe o dolo de los sujetos”.¹⁴⁶ Es decir, que ya realizaba una separación entre antijurídico y lo culpable, recuérdese que en esa época las construcciones del delito, el dolo, estaba en la culpabilidad. Por lo que se consideraba a la misma como un elemento del delito.

La antijuridicidad, con la explicación de Ihering en Alemania fue trasladada al Derecho Penal por su discípulo Von Liszt,¹⁴⁷ es por ello que menciona que no se reconocía a las eximentes verdadera naturaleza justificante, sino que, en todo caso, simplemente se las analizaba como causa generales de exclusión de la responsabilidad penal.¹⁴⁸ Además, también se separó el tipo de la antijuridicidad. Este tema será tratado oportunamente en páginas posteriores, cuando se estudié la relación del tipo con la antijuridicidad.

Una vez separada la antijuridicidad en la dogmática alemana, nos explica Edgardo Alberto Donna, debe ser vista desde la visión objetiva o positivista que “concibió a la antijuridicidad sólo desde el punto de vista como referida únicamente a la componente objetiva (externa) de la acción (así, en la concepción clásica de von Liszt y Beling).¹⁴⁹ También debe ser vista, como lo dice Fernández Carrasquilla, como el acto materialmente ilegal en cuanto significa

146. Juan Bustos Ramírez, *Obras Completas Tomo I*, Lima-Perú, Editorial ARA Editores, 2005, 771p. ISBN 9972-626-55-5. (obra completa). ISBN 9972-626-56-3. (tomo I)

147. Xavier Esteban de la Fuente, “Aspectos subjetivos de las causas de justificación”, op. Cit. 25p. Francesco Antolisei, *Manual de Derecho Penal, Parte general*, op.cit, 200p.

148. Xavier Esteban de la Fuente, “Aspectos subjetivos de las causas de justificación”, op.cit. 25p.

149. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal Parte General, Tomo III*, op. Cit. 10, 11p.

una conducta contraria a la sociedad (antisocial).¹⁵⁰

Al ser analizada y estudiada la antijuricidad objetiva por los autores citados, esta fue comprendida como la contrariedad al Derecho positivo, lo que llevó a su caracterización como formal¹⁵¹ y como expresión de la acción externa, “tomando en cuenta que la misma no dependía de la presencia de determinados componentes subjetivos o síquicos de la conducta, porque no surge de lo que el agente se proponga ni de lo que piense, sino de las valoraciones que el derecho objetivo impone”¹⁵².

En ese mismo sentido Donna, citando a Mir Puig, sostiene que “Si la antijuricidad califica al hecho, y este hecho se concebía como mero proceso causal, con independencia de la finalidad del autor, era lógico que la antijuricidad se refiriese solamente al aspecto objetivo-externo (causal) de la acción.”¹⁵³

Así mismo, Fernández Carrasquilla, citando a Beling: la antijuricidad es juicio de valor que recae privativamente sobre el aspecto externo u objetivo de la conducta, y en ello se diferencia terminantemente de la culpabilidad, que se contrae a sus aspectos internos o subjetivos.¹⁵⁴

Lo importante de esta teoría causalista o positivista es la división del delito, todo objetivo para el tipo y la antijuricidad, se reservaba lo subjetivo para la culpabilidad. Citando a Jiménez de Asúa¹⁵⁵, estos elementos objetivo-subjetivo deben mantenerse bien separados en la construcción de la teoría del delito.¹⁵⁶

En resumen, podemos decir que esta teoría como su método descriptivo se observaba a la ley como un objeto físico (positivismo jurídico), por lo mismo la acción que se exteriorizaba lo que hacía era violentar la ley que era vista solamente como esa contrariedad física o como esa mutación que alteró el mun-

150. Juan Fernández Carrasquilla, , Derecho Penal Fundamental Tomo I, op. cit. p. 235.

151. Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal Parte General, Tomo III , op. cit. 11p.

152. Juan Fernández Carrasquilla, Derecho Penal Fundamental, op. cit. 234p.

153. Santiago Mir Puig, citado por DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, op. cit. 12p.

154. Juan Fernández Carrasquilla, Derecho Penal Fundamental, Tomo I, op. cit. 234p.

155. Para Xavier de la Fuente Jiménez de Asúa no es un causalista sino un neoclásico

156. Xavier Esteban de la Fuente, Aspectos Subjetivos op cit. p. 27.

do físico y como consecuencia produce una infracción a la ley, así podemos entender que la antijuridicidad era solamente esa alteración o infracción de la ley, por lo que solo era formal y que no tenía que verse con algún elemento subjetivo, si tomamos en cuenta que lo subjetivo o la antijuridicidad subjetiva está en la culpabilidad.

Por ello para Juan Bustos Ramírez, explica que esta posición dogmática se da inicio a la teoría moderna del delito. "Con ella se introduce en el Derecho Penal el pensamiento analítico, significa la superación del modelo anterior sintetizador y global. Cada uno de los elementos en la teoría del delito significa un momento en el análisis. El momento de la antijuridicidad representa al antagonismo del hecho realizado con el ordenamiento jurídico y es sólo presupuesto del momento posterior, el de la culpabilidad en el que sólo entonces cabe entrar a analizar la vinculación del sujeto con el hecho".¹⁵⁷

Con este método Xavier de la Fuente, sostiene que no existe para esta teoría ninguna clase de elementos subjetivos ni en el tipo ni en la antijuridicidad, ni en las causas de justificación. Ya que, al ser la acción contraria al derecho positivo, hace que el hecho antijurídico se lo considere en forma descriptiva como lo hacen las ciencias naturales, esto es, de una manera causal¹⁵⁸ producida por esa acción natural o básica¹⁵⁹ que es solo un impulso sin ninguna reflexión y voluntad, es decir, que carece del dominio del curso causal.

Lo subjetivo es la culpabilidad desde el punto de vista psicológico;¹⁶⁰ es por ello que aquí se necesita demostrar las intenciones o las negligencias, pero éstas no son suficientes para desvalorar lo jurídico sino quien cumple esta función es el daño o la peligrosidad de la conducta¹⁶¹ las medidas en las cuales se puede imponer una pena o son relevantes para el Derecho Penal.

157. Juan Bustos Ramírez, *Obras Completas*, op cit. 771p.

158. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Parte General*, Tomo III, op. cit. 11p.

159. Daniel González Lagier, *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, "Derecho y Acción", Editores Miguel Díaz y García, Juan Antonio García Amado, 1era. Edición., Bogotá Colombia, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006, 124p. ISBN 958-710-172-0. este autor considera que la acción: es acción básica, el movimiento corporal; hay la acción resultado, que es la subjetivización es decir, la que se tiene la intención de realizar algo; y la acción consecuencia, que es la imputación de la acción resultado a la persona que realizó con intención, también la llama acción social.

160. Xavier Esteban de la Fuente *Aspectos Subjetivos*, op. cit. 29p. En esa época con la influencia del positivismo natural, se adapta aquello y es el hombre que si psicológicamente puede o no aprehender el objeto, sin poder influir en él.

161. Xavier Esteban de la Fuente, *Aspectos Subjetivos*, op. cit. 27p.

Podemos concluir que la antijuridicidad solamente es vista aquí como un examen externo de la acción que es contraria a la ley, que se manifiesta en forma externa en la realidad física o fáctica. He aquí que debemos entender que solo constituía la infracción a la ley consecuente con la posición del positivismo jurídico. Lo cual es criticado en la actualidad, ya que, en primer lugar el paso del Estado de Derecho legalista al Estado Constitucional de Derechos, justifica que no es la contrariedad con el ordenamiento jurídico sino solo cuando afecta derechos, esto fue analizado cuando tratamos el garantismo y el bien jurídico y el principio de lesividad, a lo que me remito; en segundo lugar cuando hemos analizado desde la teoría garantista la construcción en cuanto a la protección de derechos; y, por último como última ratio o mínima intervención en la relación con la protección de bienes jurídicos que son los derechos reconocidos por la Constitución de la República y que son derivados de la dignidad humana, es por esa razón que, cuando se afecta no solo es a la ley sino al derecho como había sostenido Enrique Cury, Edgardo Alberto Donna, Eugenio Raul Zaffaroni, José Cerezo Mir entre otros.

1.2. Teoría neokantiana.-

Posteriormente, aparecen los neokantianos quienes, para opinión de Edgardo Alberto Donna, son los que recuperan para la dogmática la dimensión jurídica, esto es, la dimensión valorativa.¹⁶² Debemos entender son quienes incluyen en sus análisis la relevancia jurídica o no de una conducta humana, esto quiere decir, que la dogmática se preocupa de construcciones relacionadas solo con el derecho. En esta escuela existen los juicios de relevancia, la acción es relevante si pasa el juicio de tipicidad y se adecua con el tipo penal, si no lo hace no es relevante y no le importa al derecho.

En ese orden de cosas, la antijuridicidad deja de ser formal para entrar en el ámbito de lo material. Es ahora que se verá la antijuridicidad como un acontecimiento socialmente dañoso. Esto tiene como consecuencia que las causas de exclusión de la antijuridicidad sean analizadas desde un punto de vista material, por ejemplo, el principio de más provecho que daño.¹⁶³

Además, desde el punto de vista del método, ya no mantuvo el descripti-

162. Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal Parte General, Tomo III, op cit. 12p.

163. Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal Parte General, Tomo III, op cit. 12p

vo, sino el método de las ciencias del espíritu o culturales como esencialmente referida a valores en que se incluyó al Derecho. Es por ello que se busca la explicación del delito en su significado valorativo.¹⁶⁴ Esto quiere decir, para Diego Luzón Peña, que lo fundamental es aprehender, entender, valorar significados y sentidos, aplicar las valoraciones a las obras y situaciones humanas. En suma, el método de las ciencias del espíritu es un método comprensivo y valorativo, esa es también la metodología de la ciencia jurídica, cuyo objeto son las valoraciones inherentes al Derecho.¹⁶⁵

Es por eso que Fabián Balcare, citando a Mir Puig en ese sentido, sostiene que “la antijuricidad aparece como un juicio de desvalor sobre el hecho (...) lo injusto se concebía (...) como infracción de la norma de valoración del hecho objetivo (como desvalor de resultado), a diferencia que a la culpabilidad a la que se reservaba el dolo y la culpa, como infracción de la norma de determinación dirigida a la voluntad (Mezger).¹⁶⁶

Es así, que la antijuricidad para Dohna, citado por Juan Fernández Carrasquilla ya “no consiste en una desobediencia, sino primordialmente en un desvalor”, es precisamente, el desvalor que se opone al valor en cuya protección se inspira la norma, que no es cosa distinta del bien jurídico.¹⁶⁷

Mir, citado por Donna, “concebir la antijuricidad como juicio de desvalor sobre el hecho exigió en determinados casos a que en ciertas ocasiones el juicio dependiera de la presencia de elementos subjetivos sin los cuales el hecho no podía ser desvalorado, porque surgían como elementos del tipo”¹⁶⁸

Esta teoría hace que aparezcan los elementos subjetivos del tipo, claro que solo en los que el legislador los había exigido,¹⁶⁹ pero todavía no aceptaba que exista elementos subjetivos en la antijuricidad ni en las causas de justificación, ya que se considera que se puede generar en la interpretación de las disposi-

164. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal Parte General*, Tomo III, op cit. 12p.

165. Diego Manuel Luzón Peña, “Curso de Derecho Penal”, Parte General, Tomo I, op.cit. 231p.

166. Fabián Balcare, *Antijuricidad penal, principios generales*, Córdova, editorial Mediterránea, edición Ira., 2001, 49p. ISBN

167. Juan Fernández Carrasquilla *Derecho Penal Fundamenta*, Tomo II, segunda reimpresión, Bogotá, Editorial Temis, 1995, 211, 212p. ISBN 84-8272-363-4.

168. Edgardo Alberto Donna *Derecho Penal Parte General*, Tomo III, op cit. 13p.

169. Xavier Esteban de la Fuente, *Aspectos Subjetivos*, op. cit. 43p.

ciones que regulan las distintas causas de justificación, todavía se mantiene lo objetivo era la tipicidad y la antijuricidad, con las particularidades expresadas. Y mantienen lo subjetivo en la culpabilidad.

Es decir, que esta teoría determina los juicios de relevancia jurídica, en los juicios de tipicidad, de antijuricidad y de culpabilidad, siendo los que nos dan que una acción humana tenga o no relevancia jurídica para poder ser sancionada con una pena.

1.3.- Teoría del Injusto personal o finalista.

En esta evolución de la teoría del delito aparece, como dice Edgardo Alberto Donna, el pensamiento de Hans Welzel, que produce una profunda transformación en el sistema de la teoría del delito ya que no sólo se amplían las categorías que la teoría neokantiana había logrado, sino además y fundamentalmente se subjetiviza el injusto.¹⁷⁰

¿Qué significación tiene esta contribución teoría injusto personal o acción final?¹⁷¹ Y en ¿qué consiste esa propuesta?

1. Sostiene que el objeto determina el método, es decir, que el objeto de valoración debe determinar el método que ayudará a valorar.¹⁷² Qué implica este postulado para el maestro alemán, que se debía determinar ¿cuál era la naturaleza del objeto de valoración? Si el Derecho Penal regula conductas humanas (pre típica) debemos determinar si la acción es una acción humana con finalidad, por ese motivo es una cuestión ontológica, posteriormente debemos determinar la valoración del objeto, en el momento en que determinamos que se trata de una acción humana con voluntad de realización o finalidad, debemos realizar los siguientes juicios de valoración que se encuentran en la construcción dogmática del filósofo alemán que son los adjetivos como la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad.

2. El positivismo había construido la acción como algo causal que solo el

170. Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, op. cit. 13p.

171. Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, op. cit. 167 p.

172. Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, op. cit. 133 p.

movimiento corporal que realizaba la mutación en el mundo físico y esto debíamos subsumir en el tipo penal. Sin que esa acción sea vidente o final sino como causa de iniciar un algo. Para la propuesta, el autor alemán menciona, que existen estructuras lógicas objetivas que no se pueden alterar, como son la acción final, la culpabilidad y la autoría, el legislador debe respetar y además, ese objeto determina que se use el método de construcción ontológico, que sostiene que la acción¹⁷³ es óntica al ser humano ya que tiene una voluntad de realización y por lo mismo es siempre final, es decir, que elige metas, escoge herramientas y medios para ejecutar y que se exterioriza mediante la voluntad de realizar.¹⁷⁴

3. Welzel determina la diferencia entre lo ontológico y un sistema normativo cuando, citado por María de los Ángeles Rueda sostiene “que la diferencia entre los juicios lógicos objetivos y los juicios axiológicos fueron establecidos en forma clara por Welzel, cuando señaló “bajo ninguna circunstancia se puede identificar el sustrato ontológico con el valor ya que el objeto determinado ontológicamente es sólo el portador del valor pero no el valor mismo.”¹⁷⁵ Es por ese motivo que la acción final debe sostenerse en la libertad¹⁷⁶ tomando en cuenta que es por la voluntad de realización la que conduce o domina la causalidad, relacionando con la libertad de la acción, y construye ya no solo una teoría ontológica, sino una teoría normativista; por esa razón no se pueden aceptar las críticas de que solo es una teoría ontológica, es decir, que del ser no nace el deber ser, esto es, que de la naturaleza humana no puede surgir el derecho o el deber ser, lo cual no es adecuado como critica ya que es la acción final como esa estructura que surge de la propia lógica y que en forma objetiva existe como tal, es escogida por el autor alemán para sostener su metodología teórica.¹⁷⁷ Pero además, es valorativa ya que es la finalidad el criterio de imputación que vincula la valoración que debemos realizar.

4. La acción se considera como prejurídica; tomando en cuenta la acción humana existe antes que la ley la describe e independientemente de su descripción y valoración o desvaloración. Es jurídico cuando esta acción tiene

173. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. 174 p.

174. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. 101, 174 p

175. María de los Ángeles Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva*, op. cit. 119 p.

176. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. 169 p.

177. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. 101, 173, 174 p

su relevancia jurídica porque es materia de una valoración jurídica y debe pasar por los filtros para ser típica, antijurídica y culpable.¹⁷⁸ Es decir, que debe existir en primer lugar la misma y, en forma posterior, el autor como construcción jurídica cuando se hace el juicio de imputación o de relevancia jurídica, es decir que en este momento el objeto de valoración (la acción humana final) debe existir la valoración de éste a través de estos filtros que le dan sustrato ético-social.¹⁷⁹

Además, la acción según Hans Welzel, es el hecho de ordenar la acción en una unidad (subjetivo objetivo), fue el primer paso de poner en orden la dogmática jurídico penal; una vez identificado desde las estructuras lógicas objetivas como es la finalidad, se fueron creando los criterios de valoración de dicho objeto; por esta razón es que los filtros se constituyen en ello, para poder imputar como propio el hecho a un sujeto, tarea sustancial del Derecho Penal.

5. En la construcción de la teoría del delito también se añaden criterios de índole valorativa como es la libertad, por esa razón se ha dicho que la acción debe ser libre pero en relación con el sujeto libre para que tenga sentido y contenido en la misma.

6. También debemos estudiar a la acción, como la unión de los elementos anteriormente descritos que en base al método analítico, sistemático podemos desagregarlos con el fin de entender de mejor manera dichas cualidades. Por ello, se constituyen en esos filtros o "cualidades como comprobaciones o valoraciones del enjuiciamiento jurídico penal."¹⁸⁰

7. El Derecho Penal toma a la acción como base de la teoría del delito, ya que regula con las reglas de conducta o comportamientos al sujeto libre y responsable, creando un sistema normativo que tiene como finalidad a este sujeto como autor.¹⁸¹

178. Eugenio Raul Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, parte general, Tomo III, op. cit. 27 p. Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, op. cit. 168 p.

179. María de los Ángeles Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva, op. cit. 118 p.

180. José Cerezo Mir citado por Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, op. cit. 105 p.

181. Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, op. cit. 172 p.

8. Y por último, la acción se convierte en un límite al poder punitivo estatal, en el momento en que se debe describir solamente acciones finales en los tipos penales, estas implican acciones libres, por ello se entiende el respeto a la dignidad humana como valor supremo de la Constitución y de la Convención Americana de Derechos Humanos, es así que se ligan estas dos teorías.

Pero, ¿cómo debemos entender a esta acción en relación con la imputación? Esta se convierte en “hecho”¹⁸² cuando en la teoría de la imputación se hace el juicio de imputar al sujeto libre y responsable como origen de la acción libre, es decir, es la “causa libera” o la imputación por la libertad, que con el conocimiento de las circunstancias y la voluntad de realización como dirección del proceso o como dominio del hecho¹⁸³ puede conducir la causalidad con la finalidad querida. Esta exteriorización tiene relación íntima con la acción libre con los criterios valorativos y normativos, es especial con el criterio de imputación que es la finalidad; se puede decir que la imputación primaria sería la tipicidad y la antijuridicidad y la imputación secundaria sería la culpabilidad.¹⁸⁴

En esta construcción dogmática y manteniendo su coherencia busca un equilibrio en todas las categorías o criterios de imputación entre lo objetivo y lo subjetivo. Es por ello, como sostiene Javier Jiménez Martínez, el finalismo construye que la acción es antijurídica solo como obra de un autor determinado y siempre que haya violado una norma imperativa a él dirigida;¹⁸⁵ es así que la antijuridicidad es mixta objetivo y subjetivo. Y por lo mismo el maestro Edgardo Alberto Donna exige que esta situación nos lleve a ser coherentes y como consecuencia en las causas de justificación haya la existencia de un elemento subjetivo.

Al generar la crítica anterior, aparta a la antijuridicidad objetiva, tomando en cuenta que no se puede dejar de lado el elemento subjetivo de la finalidad o como dice el profesor anotado “no es admisible sustraer al hecho en ningún

182. Pablo Sánchez-Ostiz, *La imputación y Teoría del delito* op. cit. 513, 514 p.

183. Pablo Sánchez-Ostiz, *La imputación y Teoría del delito* op. cit. 510, 515, 520, 521 p

184. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, op. cit. 170 p.

185. Javier Jiménez Martínez *Los elementos del delito, antijuridicidad y justificación* Tomo III, 2da. Reimpresión, México, editorial Ángel, 2010, 125p. ISBN 978-607-00-1943-2 (obra completa) ISBN 978-607-00-1946-3 (Tomo III).

momento la intención que la preside (...) si la antijuricidad es un juicio sobre el hecho, dependerá pues, no sólo de sus elementos objetivos, sino también de forma esencial, del elemento subjetivo de la finalidad.¹⁸⁶ “La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan.”¹⁸⁷ Es por eso que esta teoría habla del injusto personal, ya que se refiere a lo injusto de la acción del autor determinado.¹⁸⁸

Es así que la acción consta de dos fases: la interna que se encuentra en la esfera del pensamiento que es la fijación de la meta, la selección de los medios y el cálculo de los efectos concomitantes; la segunda fase es la que el autor produce un resultado en el mundo real, esto es, pone en marcha la causalidad. Esto genera que la acción tenga los dos aspectos tanto lo objetivo como lo subjetivo y esto traslada igualmente a la tipicidad y la antijuricidad. Generando que la valoración jurídica se haga sobre la unidad final-causal, esto quiere decir, no solo se haga una valoración del aspecto causal sino que también se haga una valoración jurídica del contenido de la voluntad de realización del autor. Por ello se puede defender que la acción final que es parte del injusto penal debe ser necesariamente de naturaleza “personal” convirtiéndose en una estructura compleja ya que tiene elementos objetivo y también cuestiones subjetivas.¹⁸⁹

En consecuencia Hirsch, citado por Xavier de la Fuente, hace una crítica a quienes sostienen la antijuricidad objetiva sin aceptar la existencia de los elementos subjetivos de las causas de justificación, y nos dice “que el Derecho positivo indica que para la justificación es necesaria la orientación subjetiva. La teoría objetiva es temáticamente inapropiada ya que el objeto de la justificación lo constituyen pautas de conducta, es decir, actos y no estados objetivos”.¹⁹⁰ Con este modelo del sistema del delito, se genera la explicación y sustento de los elementos subjetivos de las causas de justificación.

Para concluir en la lógica de esta escuela del delito, la antijuricidad no se

186. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo III, op. cit. 14p.

187. Xavier Esteban de la Fuente, *Aspectos Subjetivos*, op. cit. 54p.

188. Javier Jiménez Martínez *Los elementos del delito*, Tomo III, op. cit. 127p.

189. Xavier Esteban de la Fuente, *El aspectos Subjetivos*, op. cit. 59 y 60p.

190. Xavier Esteban de la Fuente, *El aspectos Subjetivos*, op. cit. 56p.

agota con el desvalor del resultado que afecta el bien jurídico (parte objetiva) sino que se complementa, como lo mencionó Hirsch, con el desvalor de acción (parte subjetiva) y por eso que también en las causas de justificación se debe mantener los elementos subjetivos. En ese mismo sentido Jiménez Martínez,¹⁹¹ citando a Nodier Agudelo Bentacur, “no se puede deslindar en su contenido de la persona del autor, sino que la acción sólo es antijurídica como obra de un autor determinado, el fin de que el autor asignó al hecho objetivo, la actitud en que lo cometió, los deberes que le obligan a este respeto, todo esto le implica lo injusto del hecho a la eventual lesión del bien jurídico.”

Si relacionamos a la antijuridicidad con la teoría garantista que rige a la Constitución de la República, como hemos sostenido en toda esta investigación, existe una armonía con la teoría del injusto personal, ya que, cuando nuestra Carta Suprema en el artículo 76 numeral 3 determina que la acción u omisión deben estar tipificada, está aceptando que la acción es una acción humana que se deriva de la propia dignidad de la persona como ser complejo en la cual tiene aspectos subjetivos como objetivos, por lo mismo la acción tiene una finalidad, ya que, como hemos dicho, toda las normas constitucionales persiguen finalidades en la protección de nuestros derechos, es por ello que en el momento en que nos comportamos contrarios o afectamos o lesionamos un derecho, nuestra acción es antijurídica ya que implica esta acción final que se deriva en la violación de la norma prohibitiva del Derecho Penal más la norma valorativa que protege el bien jurídico.

Por ello la antijuridicidad cumple con el desvalor de la acción y el desvalor de resultado que exige la teoría del injusto personal y de la imputación al sujeto libre y responsable.

G. LA ANTIJURIDICIDAD Y SU RELACIÓN CON EL TIPO PENAL. UBICACIÓN.

Continuemos con el análisis y propuesta de la antijuridicidad en la teoría del injusto personal o de la imputación al sujeto libre y responsable, su compatibilización con la teoría garantista, en ese sentido debemos ubicar a la antijuri-

191. Javier Jiménez Martínez Los elementos del delito, Tomo III, op. cit. 128p.

dicidad en relación con el tipo penal y luego desde la teoría de la norma. El lector no debe olvidar que lo hacemos con la propuesta inicial dogmática y agregando el criterio de Bustos Ramírez con el método analítico y sistemático para poder determinar la separación de la tipicidad y de la antijuricidad eso nos ayuda a mejorar el análisis y sistematización de la construcción de la dogmática para sostener en forma consistente los elementos subjetivos de las causas de justificación.

Existen dos teorías que tratan sobre la ubicación de la antijuricidad son: La primera, la de los elementos negativos del tipo penal; y, la segunda, la teoría del tipo penal.

1. La primera considera que existe una identificación del tipo penal con la antijuricidad, es decir, como sostiene Hirsch, "...el tipo penal abarca todas las condiciones de la antijuricidad, incluyendo la falta de causa de justificación. Las condiciones, cuya ausencia es necesaria para la realización de dicho tipo penal, caracterizado como tipo penal de la antijuricidad, son elementos negativos del tipo. En consecuencia para la doctrina de los elementos negativos del tipo penal existe antijuricidad con la realización del tipo penal. Tipicidad y antijuricidad, elementos de la antijuricidad y elementos del tipo penal son idénticos"¹⁹².

Es decir esta teoría, para Gonzalo D. Fernández "fusionan virtualmente el tipo con la antijuricidad, consolidando ambas categorías en el tipo de injusto, de suerte que la tipicidad pasa a ser la ratio essendi de la antijuricidad y el delito se constituye, por ende como una antijuricidad tipificada"¹⁹³.

Como consecuencia, esta teoría comprende que las causas de justificación son parte del tipo penal y en el momento en que actúan lo hacen como elementos negativos del tipo penal, es decir, que eliminan la tipicidad y no la antijuricidad, por lo cual si se comete un delito de homicidio implica que estos son los elementos positivos cuando se ha realizado la tipicidad; cuando se hace el juicio de antijuricidad se busca si existe o no causas de justificación, al ser parte tanto la tipicidad y la antijuricidad estas causas de justificación actuaría como los elementos negativos y por lo mismo eliminarían la tipici-

192. Hans Joachim Hirsch, *Derecho Penal, Obras Completas*, Tomo IV. 1era. edición, Santa Fe-Argentina,

193. Editorial Rubinzal Culzoni, 2005, 15p. ISBN 950-727-692-0.

dad lo cual sería la acción atípica. Es decir, que no tiene ninguna relevancia jurídica.

2. La segunda teoría es la del tipo penal, esta teoría en un primer momento fue propuesta por Beling quien consideró la separación del tipo-tipicidad y la antijuridicidad, ya que para este autor, citado por Javier Jiménez Martínez, "hay acciones adecuadas al delito-tipo que no son antijurídicos (la muerte de una persona en legítima defensa) y hay acciones antijurídicas que no se adecuan a un tipo (el incumplimiento de un contrato).

Según este punto de vista, el tipo y la antijuridicidad no sólo son piezas fundamentales en la estructura sistemática del delito, sino que están claramente separados"¹⁹⁴ Es por ese motivo que "el tipo no debía contener juicio valorativo alguno, sino estar purificado de todo momento relativo a la antijuridicidad. No obstante, esta concepción sólo podía sustentarse si el tipo era considerado como una descripción completamente neutral del acontecimiento. Como consecuencia esta teoría era tripartita: tipo, antijuridicidad, imputación subjetiva."¹⁹⁵

Es decir, como lo menciona Hirsch "tipo penal incluye el comportamiento prohibido, el cual se encuentra descrito de forma objetiva y material en las diferentes normas de la Parte Especial, pero no incluye la falta de causas de justificación. En consecuencia, la realización del tipo penal no implica la existencia de la antijuridicidad, la cual debe ser analizada en forma separada, luego de constatar la existencia de la realización del tipo penal."¹⁹⁶

Para comprender esta posición teórica no debemos olvidarnos el contexto histórico en que se desarrollaba el cual era en el positivismo tanto científico como jurídico, por ello Donna, citando a Mir Puig, dice que "La antijuridicidad tenía un contorno normativo, ajeno al concepto naturalista que tenía el sistema. El positivismo, que imperaba en la época, hizo que la antijuridicidad no fuera otra cosa que la contrariedad al Derecho positivo, lo que llevó a su caracterización como formal."¹⁹⁷ Y por lo mismo, bajo el criterio del autor español el sistema en esa lógica se divide en una parte objetiva y una parte

194. Javier Jiménez Martínez, *Los elementos del delito*, Tomo III, op. cit. 45, 46p.

195. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal*, Tomo III, op.cit. 10p.

196. Han Joachim Hirsch, *Derecho Penal, Obras Completas*, Tomo IV, op. cit. 15p.

197. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal*, Tomo III, op.cit. 11p.

subjetiva, que debía ser la primera solo como algo descriptivo, en este caso, para el derecho tenía que ser lo objetivo y externo la tipicidad como la constatación de la acción con la ley y la antijuridicidad solo como la contrariedad a la ley, dejando lo subjetivo a la culpabilidad que debía solo aprehender y describir sin comprender ni valorar.¹⁹⁸

En forma posterior, evoluciona esta posición dogmática con el ingreso del neokantismo que recupera el sistema valorativo del derecho en opinión de Donna y el tipo penal actúa como indicio¹⁹⁹ de la antijuridicidad para luego entender si existen causas de justificación que eliminan la antijuridicidad, quedando la tipicidad sin ser afectada por las mismas; bajo esta concepción según Hirsch las causas de justificación actúan o están una a lado de la otra y la norma abstracta no puede ser limitada a través de suposiciones permisivas. Es por ello que, al actuar afectan a la antijuridicidad y no a la tipicidad como se había dicho.

Esta teoría, como se sostiene en un primer momento, requiere que la acción se realice. En primer lugar en el juicio de tipicidad que constituye adecuación del hecho a la norma penal o tipo penal encontraremos la tipicidad, esto ya implica que la acción es típica y es antijurídica. Lo que significa que la tipicidad funciona como indicio o como indicativo de la antijuridicidad. Para Donna, citando a Maurach, Zipf y Gôssel, el "efecto indiciario radica en la constatación de la antijuridicidad se transforma en una investigación de la licitud de la conducta, con el efecto de desvirtuar aquel indicio, pese haberse cumplido un tipo"²⁰⁰. Es decir, que debemos buscar si esa acción típica fue lícita o ilícita, si es lo primero debe haberse actuado conforme a las causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber) lo cual constituiría en una acción típica pero no antijurídica, pero si no se hizo con estas causas de justificación, recién ahí sería que la acción típica se puede considerar en antijurídica y se constituiría en un injusto.

Es por eso que en relación al bien jurídico, la acción típica constituye la afectación del mismo²⁰¹, que debe ser verificado si se lo lesiona o pone en

198. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal*, Tomo III, op.cit. 11p.

199. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal*, Tomo III, op.cit. 25p. Enrique Bacigalupo "Derecho Penal" Parte General, op. cit. 339p.

200. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal*, Tomo III, op.cit. 25p.

201. Gonzalo D. Fernández, *Bien jurídico y sistema penal*, op. cit. 160p.

peligro cuando se realice el juicio de antijuricidad²⁰² (ausencia de causas de justificación), es por eso que Zaffaroni y Donna concluyen que la antijuricidad es la antinormatividad sin causas de justificación²⁰³. Esta posición se podrá comprender cuando se trate la relación que tiene la antijuricidad con las normas de valoración y las normas de conducta o imperativas.

Por ultimo podemos concluir que la segunda posición dogmática es la más acertada en cuanto que si se elimina la antijuricidad no debe afectar la tipicidad, por cuanto se perdería la relevancia jurídica de la acción y además, en cuanto al error también se presentar dificultades en cuanto a su ubicación, por lo mismo estimo que la teoría del injusto personal que tenga relación con la del tipo penal debe aportarse en el Ecuador.

Conforme al análisis que podemos realizar del COIP, podemos encontrar que en primer lugar se sigue la teoría del tipo penal, por cuanto, en primer lugar, es la acción humana la que debe existir inicialmente, la misma que tiene relevancia jurídica penal, cuando es típica en ese momento se encuentra el elemento de que el tipo penal se convierte en un indicio, de la antijuricidad, y esta es cuando no existe causa justa, pero las causas de exclusión de la antijuricidad están claramente determinadas para eliminar la antijuricidad y no la tipicidad, por lo tanto no se puede aplicar la teoría de los elementos negativos del tipo penal, esto provoca, que hay que tener cuidado, cuando se da lectura, a Santiago Mir Puig, Diego Luzón Peña, etc. Defensores de esta última.

H. LA RELACIÓN DE LA ANTIJURICIDAD CON LA NORMA DESVALOR DE ACCIÓN Y DESVALOR DE RESULTADO.

Para seguir en el análisis de la antijuricidad, debemos hacerlo desde la norma. Habíamos mencionado que el Derecho Penal es un sistema de normas que regulan conductas que pueden afectar bienes jurídicos.

¿En qué consiste esta norma que regula conductas? Como lo sostiene Luiz

202. Gonzalo D. Fernández, Bien jurídico y sistema penal, op. cit. 161p.

203. Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Tomo III, op.cit. 42p. Eugenio Raul Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo III, op. cit. 562p.

Regis Prado, "el derecho, como fenómeno humano y cultural, fue creado y desarrollado por el hombre exactamente con el fin de regular su comportamiento en la sociedad, desarrollándose como un proceso histórico y social duradero, en el intento de conformar la realidad o la experiencia jurídica,"²⁰⁴ siendo construcción de índole racional que debe respetar los derechos de los miembros de esa sociedad, así como el orden social como el orden jurídico.

En el momento que sostenemos que es una construcción que pertenece a las ciencias de la cultura, aporte realizado por los neokantianos, esto hace que pertenezca "al universo de los valores, de la libertad, al del deber ser, especialmente al esfera del ser mientras debe ser, puesto que el derecho sólo puede comprender el ser referido al deber ser."²⁰⁵

Es decir, que siendo una realidad inmaterial o construcción del hombre, la "norma jurídica tiene existencia real en el mundo del ser el de la cultura, pero al mismo tiempo pertenece al mundo de los valores o del deber ser. La norma es un ser debido no un valor. Lo que hace esta norma es que encarna ciertos valores, aparece como la realización de los valores. Esto es porque los valores solo tienen existencia en forma de cualidades, características, de modo de ser. No tienen un ser independiente, pero son, de cierta manera traídos, sostenidos por los objetos en los cuales se realizan, estos objetos se convierten en su soporte."²⁰⁶ Esto justifica que las normas sean el resultado de que los destinatarios debamos cumplirlas y no solo observarlas como simples declaraciones.

¿Cómo nos ayuda esta construcción en el Derecho Penal? En primer lugar, debemos entender en la construcción que hemos planteado en esta investigación, que conforme al garantismo debe su intervención mínima en la protección de bienes jurídicos que son valores, que por sí solos no se pueden sostener y por lo mismo requieren soportes que son las normas jurídicas que están contenidas en el texto legal, es por esa razón que debemos hacer una diferencia cuando hablamos de tipo penal, hacemos una relación con el principio de legalidad; esto tiene íntima relación con el texto legal que el legislador fija en un cuerpo legal como el Código Penal, en ese texto legal se describen los elementos seleccionados por la técnica legislativa que se utiliza para de-

204. Luiz Regis Prado, Norma penal como norma de conducta, op. cit. 11p

205. Luiz Regis Prado, Norma penal como norma de conducta, op. cit. 11p.

206. Luiz Regis Prado, Norma penal como norma de conducta, op. cit. 12p.

terminar la conducta que se está regulando como supuesto de hecho o hipótesis que se imagina o como construcción ideal u ontológica que pueda suceder en contra del bien jurídico.

Sigamos explicando en qué consiste ésta como norma jurídica. Ya hemos dicho que tiene una realidad en el ser y que es el deber al constituirse en el soporte del bien jurídico, pero ¿cómo se estructura por parte de los autores ecuatorianos? Jorge Baquerizo Minuche y Erick Leudchner Luque sostienen sobre el primer elemento de la estructura de la norma jurídica, que es “un mandato, orden o prescripción que no debe ser identificada con el texto de la ley. Desde el prisma ontológico, una cosa son los enunciados normativos escritos en los textos legales, y otra cosa son las normas jurídicas. Una norma jurídica es el significado de un (os) enunciados (s) normativos (s), o mejor dicho, el significado extraído del texto jurídico.”²⁰⁷

Estos autores, mencionan que la norma jurídica es una construcción ontológica ideal²⁰⁸, es una inferencia lógica del texto legal, que solamente cuando realizamos la interpretación podemos darle una realidad y descubrir integralmente los textos legales, no es la simple lectura reprimida literal de los textos legales.

Esto quiere decir con la interpretación, que podremos saber si es prescriptiva de mandato o prohibición. Por ejemplo, en el caso de los derechos a la libertad personal, el texto legal es el enunciado de las ideas que fueron descritas en la Constitución “Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.”²⁰⁹ Así mismo tenemos el “derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.”²¹⁰

Estas normas constituyen principios que tienen la categoría de norma jurídica con características prescriptivas, generales, abstractas, para poderlas aplicarlas. Primero debe existir el caso en concreto, esto es, debe existir la violación de un derecho y en ese momento debemos interpretarla para determinar

207. Jorge Baquerizo Minuche y Erick Leudchner Luque. *Sobre Neconstitucionalismo*, op.cit. p.59

208. Rafael Hernández Marín, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. 2da. Edición, Madrid, editorial Marcial Pons, 2002, 45p. ISBN 84-7248-971-X.

209. Art. 66, numeral 29 literal d) de la Constitución.

210. Art. 66 numeral 4 de la Constitución de la República.

el contenido del derecho y por lo mismo se podrá aplicar la norma constitucional, siendo esta aplicación indirecta bajo el modelo de Zagrebelsky.²¹¹

Por qué se entiende así el derecho, en el momento que la afirmación del Doctor Donna, que los neokantianos recuperaron la valoración en el derecho, esto implica que en la filosofía del lenguaje, el derecho es considerado prescriptivo, por cuanto se busca orientar o regular o espera la conducta de alguien, ya no solo verlo al derecho como algo descriptivo como lo analizaba el positivismo, es por eso que la estructura de esta norma se encuentra compuesta por el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, esto podemos inferir de la interpretación que hacemos del texto legal como nos dicen los autores ecuatorianos, por ello podemos indicar que son normas de mandato o de prohibición (delitos dolosos de acción u omisión), o si son normas permisivas (causas de justificación) o de obligación (delitos imprudentes).

Es por ello que la norma jurídica es una norma de valoración, de conducta y de motivación. Para explicar este cometido existen dos teorías:

La primera es la monista²¹² que se sustenta en el ilícito personal y en las normas de determinación que más adelante se explicarán. Esta teoría hace hincapié solamente en el desvalor de la acción, por cuanto considera que el resultado es una condición objetiva de punibilidad, es por ello que el mismo no le comprende a la acción o no es una consecuencia de la misma, sino que en esa condición ellos lo consideran como algo que aparece por el azar, por esta razón esta teoría subjetivista admite la tentativa inidónea y los delitos de peligro abstracto.

La segunda teoría es la dualista. de resultado, es decir, que esta teoría que responde a la teoría del injusto personal, en crítica al positivismo que se requería la existencia del resultado solo se preocupó de aquello, en ese sentido por ejemplo para Carrara debía existir el resultado para que exista daños, se puede observar de la definición de delito de este autor. Con el aporte de Hans Welzel, este autor introduce el elemento subjetivo en el tipo penal ya que hace hincapié tanto en la acción humana desde un punto de que se debe

211. Gustavo Zagrebelsky, *La Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Miguel Carbonell compilador, La Constitución y sus normas, op.cit.80p, ss. El autor hace una diferencia entre normas de aplicación directa y de aplicación indirecta (de principios, de eficacia diferida y programática).

212. Xavier Esteban de la Fuente, *Aspectos Subjetivos*, op.cit. 87p

observar como es está sin alteraciones por el observador, es decir es el objeto de valoración y que determina el método, por ello se constituye en como base de la teoría y en el resultado que es parte de la acción.

Por eso en este sentido Xavier de la Fuente sostiene que al adherirse a esta teoría de la acción final o voluntaria²¹³ o de resultado, es vista como la estructura personal (objetiva-subjetiva) de la tipicidad y de la antijuricidad no como una cuestión ontológica (que deba derivarse de la realidad) sino una opción normativa y valorativa. Esto quiere decir para el mismo autor, que el hombre se comporta siempre en forma final porque en la realidad (en el ser), selecciona metas o fines con arreglo a diversas motivaciones. Pero otra cosa completamente distinta es el análisis dogmático y normativo que se realice respecto de esa conducta. Se puede partir del concepto final de la acción y, sin embargo, por razones metodológicas o sistemáticas, considerar que el aspecto objetivo de la acción tiene que ser analizado en lo injusto y el subjetivo en la culpabilidad.²¹⁴

Continuando con este autor, si se acepta una concepción personal sobre el injusto y se analiza el dolo dentro de la tipicidad, lo que tiene que ver con la aptitud psíquica del autor, con los motivos y con su capacidad para comprender la ilicitud de su conducta, no forma parte del injusto sino en el juicio de la culpabilidad.²¹⁵ Es por ello que en esta teoría en forma lógica, se puede decir que el injusto sustentado en la naturaleza personal de lo ilícito, puede extraerse del carácter imperativo de la norma jurídica, es decir, de su consideración como norma de determinación dirigida a motivar la conducta de los hombres para que se abstenga o hagan lo que la norma le prescribe en la descripción contenida en el texto legal.

Esta norma jurídica es una norma imperativa o de conducta, bajo el criterio de Edgardo Alberto Donna, se encuentra en forma implícita y precede al tipo penal o ley penal, así mismo ésta es precedida por el bien jurídico que tutela.²¹⁶ Es así que existe la norma imperativa que manda o prohíbe conductas, pero al mismo tiempo también realiza valoraciones tanto positivas como negativas, cuando el autor del delito afecta esta norma jurídica la está atacando a

213. Hans Joachim Hirsch, *Derecho Penal, Obras Completas*, Tomo III, op. cit. 234p.

214. Xavier Esteban de la Fuente, *Aspectos subjetivo*, op cit. 60p.

215. Xavier Esteban de la Fuente, *Aspectos subjetivo*, op cit. 63.

216. Edgardo Alberto Donna, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo III, op. cit. 38, 39p.

toda la norma, es por ello que no se puede desvincular las dos normas, ya que “son dos funciones o dos aspectos de una sola norma”.²¹⁷

Es en razón de lo anterior, que la norma no puede ser explicada por sí misma en su contenido, sin relacionarla o sin establecer ninguna referencia con el bien jurídico involucrado, como habíamos sostenido es el soporte del bien jurídico y por lo mismo esa interpretación teleológica debe guiar a la construcción dogmática como interpretación interna del derecho, por ese motivo que Xavier de la Fuente citando a Juan Bustos Ramírez, refiere a este punto que “es necesario buscar el eje de referencia de la regla jurídica, que es justamente el bien jurídico”.²¹⁸

Concluye De la Fuente que si la norma en que se basa el injusto no sólo establece prohibiciones y mandatos, sino que también valora bienes jurídicos, fácil resulta concluir que lo injusto debe integrarse por el desvalor de acción y por el desvalor del resultado.²¹⁹ Para el autor alemán Hirsch “no son dos conceptos básicamente situados uno al lado del otro, sino que en el delito doloso de resultado el desvalor de resultado constituye la conclusión material del desvalor de acción”.²²⁰

El desvalor de acción bajo la opinión de Hirsch²²¹ se sostiene hasta la consumación del delito, en ese momento la norma de determinación o imperativa fueron violadas por la acción u omisión que esta contenida en la norma jurídica. Además, si se consiguió el resultado típico y con ello la lesión o se puso en peligro el bien jurídico se produce el desvalor del resultado por parte del autor del delito. Es por ello que en conjunto afecta las dos funciones de la norma jurídica que habíamos hablando anteriormente. Se puede considerar que existe una conducta antijurídica o injusta. Como lo sostuvo Zaffaroni esta es la suma de la antinormatividad o desvalor de acción y la no presencia de causas de justificación.

Existe en la dogmática la discusión de entender a esta conducta antijurídica desde el punto de vista de la antijuricidad formal y de la antijuricidad

217. Xavier Esteban de la Fuente, Aspectos subjetivo, op cit. 64p

218. Xavier Esteban de la Fuente, Aspectos subjetivo, op cit. 107p.

219. Xavier Esteban de la Fuente, Aspectos subjetivo, op cit. 107p.

220. Hans Joachim Hirsch, Derecho Penal, Obras Completas, Tomo III, op. cit. 248p.

221. Hans Joachim Hirsch, Derecho Penal, Obras Completas, Tomo III op. cit 248p.

material.

Hirsch, conforme lo cita Donna²²², critica la antijuricidad material por cuanto considera que puede ser una forma de eliminar la antijuricidad formal y además, que el concepto de la antijuricidad material tiene un origen político criminal que genera la primera consecuencia anotada.

Claro está que los defensores de la visión contraria son Von List, Roxin que determinan la existencia de la antijuricidad formal y de la antijuricidad material. Ellos dicen que las funciones que tiene la antijuricidad material son delimitadoras, ya que nos ayudan a entender y determinar el contenido de las causas de justificación, así como su función primaria; como se ha indicado es la protección de los valores y fines que la norma y los tipo penales tiene como base y núcleo duro de su tutela como son los bienes jurídicos, entre otras.²²³ Donna, se limita a exponer que se debe considerar el punto de Hirsch en forma más amplia, en cuanto a la crítica de la antijuricidad material. Hay que tomar en cuenta que este autor alemán no defiende los bienes jurídicos como protección del Derecho Penal.

Bajo mi juicio sí existe la norma de valoración tanto positiva de los bienes jurídicos que son afectados por el resultado de la acción del autor del delito, como la valoración negativa de las conductas que contrarían las normas imperativas y con ello afectan el bien jurídico. Hacen que tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado cumplan funciones complementarias y al mismo tiempo esenciales entre ellas, con ello, al momento en que no exista el resultado que afecte el bien jurídico, no estaríamos en la capacidad de que exista una antijuricidad, tomando en cuenta la posición de Bustos Ramírez, Xavier de la Fuente y de la doctrina dominante que el Derecho Penal lo que tutela son bienes jurídicos; por ello la norma debe cumplir con sus funciones de protección. Además, en apoyo a esta posición personal, la autora Alicia Gil Gil, nos dice "...El desvalor del resultado tiene la función de conectar la conducta contraria a la norma con la función de dicha norma..."²²⁴ Claro que la autora explica mas adelante que ella niega la norma de valoración ya que

222. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo III, op cit. 23,24p.

223. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo III, op cit. 22, 23,24p.

224. Alicia Gil Gil, "Sobre la pertenencia del desvalor del resultado al injusto", *Libro Homenaje a Hans Welzel*, Directores Hans Joachim Hirsch, José Cerezo Mir y Edgardo Alberto Donna, 1era. Edición, Santa Fe- Argentina, Editorial Rubinzal Culzoni, 2005, 404p. ISBN 950-727-662-9.

solo existe la norma de determinación.

En el caso de la tentativa debemos explicar que existe una puesta en peligro del bien jurídico, en el caso en concreto debemos analizar que sea un peligro real al bien jurídico. Ya que José Cerezo Mir, dice que la ausencia del desvalor del resultado no determina (...) la licitud de la conducta.²²⁵ Es por ese motivo que se debe admitir la antijuricidad material, ya que con ello se evita los delitos de peligro abstracto y la tentativa inidónea que son instituciones jurídicas que no afectan bien jurídico alguno, además con ello podemos descartar posiciones extremas sean estas subjetivistas u objetivistas. Además, nos damos cuenta de mejor manera la posición de protección de los bienes jurídicos en las causas de justificación.

I. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN, SUS ELEMENTOS SUBJETIVOS Y LA DIFERENCIA CON LOS ÁNIMOS.

Como hemos explicado al tomar la posición del injusto personal y que la tipicidad es un indicio de la antijuricidad, esto hace que exista primero el análisis en forma separada; posteriormente debemos realizar la comprobación de la existencia de las causas de justificación, con ello si existen se eliminará la antijuricidad quedando una conducta típica no justificada;²²⁶ en consecuencia la conducta es lícita; al contrario existirá la misma. Las causas de justificación están a lado de la tipicidad y no la condicionan como en la teoría de los elementos negativos del tipo.

Para justificar las causas de justificación y los elementos subjetivos, debemos partir de la teoría de la norma imperativa. Esta menciona que existen las normas de excepción. Donna,²²⁷ citando a Karl Binding, dice que es a partir de esta teoría de la norma que se puede explicar y construir dogmáticamente el tema de las normas y de las excepciones a los mandatos o prohibiciones. El autor alemán manifestaba que la comprobación que el delincuente con su conducta cumple de manera exacta la descripción del tipo penal. Luego, la pena por ese cumplimiento se debe a que existe una violación de la norma

225. José Cerezo Mir, *Derecho Penal, Parte General*, 1era. Edición, Buenos Aires, Editorial IB de F 2008, 502p. ISBN 978-9974-676-06-0. (edición americana).

226. José Cerezo Mir, *Derecho Penal, Parte General*, op.cit. 504p.

227. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal Parte General*, Tomo III, op. cit. 38p.

jurídica implícita que protege al bien jurídico, es por ello que en palabras de Donna pero siguiendo al profesor alemán, esto lleva a que se presuponga lógicamente la existencia de la norma, que es lo que realmente el delincuente transgrede y que es conceptual y lógicamente anterior a la ley penal o al tipo delictivo.

Además, esta norma debe ordenar y motivar a los destinatarios en forma incondicional, es decir que sus mandatos o prohibiciones son órdenes que deben motivar al mismo a su cumplimiento absoluto, ya que son imperativas y en consecuencia es incondicional en los casos de normalidad, pero existen conflictos que se dan en la realidad, que se contraponen y son situaciones anormales que son de excepción. Binding dice que junto al matar prohibido existe el matar permitido. Pero debe dejar en claro que ante esta situación la norma no pierde su carácter incondicional. Explica Donna, que ante esta situación, el autor alemán dice, que el bien jurídico deja o renuncia a la protección normativa o retrocede ante la presión que ejercen sobre él intereses más importantes en el caso en concreto, de modo que no se da la exigencia de protección al bien jurídico, ni de mantener el desvalor en el caso de ataque.²²⁸

Es por ello que las causas de justificación, siguiendo a Gössel, Donna nos explica que las causas de justificación son “metanormas” que vienen a regular la colisión entre bienes jurídicos que se encuentran en conflicto entre sí. Pero no existe un conflicto formal, sino un conflicto material, pero no dirigen de ningún modo instrucciones de acción a los afectados por el conflicto, es por esa razón que no son ni mandatos ni prohibiciones. Es por ello que citando Donna a Triffterer, dice que las causas de justificación son normas autónomas y de permisión que actúan independientemente de las normas de conducta que hacen retroceder a éstas derogando las prescripciones impuestas.²²⁹ Las causas de justificación, son vistas por otros autores de diferente manera, pero por la extensión del tema no es posible abarcarlas,²³⁰ es por ello que hemos tomado posición por lo expuesto.

En ese sentido debemos ver a las causas de justificación dentro de la teoría

228. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal Parte General*, Tomo III, op. cit. 40p.

229. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal Parte General*, Tomo III, op. cit. 33, 34p. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal*, Parte General, 1era. Edición, Buenos Aires Argentina, Editorial Ediar, 2000, 572, 573p. ISBN 950-574-144-8.

230. Ver las formas que los autores las entienden en José Cerezo Mir, *Derecho Penal*, Parte General, op.cit. 507p.

del injusto personal. Como hemos explicado en todo el trabajo, si partimos de la acción final, ésta tiene dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo, es por ello que al ser proyectado hacia las demás categorías o criterios de imputación éstas en coherencia deben tener el mismo contenido, por lo tanto la presencia de elementos subjetivos en las causas de justificación es sustentable. Porque en ese momento tenemos el objeto de la valoración que es el comportamiento del ser humano y al momento en que le encontramos el contenido del mismo hacemos la valoración de ese objeto. Esa valoración es la finalidad con la que el hombre se conduce dentro de las normas del derecho.

Pero existe otra corriente que se la conoce como la teoría objetivista que no admite los elementos subjetivos en las causas de justificación a pesar de que defiende el injusto personal. El principal exponente es Eugenio Raúl Zaffaroni, quien es criticado por Edgardo Alberto Donna, Alicia Gil Gil y Esteban Xavier de la Fuente. Citados por Xavier de la Fuente, dice que Zaffaroni, Alagia y Slokar, autores objetivista dicen: "...se impone distinguir entre antijuricidad objetiva e injusto objetivo, domina hoy ampliamente el reconocimiento de su naturaleza compleja (objetiva y subjetiva, todas vez que se trata de una conducta humana. En cuanto a la antijuricidad (desvaloración que convierte a la conducta típica en injusto) (...) se determina conforme a un juicio predominantemente fáctico y no valorativo: el juicio subjetivo (valorativo) viene hecho por la ley (en cuyo concepto, por supuesto, se abarca la Constitución), que se limita a concretarlo con la derogación de un ámbito de libertad constitucional y la consiguiente afirmación definitiva de la prohibición por ausencia de un permiso legal que mantenga ese originario status normativo..."

En contra de la teoría de los elementos subjetivos de justificación estos autores señalan: "Cuando se construye el concepto de antijuricidad como juicio que verifica que un precepto permisivo confirma la vigencia de un ámbito de ilicitud o libertad, la exigencia de cualquier elemento subjetivo en la justificación aparece totalmente innecesaria e incluso aberrante en un Estado de Derecho: nadie tiene que conocer en qué circunstancias actúa cuando está ejerciendo un derecho, pues el ejercicio de los derechos no depende de que el titular sepa o no sepa lo que está haciendo. En rigor, el que se imagina estar cometiendo un injusto cuando en realidad está ejerciendo un derecho, sólo incurre en un delito en su imaginación, porque no habrá nunca un injusto en el mundo real. La impunidad del delito putativo o imaginario no es discutible

y, por ende, no puede pensarse en excluir la justificación cuando ésta existe. La única posibilidad de requerir los elementos subjetivos de la justificación es hacer recaer el desvalor de la antijuricidad sobre el animus desobediente a la voluntad del Estado: por esta vía se llega a la conclusión de que sólo existe un bien jurídico, que es la voluntad estatal o, lo que es lo mismo, el consiguiente derecho a exigir obediencia del súbdito...²³¹. Estos autores parten, según la nota en su crítica, que quienes defienden los elementos subjetivos en la causa de justificación son los que parten de la prohibición que es derogada por la justificación y en ese ámbito es consistente la construcción compleja. Pero ellos parten de la no prohibición que se le da una igualdad al permiso, es por ello que no importa que el actuante conozca lo que hacía.

Los autores citados a pesar de que parten del injusto personal que tiene la construcción compleja de objetivo subjetivo, en forma consistente deben ser en las causas de justificación, pero éstos no admiten, ya solamente hacen hincapié en el desvalor del resultado, por ello se les puede ubicar desde una visión causalista u objetivista, sin importarles el equilibrio que debe existir con el desvalor de acción.

Siguiendo con la posición que hemos defendido en este trabajo, debemos analizar en qué consisten los elementos subjetivos de la causa de justificación. Según Cerezo Mir, es en la doctrina alemana en donde "... se puso de manifiesto que, del mismo modo que existen elementos subjetivos de lo injusto en los tipos, es necesario apreciar la existencia de elementos subjetivos en las causas de justificación...la opinión dominante considera que el ánimo o voluntad de defensa es un elemento de la causa de justificación de la legítima defensa ..."²³² En ese mismo sentido, Esteban Righi, "...Establecido el finalismo como concepción dominante, se sostuvo que para admitir que un comportamiento es lícito, es necesario que concurren conjuntamente tanto presupuestos objetivos como los subjetivos de la justificación...La solución era consecuente con un concepto de injusto según el cual el Derecho Penal no se limita a valorar y desvalorar resultados, sino que también valorar y desvalorar acciones humanas..."²³³.

Nos dice Alicia Gil Gil, que existen dos corrientes dentro de esta teoría:

231. Xavier Esteban de la Fuente, Aspectos subjetivos op.cit. 34 y 35p. Zaffaroni, Alagia Y Slokar, Derecho Penal. Parte General, op. cit. 572,573p.

232. José Cerezo Mir, op cit. Pág. 509.

los que reducen los elementos subjetivos al conocimiento de los elementos objetivos de las causas de justificación; y quienes, por el contrario, exigen conciencia y voluntad; provienen por lo general de las correspondientes concepciones diferentes del dolo²³⁴.

Como defensores, de la primera posición están Stratenwerth cuando nos expresa "los elementos subjetivos de la justificación constituyen la contrapartida de los elementos subjetivos del tipo, queda confirmado que, en el ámbito de los delitos dolosos, forman parte de toda causa de justificación. No existe allí exclusión plena del ilícito sólo en virtud de circunstancias objetivas desconocidas por el autor..."²³⁵. En esa misma línea Roxin, "la justificación es en principio suficiente que el sujeto actúe objetivamente en el marco de lo justificado y subjetivamente con el conocimiento de la situación de la situación justificante (...) No es necesario que el sujeto obre además en virtud de la finalidad de justificación"²³⁶.

La segunda, Donna al explicar su posición con sus afirmaciones mantenidas en su obra, refiere que debe partirse de la imputación del resultado a un sujeto libre siempre que haya sido quien haya dominado el curso causal, además, por haber tomado en cuenta el injusto personal como consecuencia de lo anterior "no hay otra alternativa, frente a la posición teórica antes mencionada, se debe aceptar que el resultado forma parte de la acción dominada por la voluntad del sujeto (...) en consecuencia, quien se defiende, sin saber que existe una agresión ilegítima y menos aún con la voluntad de hacerlo, más allá de sus motivos personales"²³⁷. En ese mismo sentido Xavier de la Fuente, sostiene que el elemento de cognitivo debe comprender los elementos

233. Esteban Righi, "Derecho Penal" Parte General, 1era. Edición, Buenos Aires, Editorial LexisNexis, 2008, 246p ISBN 978-987-592-244-0. Günther Stratenwerth, "Derecho Penal" Parte General I, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, 1era edición, Navarra- España, 2000, 222p. ISBN 84-470-2396-6. Pero este autor sigue solo la presencia del elemento cognitivo mas el volitivo sino en ciertos casos

234. Alicia Gil Gil, "Ausencia del elementos subjetivos de justificación", 1era. Edición, Santa Fe, editorial Rubinzal-Culzoni, 2006, 25p. ISBN. 950-727-703-X, DE LA FUENTE, Aspectos subjetivos op cit. 128p.

235. Günther Stratenwerth, "Derecho Penal" Parte General I, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, op. cit. 223p. en ese mismo sentido Esteban Righi, Derecho Penal" Parte General op. cit. 246p. Claus Roxin, Tratado de Derechos Penal, Traducción Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz, Javier de Vicente, op. cit. 596p.

236. Claus Roxin, Tratado de Derechos Penal op.cit. 597p.

237. Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, op. cit. 107p.

objetivos de las causas de justificación, en la legítima defensa son la agresión actual ilegítima, la necesidad racional del medio empleado y la falta de provocación y así como también debe existir el elemento voluntad, que consiste en la finalidad de defender y como consecuencia valorar a favor del bien jurídico.²³⁸ Así menciona, en opinión de Donna, que es novedosa la posición del autor citado.²³⁹

Con las visiones anotadas, debemos tomar posición por la segunda, ya que como hemos manifestado en líneas anteriores, hemos partido del injusto personal, que es una construcción compleja de lo objetivo y subjetivo, como consecuencia, comprende el desvalor de acción y el desvalor del resultado, toma en cuenta para el análisis la teoría del dolo que sustente nuestro tipo subjetivo en la tipicidad que es la contra partida. Es por ello que estos elementos subjetivos deben tener tanto el conocimiento como el elemento voluntad.

Para terminar este trabajo debemos establecer la autonomía entre los motivos y los elementos subjetivos de las causas de justificación. Como bien lo manifiesta Edgardo Alberto Donna, no importa los motivos personales, lo importante es que haya tenido la finalidad o la voluntad de defender, es decir, en la palabras de De la Fuente, haya tomado la decisión de valorar el bien jurídico al momento de defenderse o a un tercero.

Pero en qué consisten los motivos, Donna nos dice que “una cosa son los motivos éticos, los sentimientos de las personas y otra, el conocer y actuar volitivamente en las causales de justificación.”²⁴⁰ En ese mismo sentido Alicia Gil Gil, manifiesta que “En efecto, los móviles o motivos del autor no tienen ningún papel que jugar en lo injusto ni en lo justificante (...) la voluntad rectora de la acción, la finalidad, no tiene nada que ver con móviles o motivos y que es aquella y no éstos lo que exigimos como elemento subjetivo de justificación.”²⁴¹

Donna, siguiendo a Lersch, dice que la acción final tiene cuatro fases: “a.- La primera es la concienciación y fijación de metas, que puede hacerlo mediante la representación, y de allí las convierte en su propósito o intención

238. Xavier Esteban de la Fuente, Aspectos subjetivos, op cit. 139, 167p.

239. Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, op. cit. 96p.

240. Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, op. cit. 96p.

241. Alicia Gil Gil, La ausencia del elemento, op cit. 26p.

(...) b. la segunda fase se da cuando, ahora, la voluntad ordena que ella se cumpla (...) c. la fase siguiente consiste en lo que Lersch llama la organización de la ejecución, y que es lo que la distingue de las acciones impulsivas. Es el planeamiento. Él trata de que el sujeto reflexione y elija los medios adecuados para alcanzar la meta que se había propuesto (...) d.- Finalmente, la acción voluntaria exige, para que se pueda decir que ella es libre, que entre el impulso y la realización del acto se produzca lo que se llama la censura o la concienciación, es decir, que deben existir unas vallas que lo racionalicen.”²⁴²

En razón de lo anterior, no se debe confundir los deseos o motivos con la voluntad; los primeros, según la psicología clásica, es parte del acto voluntario en la fase de representación que en el mundo consciente o incluso procedente del inconsciente, de un deseo, una tendencia, un plan²⁴³. Es decir, se encuentra en la primera fase de la acción voluntaria, esto es, en la fase de los impulsos o, como dice Donna, son cuestiones éticas o solo se quedan en sentimientos. Como consecuencia la diferencia es que la acción voluntaria debe comprender todas las fases que hemos tomado como punto de partida. Debemos agregar que esto significa la voluntad de realización con el contenido de la finalidad, es decir, el dominio del curso causal. Lo que no tiene ni los motivos ni los deseos, que son una situación pasiva no activa como es la voluntad.

Por esa razón tanto Edgardo Donna,²⁴⁴ Alicia Gil,²⁴⁵ y Javier De la Fuente nos explican “El elemento subjetivo de justificación resulta plenamente compatible con otros móviles especiales como el odio, la venganza, el ánimo de lucro (...) Lo importante es que el autor conozca la situación objetiva de justificación y que se decida a favor del bien jurídico, aunque paralelamente persiga otros fines adicionales”.²⁴⁶ Así mismo, este autor, citando a Hirsch, aclara que “el elemento subjetivo de justificación rige también cuando la ira, sed de venganza y asco juegan un rol preponderante en el hecho”.²⁴⁷

242. Edgardo Alberto Donna, “Derecho Penal”, Parte General, Tomo II, op. cit. 175,176p.

243. Juan Carrasco Gómez, José Maza Martín, “Siquiatría Legal y Forense”, 3era. edición, Las Rozas-Madrid-España, Editorial La Ley, 2005, 123p. ISBN 84-9725-604-2.

244. Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, op. cit. 88p.

245. Alicia Gil Gil, “Ausencia de los elementos subjetivos, op. cit. 18p.

246. Xavier Esteban de la Fuente, Aspectos Subjetivos, op.cit. 170p.

247. Xavier Esteban de la Fuente, Aspectos Subjetivos, op.cit. 171p.

Lo importante es que se desprende del análisis y de la justificación que hemos mantenido durante el presente trabajo, se entienda que los elementos subjetivos como el conocimiento y la voluntad y en especial, como mantiene De la Fuente, la decisión de realización de defender o valorar el bien jurídico, sin importar los motivos extraños que pueda tener el autor de esa justificación son diferentes de los ánimos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBAN GOMEZ, Ernesto, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, 1era edición, Quito, editorial Corporación Myl, 2005, 66p. ISBN 9978-81-050.
- ALCACER GUIRAO, Rafael, Los fines del Derecho Penal: Una aproximación desde la filosofía política, 1era. Edición, Bogotá, Editorial U. Externado de Colombia, 2004. ISBN 958-616-873-5.
- ANTOLISEI, Francesco, Manual de Derecho Penal Parte General, Argentina, Traducción Juan del Rosal y Angel Torio, Buenos Aires-Argentina, editorial UTHEA, 1960. Depósito legal en la República de Argentina.
- AGUDELO BENTACUR, Nodier, Estudio preliminar de Delitos y Penas de Cesare de Beccaria, 3era. Edición, Bogotá, editorial Temis, 2003. ISBN 958-35-0269-3.
- ANSUATEGUI ROIG, Francisco J., De los derechos y el Estado de Derecho, Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos, 1ra. Edición, Bogotá, Editorial U. Externado, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho Nro. 47, 2007. ISBN 978-958-710-247-5.
- BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal Parte General, 1ra. Edición, Lima Perú, Editorial ARA, 2004. ISBN 9972-626-44-X.
- BACIGALUPO, Enrique, Concepto de Bien jurídico y límites del Derecho Penal, editores: Eduardo Montealegre Lynett, José Antonio Caro John, El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje a Gunther Jakobs, 1era edición, Bogotá-Colombia, editorial U. Externado de Colombia, 2008, ISBN 978-958-710-325-0.
- BALCARE, Fabián, Antijuricidad penal, principios generales, 1era. Edición, Córdoba – Argentina, editorial Mediterranea, 2001.
- BAQUERIZO MINUCHE, Jorge y LEUSCHNER LUQUE, Erick, Sobre Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación, Notas desde la teoría y la filosofía del Derecho”, estudio introductivo de Jorge Zavala Egas, 1era. Edición, Lima, editorial EDILEXS.A, 2011, 52p. ISBN 978-9942-03-495-3.
- BIRNBAUM, Johann Michael Franz, Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito, traducción José Luis Guzmán Dalbora, 1era edición, Buenos Aires, editorial IB de F, 2010. ISBN 978-9974-676-38-1.
- BOBBIO, Norberto, El problema del positivismo jurídico, traducción Ernesto Garzón Valdés, 10 ma. Era, reimpresión, México, editorial Fontamara, 2009, 25p. ISBN 978-968-476-137-7.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan, Obras Completas, Tomo I, Lima-Perú, Editorial ARA Editores, 2005. ISBN 9972-626-56-3. (tomo I).
- CAÑAR LOJANO, Luis, Comentario al Código Penal de la República del Ecuador, Tomo II, 1era. Edición, Cuenca-Ecuador, editorial impresora Rocafuerte, 2003, 242p. ISBN 9978-43-310-4. ISBN OBRA COMPLETA 9978-43-309-0.
- CARRASCO GOMEZ, Juan, MAZA MARTIN, José, Siquiatría Legal y Forense, 3era.

- Edición, Las Rozas-Madrid-España, Editorial La Ley, 2005. ISBN 84-9725-604-2.
- CERESO MIR, José, Derecho Penal, Parte General, Editorial IB de F, Buenos Aires, año 2008. ISBN 978-9974-676-06-0. (Edición americana).
 - CURY URZUA, Enrique, Derecho Penal, Parte General, 9na edición, Santiago de Chile, editorial Universidad Católica de Chile, 2009. ISBN 956-14-0808-2.
 - DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, parte general, Tomo I, 1era. Edición, Santa Fe-Argentina, Editorial Rubinzal Culzoni, 2006, ISBN-10: 950-727-771-4 (obra completa) ISBN-13: 950-727-772-6 (edición en rústica).
 - DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Teoría general del delito, 1era. Edición, Santa Fe- Argentina, Editorial Rubinzal Culzoni, 2008. ISBN 978-950-727-894-5 (edición rustica).
 - DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, 1era. Edición, Buenos Aires, editorial Rubinzal-Culzoni, 2008. ISBN 978-950-727-771-9 (obra completa), 978-950-727-892-1 (edición rustica).
 - DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo IV, 1era. Edición, Santa Fe, Editorial Rubinzal- Culzoni, 2009. ISBN 978-950-727-972-0.
 - DONNA, Edgardo Alberto, La peligrosidad en el Derecho Penal, Ensayos jurídicos 24 1era. Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1978, depósito de ley 11.723.
 - DONNA, Edgardo Alberto, La autoría y la participación, 3era. Edición, Buenos Aires, editorial Rubinzal Culzoni, 2009, ISBN 978-987-30-0043-0.
 - DE LA FUENTE, Xavier Esteban, Aspectos subjetivos de las causas de justificación, 1era. Edición, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2008. 512p. ISBN 978-950-727-936-2.
 - FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan, Principios y Normas Rectores del Derecho Penal, 1era. Edición, Bogotá, editorial Leyer, 1998. ISBN 958-690-148-3.
 - FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan, Derecho Penal Fundamental, Tomo I, Introducción al Derecho Penal, Segunda reimpresión de la segunda edición, Bogotá- Colombia, editorial Temis, 1995. ISBN 958-604-180-8.
 - FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan, Derecho Penal Fundamental, Tomo II, Segunda reimpresión, Santa Fe de Bogotá, Colombia, editorial Temis, 1995. ISBN 84-8272-363-4.
 - FERNANDEZ, Gonzalo D., Bien jurídico y sistema del delito, 1era, edición, Buenos Aires, editorial B de F editores, 2004, ISBN 9974-578-33-7.
 - FERRAJOLI, Luigi, Democracia y garantismo, traducción de Perfecto Ibañez, Rodrigo Brito Melgarejo, Antonio de Cabo, Gerardo Pisarello, Cristina Curtis, Marina Gastón, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya, Pedro Salazar y Corina Yturbe. Edición Miguel Carbonell, La democracia constitucional, Valencia, editorial Trotta, 2008, ISBN 978-84-9879-005-4.
 - FERRAJOLI, Derecho y Razón, traducción de Perfecto Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan

Carlos Bayón, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantero, prologo Norberto Bobbio, 5ta edición, Barcelona, editorial Trotta, 2001, ISBN: 84-8164-495-1

- FERRAJOLI, Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia.1. Teoría del Derecho, traducción de Perfecto Ibañez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchis y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, editorial Trotta, 2011. ISBN 978-84-9879-175-4. (OBRA COMPLETA). 978-84-9879-176-1 (volumen I).
- FERRAJOLI, Poderes Salvajes, traducción de Perfecto Ibañez, 1era. Edición, Barcelona, editorial Trotta, 2012. ISBN 978-9879-207-2.
- FERRAJOLI, El garantismo y la filosofía del derecho, serie de teoría jurídica y filosofía del derecho nro. 15, Traducción Gerardo Pisarello, Alexei Julio y José Manuel Díaz, 1era. Reimpresión, Bogotá, editorial Universidad Externado de Colombia, 2001. ISBN 958-616-462-4.
- FRISCH, Wolfgang, ROBLES PLANAS, Ricardo, Desvalor e imputar nro.2, Estudios y Debates de Derecho Penal, dirigida por Jesús Silva Sánchez, 2da. Edición, Buenos Aires, editorial IB de f, 2006. ISBN 9974-578-73-6.
- FRISTER, Helmut, Derecho Penal, traducción a la 4ta. Edición de Marcelo Sancinetti, 1era. Edición en castellano, Buenos Aires, Editorial Hamurabi, 2011. 234p. ISBN 978-950-741-539-8 edición rustica.
- GUASTINI, Nicolás, Neoconstitucionalismo", artículo "La constitucionalización del ordenamiento jurídico" Edición de Miguel Carbonell, 4ta. Edición, Barcelona, Editorial Trotta, 2009, ISBN 978-84-8164-573-6.
- GUASTINI, Nicolás, Interpretación, Derecho y Estado, Colección de Filosofía y Teoría del Derecho, 1era. Edición, Lima, editorial ARA. ISBN 978-9972-238-69-7.
- GRACIA MARTIN, Luis, Fundamentos del Sistema del Derecho Penal, 1era. Edición, Quito, Editorial Cevallos, 2011, ISBN 13: 978-9978-392-13-3.
- GIL GIL, Alicia, Sobre la pertenencia del desvalor del resultado al injusto", Libro Homenaje a Hans Welzel, Directores Hans Joachim Hirsch, José Cerezo Mir y Edgardo Alberto Donna, Editorial Rubinzal Culzoni, 1ra edición, Santa Fe- Argentina, 2005. 776p. ISBN 950-727-662-9.
- GIL GIL, Alicia, Ausencia del Elemento Subjetivo de Justificación, editorial Rubinzal-Culzoni, 1ra. Edición, Santa Fe, 2006. 216p. ISBN 950-727-703-X.
- GONZALEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, Autonomía, Dignidad y ciudadanía, una teoría de los derechos humanos, 1era edición, Valencia, editorial Tirant lo Blanch, 2004, ISBN. 84-8456-141-0.
- GONZALEZ LAGIER, Daniel, Estudios de Filosofía del Derecho Penal, artículo Derecho y Acción, Editores Miguel Díaz y García, Juan Antonio García Amado, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1era. Edición., Bogotá Colombia, 2006. 547 p. ISBN 958-710-172-0.
- HASSEMER, Winfried, Proceso Penal y Derechos Fundamentales, Revista de Derecho

- Procesal Penal, Injerencia en los Derechos del imputado, Director DONNA, Edgardo Alberto, Tomo II, 1era edición., Santa fe-Argentina, Editorial Rubinzal Culzoni, 2006, ISBN 950.727.769.2.
- HERNANDEZ MARIN, Rafael, Introducción a la teoría de la norma jurídica. 2da. Edición, Madrid, editorial Marcial Pons, 2002, ISBN 84-7248-971-X.
 - HIRSCH, Hans Joachim, Derecho Penal, Obras Completas, Tomo IV., 1ra. Edición, Santa Fe-Argentina, Editorial Rubinzal Culzoni, 2005. 264p, ISBN 950-727-692-0.
 - HIRSCH, Hans Joachim, Derecho Penal, Obras Completas, Tomo III, 1ra edición, Santa Fe- Argentina, Editorial Rubinzal Culzoni, 2002. 264p. ISBN 950-727-423-5.
 - HRUSCHKA, Joachim, Imputación y Derecho Penal, estudios sobre la teoría de la imputación, 1era edición americana, Buenos Aires, editorial IB de F, 2009. ISBN 978-9974-676-22-0.
 - IBAÑEZ, Perfecto Andrés, Sobre la prueba y motivación, El Estado actual de las ciencias penales, libro homenaje a la Universidad de Antioquia, Compilador Armando Calle Calderón, Medellín, editorial Ibañez, 2009, 335 p. ISBN 978-958-8381-52-7.
 - JIMENEZ MARTINEZ, Javier, Los elementos del delito, antijuridicidad y justificación Tomo III, 2da. Reimpresión, México, editorial Ángel, 2010, 125p. ISBN 978-607-00-1943-2 (obra completa) ISBN 978-607-00-1946-3 (Tomo III).
 - JIMENEZ MARTINEZ, Los elementos del delito, Culpabilidad e inculpabilidad, Tomo IV, 2da. Reimpresión, México, Editorial Ángel, 2010. ISBN 978-607-00-1947-0 (Tomo IV).
 - KANT, Immanuel, ¿Qué es la ilustración? Traducción de Roberto R. Aramayo, Segunda reimpresión, Madrid, editorial Alianza, 2009, 83p. ISBN: 978-84-206-5176-5.
 - KOHLER, Michael, La imputación subjetiva, estado de la cuestión, Seminario sobre el estado de la teoría del delito en la Universidad Pompeu Fabra, traducción Pablo Sanchez-Ostiz, 1era. Edición, Madrid, editorial Civitas, 2000. ISBN 84-470-1534-3.
 - LUZON PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, segunda reimpresión de la primera edición, Madrid, Editorial Universitas S.A. 2002. ISBN 84-7991-041-0.
 - MANZINI, Vincenzo Tratado de Derecho Penal, Tomo 2, Primera Parte, Teorías Generales, Volumen II, traducción Santiago Sentis Melendo, notas de Derecho Argentino de Ricardo C. Nuñez y Ernesto Gavier, 1era. Edición en español, Buenos Aires, editorial Ediar, 1948, Depósito legal en Argentina.
 - MARIQUE PÉREZ, María Laura, Acción, dolo eventual y doble efecto, colección filosofía y derecho, 1era edición, Madrid, editorial Marcial Pons, 2012, ISBN 978-84-9768-971-7.
 - MIRO LLINARES, Fernando, La imputación penal a debate, una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva de Jakobs, Colección Dogmática Penal, 1era. Edición, Lima, editorial ARA, 2010, ISBN. 978- 9972-238-94-9.
 - MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, 7ma. Edición, Buenos Aires, editorial IB de F., 2004, ISBN 9974-578-36-1.

- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, 1era. Edición, Bogotá, editorial U. Externado de Colombia, 2002, ISBN 958- 616- 589-2.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ALAN, Mercedes, Tratado de Derecho Penal, parte general, 6ta. Edición revisada, Valencia, Editorial Tirant Blanch, 2004, ISBN 84-8456-116-X.
- MUÑOZ CONDE, Francisco El error en el Derecho Penal, Santa Fe, Editorial Rubin-zal Culzoni, Colección Autores de Derecho Penal, dirigida por Edgardo Alberto Donna, 2003. Depósito como dispone la ley 11.723.
- PÁEZ OLMEDO, Sergio, Génesis y Evolución del Derecho Penal, Ecuatoriano, Quito, editorial Universitaria-Universidad Central del Ecuador, 1984.
- MUÑOZ CONDE, Francisco Bases y Fundamento científicos de la ciencia penal, el De-recho Penal y la criminología, 1 Edición, Quito, Ecuador, editorial Universitaria Univer-sidad Central del Ecuador, 1993.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, 10ma. Edición, Madrid, editorial Tecnos, 2010. ISBN 978-84-309-5135-2
- POLIANO NAVARRETE, Miguel ¿Por qué existe y para qué existe la pena? La función actual del Derecho Penal: bien jurídico versus vigencia de la norma, en la obra Dogmática penal entre naturalismo y normativismo, coordinador Ezequiel Malarino, Alejandro Kiss, obra en homenaje al maestro Eberhard Struensee, 1era edición, Buenos Aires, editorial Ad.Hoc., 2011, ISBN 978-950-894-848-9.
- POLIANO ORTS, Miguel, La imputación penal a debate, una confrontación entre la doc-trina de la imputación kantiana y la imputación objetiva de Jakobs, Colección Dogmática Penal, 1era. Edición, Lima, editorial ARA, 2010. ISBN. 978- 9972-238-94-9.
- RANIERI, Silvio, Manual de Derecho Penal, Tomo I, traducción de Jorge Guerrero, 1era. Edición en castellano, Bogotá, editorial Temis, 1975, 42, 43 p. Derecho reservados por Editorial Temis 1974.
- RENGEL VALDIVIESO, Hugo, Análisis y Comentarios Para el estudio del Código Penal Ecuatoriano, revisado por Jorge Iván Rengel Maldonado, Loja, Editorial SEDAB, 2004.
- REGIS PRADO, Luiz, Norma penal como norma de conducta, Serie Derecho, 1era edi-ción, México, editorial Ubijus, 2012. ISBN 978-607-8127-35-1.
- RIGHI, Esteban, Derecho Penal, Parte General, 1ra. Edición, Buenos Aires, Editorial LexisNexis, 2008. ISBN 978-987-592-244-0.
- ROCCO, Arturo, El objeto del delito y la tutela jurídica penal, traducción Geronimo Sei-minara, 1era edición, Buenos Aires, editorial IB de F, 2001, 52, 53 p. ISBN 987-98334-5-7.
- ROXIN, Claus, Tratado de Derecho Penal, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito, Traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, segunda reimpresión, Madrid España, Editorial Civitas, 2001. ISBN 84-470-0960-2.



- ROXIN, Claus, La teoría del delito en la discusión actual, traducción de Manuel Abanto Vásquez, Artículo Acerca del error en el Derecho Penal, Lima, editorial Grijley, 2007, ISBN 9972-04-092-5.
- RUEDA MARTÍN, María de los Ángeles, La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción", prologo Luis Gracia Martín, 1era. Edición, Bogotá, editorial José María Bosch-U. Externado de Colombia, 2002. ISBN 958-616-618-X.
- SANCHEZ-OSTIZ, Pablo, La imputación y Teoría del delito, la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo, 1 era. Edición, Buenos Aires, editorial IB de F, 2008. ISBN 978-9974-676-07-7.
- SANCHIS, Luis Pietro, La filosofía penal de la ilustración, serie Derechos y Garantías Nro. 17, 1era edición, Lima, editorial Palestra, 2007 ISBN 978-9972-224-50-8.
- SANCHIS, Luis Pietro, Garantismo y Derecho Penal, 1era edición, Madrid-España, editorial Iustel, 201. ISBN 978-84-9890-154-2.
- STRATENWERTII, Günther, Derecho Penal Parte General I, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Navarra-España, Editorial Thomson-Civitas, 2000. ISBN 84-470-2396-6.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Aproximación al Derecho Penal contemporáneo,
- VAN WEEZEL, Alex, Pena y Sentido: estudio de Derecho Penal, 1 edición, Lima, ed. ARA editores, 2008, 541p. ISBN 978- 9972-238-35-2.
- VON HIRSCH, Andrew, El concepto del bien jurídico y el principio de daño, en la obra colectiva La teoría del Bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?, traducción de Rafael Alcacer Guirao, 1era. Edición, Madrid, editorial Marcial Pons, 2007. ISBN 978-84-9768-358-6.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA Y SLOKAR, Derecho Penal, Parte General, 1era. Edición, Buenos Aires- Argentina, Editorial EDIAR, 2000. ISBN 950-574-144-8.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, 4ta. Reimpresión, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2006, ISBN: 950-574-005-2 (obra completa) ISBN 950-574-049-2 (Tomo I).
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte general, Tomo III, 5ta. Edición, Buenos Aires, editorial EDIAR, 2004. ISBN 950-574-056-5 (Tomo Tercero).
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, 4ta. edición, Buenos Aires, Editorial Ediar, año 2004. ISBN 950-574-058-1. Tomo IV.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, La Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos, Miguel Carbonell compilador, La Constitución y sus normas, 1 era reimpresión de la 1.era edición, México, Editorial Porrúa-Universidad Autónoma de México, 2008, ISBN 970-07-5534-7.
- ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, Derecho Penal, Parte General, 3 era. Edición, Lima, Editorial ARA, 2006, ISBN. 9972-626-87-3.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: CASO ECUADOR

DR. Mauricio Enrique Pacheco PHD (c)

SUMARIO

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: CASO ECUADOR

DR. Mauricio Enrique Pacheco PHD (c)

RESUMEN

Ha sido ajeno en el Ecuador que los delitos enmarcados en el Derecho Penal Económico han alcanzado un desarrollo vertiginoso dado el constante avance de la tecnología y los negocios económicos mundiales en el contexto de la globalización actual y de la generación de nuevos riesgos sobre bienes jurídicos que antes el Estado no reparó en considerar su estado de peligro inminente por hechos endosados a los sectores económica y empresarialmente internacionalizados. Frente a esta nueva realidad la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido tema de intensos debates entre los juristas de todo el mundo, especialmente en Europa, durante las dos últimas décadas. Es que el derecho penal clásico o liberal siempre se desarrolló sobre criterios de imputación individual, para las personas físicas y no para las personas jurídicas. En este sentido el Ecuador también asume una posición frente al desarrollo de la dogmática penal.

SUMARIO

Primera Parte: 1.- Globalización, Derecho Penal y Política Criminal. **2.-** Fundamentos de la responsabilidad penal Corporativa. **3.-** Capacidad de acción de la persona jurídica. **4.-** En relación a la capacidad de culpa de la persona jurídica. **5.-** En relación a la capacidad de recibir una pena. **6.-** Sistemas modernos de imputación penal a las personas jurídicas. **7.-** Irresponsabilidad Directa o Indirecta. **8.-** Responsabilidad subsidiaria y consecuencias accesorias. **9.-** Responsabilidad penal propia de las personas jurídicas. **10.-** El modelo de la imputación por hecho ajeno. **11.-** Responsabilidad penal propia. **12.-** Posición de garante de control. **13.-** La culpabilidad por defectos de organización. **14.-** Principio de Causalidad.

Segunda Parte: 15.- Antecedentes referenciales en la legislación ecuatoriana. **16.-** Constitución y Responsabilidad Penal. **17.-** Derecho penal de las clases altas. **18.-** La Responsabilidad Penal en las personas jurídicas en el Código Orgánico al Integral en el Ecuador. **19.-** Modelo de responsabilidad de las personas jurídicas adoptado. **20.-** La participación de las personas naturales. **21.-** Caso eximente de responsabilidad. **22.-** Las Penas. **23.-** Medidas de seguridad. **24.-** Los sujetos activos. **25.-** Sugerencias en la nueva normativa.

PRIMERA PARTE

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DOGMATICOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

1.- Globalización, Derecho Penal y Política Criminal

En las últimas décadas la globalización neoliberal produce un fenómeno de trastocamiento de los principios generales de la política criminal volviéndola preocupantemente expansiva, con tratamientos distintos a los tradicionales en referencia al delincuente y al delito, matizada por la producción copiosa de riesgos originados a consecuencia de un desarrollo tecnológico creciente. Una sociedad de riesgos en materia penal ha generado dos tendencias muy marcadas: el derecho penal del enemigo y la expansión del derecho penal.

Dejamos al derecho penal del enemigo¹ y nos concentramos en el factor de la expansión del derecho penal. Este fenómeno es un producto típico de la globalización y se caracteriza por un crecimiento inusitado de nuevos tipos penales y de un proceso de creciente incorporación o criminalización de conductas que antes fueron permisibles y que ahora son visualizados penalmente como delictuosas gracias a la aparición real y ficticia de nuevos riesgos sociales. La sensación subjetiva de inseguridad provocada por la percepción frente a estas potencialidades dañosas provocan en la sociedad constantes demandas al Estado para que intervenga con su sistema penal con la imposición de medidas garantizadoras que frenen estas amenazas a los bienes jurídicos, obteniendo del Estado respuestas que se traducen en expandir la tabla penal de las conduc

1. Tesis formulada por Gunther Jakobs, esta teoría relega a los delincuentes apartados de la observancia del derecho a una situación de marginalidad que los descategoriza de la calidad de ciudadanos protegidos por el Estado por su resistencia a convivir en una sociedad de normales cumplidores del mandato legal. Son ciudadanos sin derechos. Su rebelión obliga a la sociedad a apartarlos de su seno por considerarlos como depositarios permanentes de los peligros que se ciernen sobre la sociedad. Deben tratarlos como enemigos sociales peligrosos e imponérselos penas severas en función de su peligrosidad y de su potencialidad para cometer crímenes, y no solo en función del hecho dañoso por él causado. De tal forma que "la justicia penal deja de verse como un sistema de protección preferente de los derechos del acusado... para convertirse en un medio de lucha contra el delincuente y de protección de las víctimas..." (Mir Puig, pg.8).

tas delictivas, fenómeno verificado en las legislaciones penales especialmente europeas y más tarde en Latinoamérica en general.

Una característica especial del proceso expansivo penal es que el delito y el riesgo real vienen acompañados de percepciones que sobrecargan la necesidad de exigir del Estado respuestas expansivas.² En esta inflación de la percepción de inseguridad ciudadana juega un papel importante otros actores sociales cuyos manifestos agrandan sistemáticamente el problema real de inseguridad.

Con mucho acierto Mir Puig(2007:pag3)³ afirma que "...Todo derecho penal responde a una determinada política criminal y que toda política criminal depende de la política general propia de cada Estado a que corresponde ..." resaltando de esta manera el carácter histórico de las normas penales. Sin embargo, dice el autor, el derecho Penal en la actualidad ya no se sujeta a las voluntades del poder nacional o local sino que, al igual que el sistema democrático de un Estado, responden a normas y principios adoptados por legislaciones internaciones de cumplimiento obligatorio.

La tendencia criminal de la última parte del siglo XX, dice Mir Puig (2013: Pág. 9), ha sido en dirección contraria a lo que venía haciendo el Derecho Penal. El endurecimiento de las penas y la ampliación de los mismos son fenómenos que tomaron fuerza a raíz de los atentados de Septiembre del 2001. Muchos penalistas en todo el mundo han emitido las voces de alarma en relación con el fenómeno de la expansión del derecho penal, generado por la preocupación justificada por el riesgo de detrimento de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos que se verán seriamente afectados debido principalmente a la tipificación de conductas que no afectan bien jurídico alguno o que no se refieren al hecho delictivo mismo sino al autor, o que no reúnen los presupuestos exigidos por la dogmática penal clásica acostumbrada a transitar por senderos que han sido discutidos y adoptados en función de un derecho penal garantizador de los bienes jurídicos y fijador del poder punitivo del Estado. ¿Esta expansión del derecho es o no compatible con el sistema de garantías penales de los ciudadanos? ¿ El derecho penal

2. Gómez Martín, Víctor. Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal, en Víctor Gómez Coordinador, Política Criminal y Reforma Penal, Madrid, Edisofer, 2007, pg. 77.

3. Mir Puig Santiago. Constitución, Derecho Penal y globalización en Víctor Gómez, Coordinador, Política Criminal y Reforma Penal, Madrid, Edisofer, 2007, pg. 3.

deberá flexibilizar sus garantías y criterios de imputación como parte de un proceso modernizador al que le somete el fenómeno de la globalización? Gómez Martín(2007: pag.78)⁴ distingue cuatro posturas defendidas por distintos juristas en relación a estas interrogantes. Se reduce a responder la pregunta si la expansión del Derecho Penal elaborado para garantizar la seguridad de los ciudadanos frente a los nuevos riesgos de la nueva sociedad posmoderna limita o incrementa las libertades y garantías individuales.

Una primera posición es la que confronta a la seguridad y a la libertad como dos derechos en conflicto. A mayor seguridad menores libertades y garantías individuales. No está en discusión la existencia de una sociedad de riesgos moderna en la que los avances tecnológicos y la ciencia ha experimentado un desarrollo industrial e informático impresionante, ésta es una realidad y no se la puede dejar de admitir. Las nuevas formas de producción y los nuevos productos tecnológicos han creado nuevos riesgos que la sociedad los percibe como amenazas para su seguridad.⁵

Frente a este panorama, de demanda social de seguridad, el Estado pretende responder con los mismos instrumentos de control social que dispone a la mano: el Derecho Penal Liberal que se muestra insuficiente para afrontar estas nuevas amenazas del siglo XXI y que tampoco está diseñado para afrontar eficazmente la tutela de bienes jurídicos novedosos y supra individuales⁶

Por esta razón, dicen los defensores de esta corriente, un Derecho Penal moderno no debería desatender los criterios de imputación y las garantías individuales como formalidades que se deben derogar o disminuirlas puesto que precisamente estas categorías son límites que el propio Derecho Penal

4. Gómez Jara, Martín, Víctor. Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal, en Víctor Gómez Coordinador, Política Criminal y Reforma Penal, Madrid, Ediciones, 2007, pg. 78.

5. Esta situación, según Ferrajoli, no es sino "...la consecuencia de la impotencia del derecho, de su incapacidad para producir reglas a la altura de los nuevos desafíos abiertos por la globalización y la definiría como un vacío del derecho público a la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas..." No es que los problemas de la globalización son recientes sino que el Estado ha omitido su intromisión en función de los intereses de esos grandes poderes que manejan la nueva estructura delictiva internacional.

6. Las posibilidades de riesgos aparecen con la proliferación de los llamados delitos de peligro abstracto (estos últimos estructurados con elementos de flexibilización de la imputación y de la disminución de las garantías y derechos individuales, como veremos más adelante). La crisis del Derecho Penal moderno producida por la globalización resquebraja, según Ferrajoli (Pag. 18) dos de sus funciones garantistas que son la prevención de los delitos y de las penas arbitrarias, y las funciones de defensa social y del sistema de garantías penales y procesales.

tiene como elementos primordiales de legitimación. El Derecho Penal debe tener sus propios límites para cumplir su función garantista de imponer barreras a las pretensiones punitivas del Estado. Por lo tanto, no cabe flexibilización de ninguna naturaleza que deba adoptar un Derecho Penal moderno sin que esto no signifique una grosera intromisión en la esfera de los derechos y garantías individuales. Fuera de la esfera del Derecho Penal Nuclear (mínimo o de última ratio) lo recomendable sería ingeniar otro derecho que podría ubicarse entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal, como el Derecho de Intervención, tal como lo proponen autores como Hassemer, Priiwitz y Kargel de la Escuela de Frankfurt, mencionados por Víctor Gómez Martín(2007:pag.77)⁷.

En el foro opuesto se encuentran quienes creen que la seguridad y la libertad son principios compatibles que no se excluyen entre sí. Tienen una relación directamente proporcional: a mayor seguridad, mayor libertad. El argumento es que la libertad del individuo solo puede ser asegurada mediante la prevención penal en contra de los nuevos riesgos que impone esta sociedad posmoderna; la libertad y el desarrollo de la personalidad depende no solo de la protección de los intereses individuales sino en la protección de los bienes jurídicos sociales como el medio ambiente, por ejemplo.

Lo cierto es que muchos autores contemporáneos convergen que en la práctica es muy difícil utilizar las categorías dogmáticas del derecho penal clásico para realizar un tratamiento de los nuevos delitos y los nuevos riesgos que plantea la globalización sin que exista una disminución de las garantías y derechos individuales y una grosera impunidad a personas jurídicas causantes de grandes fraudes colectivos y los grandes desastres naturales producto de la contaminación⁸. Los engranajes de las instituciones punitivas clásicas no coinciden con los nuevos riesgos y peligros los mismos que deberán ser combatidos con la adopción de nuevas instituciones penales que sin renunciar a la misión de proteger los bienes jurídicos fundamentales y ni a la afirmación

7. Gómez Jara, Martín, Víctor. Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal, en Víctor Gómez Coordinador, Política Criminal y Reforma Penal, Madrid, Edisofer, 2007, pg. 77.

8. Según Corcoy, citado por Gomez Martín(Pag.89), no es incompatible el Derecho Penal clásico y los nuevos desafíos que plantea la globalización puesto que podría incrementar la confiabilidad de un sistema preventivo de riesgos con penas mínimas, y un sistema de garantías para las posibles víctimas que no han sufrido el perjuicio todavía y en este escenario es posible tener un libre desarrollo de la personalidad en un ambiente de seguridad y confianza.

del poder punitivo del Estado, reprima y prevenga conductas provenientes de una sociedad en riesgo permanente, provenientes del acelerado desarrollo tecnológico y por los nuevos escenarios que generan las nuevas formas de comunicación e interacción colectivas. El fundamento de la responsabilidad penal debe cambiar de punto de equilibrio y desplazar su centro de gravedad a otro escenario jurídico.

2.- Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Antes de adentrarnos en el centro de la problemática relacionada con este punto creemos importante realizar una introducción explicativa muy breve sobre la implicancia del término responsabilidad penal.

Cuando hacemos alusión a la responsabilidad penal nos estamos refiriendo una categoría importantísima de la teoría del delito que ha sido tratada y desarrollada por decenas de años por la dogmática penal hasta un punto en donde existe más consenso que discrepancias en cuanto a su contenido y ubicación dentro del esquema del delito. En forma resumida adoptaremos la posición que tiene el sistema finalista respecto de la responsabilidad: un juicio de reproche que se le hace al sujeto activo del delito por la realización del injusto penal en el que teniendo la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y la capacidad de motivarse o determinarse de acuerdo a esa comprensión (imputabilidad) con conciencia de la antijuridicidad de la conducta realizada, y que pudiendo obrar de otro modo, no lo hizo. Es la parte subjetiva del delito que se fundamenta en el reproche al proceso psicológico siendo éste una valoración normativa que la dogmática y la legislación penal la aplica exclusivamente a la persona individual o física.

¿Por qué responsabilizar penalmente a las personas jurídicas? Antes diremos que persona jurídica es un grupo de personas con la capacidad ser sujeta de derechos y obligaciones, representada por una persona física.

Todos los autores y tratadistas penales coinciden en que los puntos desencadenantes de la huida de la política criminal hacia el derecho penal⁹ son los siguientes: Las actividades descontroladas del crimen nacional e internacional

9. Basigalupo Silvina. *Ética Empresarial y Responsabilidad Penal de las Empresas*. Proyecto I/D. Acciones Estratégicas, DER 2008/5867/.

organizado; la globalización del mercado financiero supranacional por intermedio de las empresas o personas jurídicas; La realización de operaciones financieras y empresariales que debiendo cumplir normas no lo hacen produciendo distorsiones serias a la práctica comercial y al tráfico mercantil de diversos países y empresas. La expansión del derecho penal está orientado a penalizar conductas antes no consideradas como delictivas y que afectan a nuevos bienes jurídicos imbuidos de una alta valoración como son por ejemplo la libre competencia, la transparencia de los mercados, la salud los consumidores, superando al ámbito de protección del Derecho Penal Económico asentado sobre la afectación a bienes jurídicos.

En este sentido, según Gunter Heine (2012: pag.27 a 29)¹⁰ el Derecho Penal se enfrenta a retos que superan los paradigmas de control social centrado en las conductas individuales y en criterios de imputación individuales. Debe abrirse paso a procesos reconceptualizadores sobre la esfera del control de las conductas de entes colectivos o de personas jurídicas y asumir el control de disfunciones sociales como uno de sus fines. Las categorías penales desarrolladas por la dogmática penal y adoptadas tradicionalmente por casi todas las legislaciones del mundo no son suficientes ni las más idóneas para abarcar esta nueva tarea que le impone la política criminal. Para frenar el poder creciente de las empresas la tarea es refundar un nuevo derecho penal sobre otros presupuestos. ¿Cuáles?

Heinec (2012:pag.29)¹¹ menciona que el problema central en la realización del delito por una empresa o persona jurídica tiene que ver con los factores especiales que lo caracterizan: la dispersión de las actividades operativas, la posesión de la información y el poder de decisión. No habría problema si se juzgara a una persona natural porque estos presupuestos se encuentran reunidos en ella misma. Pero sí existen cuando se encuentran dispersos en una multiplicidad de lugares fuera de los límites jurisdiccionales de un país; o cuando la organización de la empresa atraviesa diversos niveles jerárquicos organizados en complejas estructuras orgánicas dentro y fuera de un Estado; o cuando la información igualmente se encuentra tan dispersa que resulta casi imposible su consecución legal, diluyéndose las responsabilidades individua-

10.- Heine Gunter. Modelos de responsabilidad jurídico penal originaria de la empresa. En Modelos de responsabilidad penal de de las personas jurídicas. Ara Editores. Lima, 2012, pags. 27-29.

11. Obra cit.

les y colectivas en los vericuetos organizacionales. En estas circunstancias resulta casi imposible utilizar las categorías del Derecho Penal tradicional para combatir delitos con un alto nivel real o potencial de dañosidad social.

Frente a esta carencia, Heine¹² propone que se adopten los criterios generales de imputación del derecho penal individual mediante una disminución de los requisitos exigidos normalmente en el sistema de imputación y responsabilidad que se han venido utilizando. Así por ejemplo se menciona el principio de responsabilidad general y de la competencia global de la dirección de la empresa que se han aplicado en varios casos en los que las categorías penales se han extendido hacia criterios más relajados de la causalidad, como por ejemplo, la cláusula del actuar por otro, el desplazamiento de la responsabilidad para abajo, de la responsabilidad por omisión y del dominio del hecho y la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, desarrollada por Roxin. Sin embargo no han sido satisfactorios los resultados generándose lo que Abato Vásquez(2013)¹³ denomina, los vacíos de punibilidad.

Por eso los criterios de la política criminal han sido quienes finalmente se han impuesto. Existen una corriente de apoyo al desarrollo de una nueva dogmática penal que funcione en forma paralela al modelo clásico liberal, parecido a lo propuesto por Silvino Sánchez (derecho penal nuclear)., concretándose un proceso de abandono del pragmatismo penal hacia el desarrollo teórico de criterios de imputación y responsabilidad penal para las empresas o personas jurídicas. Y este esfuerzo obedece a que el derecho penal, como el derecho en general, es un reflejo de una realidad preexistente, de una realidad sociológica sobre la que despliega su influencia, son entes reales no ficciones los que cometen una variada gama de actividades de gran peligro colectivo real y potencia. Si se tiene que diseñar un nuevo derecho penal colectivo éste deberá ser igual de garantista de los derechos y garantías individuales.

¿Por qué no puede existir responsabilidad penal para las personas jurídicas? Quienes se oponen apelan a nociones de incompatibilidad de esta posibilidad punitiva en las tres categorías de la doctrina penal clásica como son la acción, la culpabilidad y la capacidad penal. Veamos muy brevemente cada

12.- Heine 12 Obra cit.

13.- Abato Vásquez, Manuel. Responsabilidad Penal de los entes colectivos: estado actual y reflexiones preliminares. Centro de Investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. www.ciidpe.com, ar consultado por última vez el 16 de enero del 2013

una de ellas.

3.- En relación a la capacidad de acción de la persona jurídica.

La interpretación tradicional de la acción como un atributo propio de las personas naturales no ha negado en forma absoluta la capacidad de acción a la persona jurídica sino que refleja las enormes dificultades que ha tenido la política criminal, el derecho y la dogmática penal tradicional para penalizar las actuaciones de estos entes colectivos. Casi todos los autores penales resaltan el hecho de que la persona jurídica existe a consecuencia de un contrato de constitución a través del cual se compromete a ejercer una serie de derechos y a cumplir una gama de obligaciones conforme va desarrollando sus actividades para las cuales fue creada. Estas prerrogativas de la empresa se ejecutan a través de un conjunto de acciones delegadas a sus representantes que actúan a nombre y en representación del ente colectivo. Es “...únicamente un dogma la afirmación que, en el derecho penal, las acciones son solamente acciones humanas. La acción de una empresa también es acción en la realidad jurídica...”, sentenciaba Tiedemann(1996)¹⁴.

Más bien “...no es la noción de acción humana como dogma central de la teoría del delito cuanto la decisión político criminal de no culpar penalmente a la entidad compleja como la persona jurídica que bajo la forma societaria ha desarrollado y desarrolla un papel preeminente en el desarrollo económico...”¹⁵. No olvidemos que siempre la criminología relacionaba la delincuencia a la existencia de factores como la pobreza, hasta que Sutherland desquició a muchos teóricos con la formulación del concepto de la “delincuencia de cuello blanco” aunque no desde el plano de las empresas como tales pero sí desde el perfil de los grandes empresarios.¹⁶

4.- En relación a la capacidad de culpa de la persona jurídica.

Se dice que únicamente la persona natural puede ser reprochada por no

14. Tiedeman Klaus. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf. 1996

15. Cuadrado María de los Angeles, Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante ...¿ un paso hacia atrás?. Revista jurídica de Castilla y León. N.12, Abril 2007.

16. Anitua, Gabriel I. Historia de los pensamientos criminológicos. Buenos Aires. Del Puerto, 2005. Pag.304.

haber actuado de otra manera y observando el derecho. No existe un reproche ético sino un reproche social que se sustenta en categorías sociales y jurídicas y cuya culpabilidad organizacional tiene como presupuesto básico la conducta de sus miembros.

En varios procesos penales seguidos en contra de personas jurídicas estos han terminado imputando la comisión de las infracciones penales a varios directivos escogidos más o menos al azar para, sin ningún criterio dogmático penal, con la intención de satisfacer las expectativas de la sociedad civil dado los severos daños producidos. Estas condenas simbólicas únicamente han tenido como objeto el ser un medio para la condena a las indemnizaciones civiles. En este sentido la culpabilidad de las empresas ante delitos de contaminación masiva y de grandes proporciones, por ejemplo, ha sido parte de un reproche y una condena con altos componentes éticos y morales. Un reproche condenado universalmente ha tenido efectos perversos en empresas cuando no han asumido estas condenas éticas y financieras como una oportunidad de enderezar sus procedimientos y su producción de bienes y servicios.

La culpabilidad de la persona jurídica se fundamenta en que ésta es destinataria de normas jurídicas de obligatorio cumplimiento y que al actuar como un ente orgánicamente estructurado y diferente a sus miembros está en capacidad de lesionar la norma jurídica y ser susceptible de la penalización por su incumplimiento. Esta es un reproche directo a la persona jurídica fundamentado en la omisión de las observaciones y cuidados necesarios para la evitación de delitos. La falta de idoneidad en la organización de la empresa sería el contenido de la culpabilidad empresarial u organizativa por comisión por omisión originada por la ausencia de medidas de vigilancia o de control destinadas a evitar las situaciones de peligro de las que la empresa estaba obligada a tomarlas tal como lo disponía el ordenamiento jurídico existente.

5.- En relación a la capacidad de recibir una pena.

La pena en la actualidad tiene un fin resocializador, dice Roxin (1976), y sirve para "...la protección subsidiaria y preventiva, tanto general como individual, de bienes jurídicos y de prestaciones, mediante un procedimiento que salvaguarde la autonomía de la personalidad..."¹⁷. La pena es la expresión del repudio social para quien ha cometido un delito, es decir, para una persona

física y que por la naturaleza de lo que denominamos pena sería de imposible aplicación a la persona jurídica que ha delinquido.¹⁸

La pena cumple una función de prevención especial y general en cuanto al ser de dominio público la sanción los efectos de la misma se sienten en la persona jurídica que tomará probablemente la decisión de reconfigurar sus cuadros directivos asumiendo mayor cuidado en la elección de los mismos y teniendo una mayor precaución en la reiteración de las operaciones que causaron la imposición de la sanción, so pena de un detrimento de su imagen y prestigio (prevención especial). De manera similar la pena impuesta a una empresa evidentemente repercutirá en el comportamiento de otras empresas que no querrán incurrir en las sanciones impuestas a sus similares, cumpliendo, de esta manera, la pena funciones de prevención general.

Insistiremos a modo de conclusión que la naturaleza de las penas no contiene la posibilidad de la restricción de la libertad de la persona jurídica porque es físicamente imposible.

6.- Sistemas modernos de imputación penal a las personas jurídicas

Manuel Abato Vázquez¹⁹ connotado jurista español, en cambio propone modelos que la doctrina y las legislaciones han adoptado desde una visión más elaborada y moderna, sugerencia que la acogemos como referencia en el desarrollo de éste acápite. Dejamos sentado que las personas jurídicas sí son sujetos de imputación penal y que existen varios modelos o sistemas de responsabilidad penal que se han venido aplicando.

17.- Roxin, Klaus. Problemas básicos del derecho penal. Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros. Editorial Reus, Madrid. 1976. Traducción del Profesor Diego Manuel Luzón Peña. Profesor ayudante de Derecho Penal de la universidad Complutense de Madrid.

18.- La imputación a la empresa por un delito cometido a su nombre y en su beneficio por personas naturales que forman parte de ella tiene como fin la prevención frente a los abusos que pudieran originarse si es que separáramos a la persona jurídica como tal, por una parte, y a las personas naturales que forman parte de ella, por otra parte. No hay personalidades separadas: la primera responde con sus bienes patrimoniales y los segundos de su participación en la ejecución de los actos delictivos que cometieron en beneficio de la persona jurídica con conocimiento y permisibilidad de quienes tenían la obligación jurídica de tomar las medidas para evitarlo o de quienes simplemente lo permitieron.

19.- Obra citada, pag.15. Ver Pgs. 17 a 31.

7.- Irresponsabilidad Directa o Indirecta.

Esta corriente aunque acepta que las personas jurídicas tienen capacidad de cometer delitos no están de acuerdo que ellas tengan capacidad de culpabilidad porque se puede echar mano del derecho administrativo penal a través de una serie de sanciones contravencionales o medidas de seguridad en contra de las empresas. No se puede olvidar que el derecho penal es de última ratio, es decir, que debe aplicarse cuando todos los otros segmentos del derecho han fracasado. Si los delitos de las empresas jurídicas se cometen por las acciones de las personas naturales no es posible, utilizando el derecho penal liberal, castigar a una persona por las acciones cometidas de otras. Se afectaría a terceros que no tuvieron participación en el delito, como son los otros trabajadores, los proveedores, los accionistas, etc.

8.- Responsabilidad subsidiaria y consecuencias accesorias.

Este modelo busca castigar penalmente a las personas naturales que utilizando la estructura y las actividades de una empresa jurídica cometen delitos por los cuales es sancionado. Pero a esta sanción el legislador le añade una sanción a la persona jurídica, como son el cierre temporal, intervención de la empresa, ciertas prohibiciones de contratación, suspensión de actividades, y otras adicionales, que tienen una característica principal y es que esa sanción a la empresa no tiene como antecedente una declaración de responsabilidad previa sino que tiene claros tintes preventivos a fin de que a futuro tenga mayores cuidados y recaudos para que personas naturales la utilicen como marco de sus conductas delictivas. Abanto Vásquez detecta casos de posibles abusos que transformarían esta medida accesorio en una verdadera pena cuando se deja demasiada discrecionalidad a los jueces por la imprecisión de la ley y cuando se castiga por el actuar del otro aunque no esté suficientemente demostrada la participación de la empresa en el delito.

9.- Responsabilidad penal propia de las personas jurídicas.

Los dos modelos anteriores han sido aplicados en juicios desarrollados bajo el esquema del derecho penal clásico y se necesita un modelo más autónomo en el que las empresas controlen más eficientemente los riesgos creados por sus procesos productivos y sean responsables por los que no logra controlar. Este

esfuerzo exige que se supere los presupuestos de imputación individual hacia categorías penales propias a ser aplicables a las personas jurídicas en razón de la creciente falta de punibilidad encontradas en los delitos corporativos precisamente por la ausencia de normativa penal de responsabilidad colectiva. La introducción de esta legislación no busca reemplazar al paradigma de la responsabilidad penal individual sino incrementar la eficacia del derecho penal. La responsabilidad es acumulativa, es decir, se sanciona penalmente tanto a la persona jurídica como a las personas naturales. Queda por averiguar cómo se configura la responsabilidad penal propia de los entes colectivos.

10.- El modelo de la imputación a la persona jurídica por sus representantes.

Tiedemann²⁰ sostiene que “... *Las acciones de las personas físicas, actuando para la empresa, deben ser consideradas como de la empresa. No es muy importante llegar a este resultado a través ya sea de la imputación de las acciones a la empresa o de la idea que la entidad social actúa ella misma mediante sus órganos...*”. Se trata de una transferencia de las responsabilidades por las acciones cometidas por sus miembros a la persona jurídica; se imputa a la empresa el delito realizado por personas naturales vinculadas con ella o cometidas por sus órganos. Se castiga a la persona jurídica no por hechos propios sino por conductas realizadas por otros.

11.-Responsabilidad penal propia.

Superar estos vacíos llevó a varias legislaciones adoptar el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas por el hecho propio, que aunque tiene algunas variantes, todas coinciden en eliminar ese traslado de la responsabilidad individual a la responsabilidad de la persona colectiva. El modelo debe cortar definitivamente la dependencia de la responsabilidad penal de las empresas a las acciones de las personas que la componen. Las empresas deben ser imputadas en función de sus propias acciones prescindiendo del sistema de causalidad individuo - empresa. Se han propuesto varios sistemas:

20.-Tiedeman Klaus. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. http://perso.unifr.ch/derecho-penal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf. 1996.pag.8 Última consulta 4-02-2014.

12. Posición de garante de control.

Heine (2014)²¹ sugiere que el modelo de la responsabilidad como garante de control debe ser aplicada a las empresas creadoras de nuevos riesgos, como las de explotación de recursos naturales por ejemplo, ante la imposibilidad de control del Estado. Los presupuestos que deben presentarse para fundamentar una posible responsabilidad penal de las personas jurídicas son: La administración deficiente del riesgo por parte de la Empresa y la materialización del riesgo, es decir, que se haya producido el daño que una buena administración del riesgo debió evitar. La omisión de control, organización y vigilancia de los potenciales peligros puede ser atribuida materialmente a uno de sus órganos y a uno de los individuos que la conforman, estableciéndose independientemente o paralelamente posibles responsabilidades penales individuales y a la empresa como tal, pero lo verdaderamente importante para los efectos jurídicos del hecho es que deja de ser central la conducta individual de la persona que lo cometió.

Un hecho propio de la empresa se manifiesta a través de las conductas de sus empleados o directivos, aspecto que no deja de salir de la esfera de la responsabilidad penal por culpa ajena. El objeto del proceso es identificar el delito y quien lo cometió, además de cómo la empresa no ejerció los suficientes controles y ni dispuso de los mecanismos necesarios para prevenir estos delitos, atenuándose de esta manera la tan criticada aplicación de la responsabilidad objetiva.

13.- La culpabilidad por defectos de organización.

Así como el individuo controla sus actos, la empresa debe controlar a sus miembros y a sus órganos en el ámbito de de sus actividades. Es decir, debe existir "...un dominio funcional – sistemático de la organización..." (Heine)²² que se convertirá en deficiente si no administra los riesgos y los peligros que su comportamiento pueda generar²³. La materialización de estos riesgos y peligros no pueden constituirse las condiciones propias de punibilidad, según Heine²⁴, con prescindencia de la presencia de la voluntad individual. El daño

21. Heine Gunter. La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales. <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/hei96.html>. 2005. Última consulta 4-02-2014..

22. Ob.cit.

a los bienes jurídicos cometidos en estas circunstancias va, más allá de los criterios de imputación individual, a la administración defectuosa del riesgo propio y característico de las organizaciones. No existe una violación a una norma jurídica pre-establecida sino a la falta de dominio de los riesgos que no son previsibles dado el complejo desarrollo de la ciencia y la tecnología.

14.- Principio de Causalidad.

La aplicación de los modelos anteriores exige del estado una actividad constante de verificación de las actuaciones de las empresas dentro de su proceso de producción para constatar la realización de actos que puedan considerarse delictivos. Esta tarea es cada vez más infructuosa dadas las estructuras complejas, el tamaño supranacional y las decisiones que se pierden en la multiplicidad de órganos dispersos que conforman las empresas en la actualidad.

En empresas con actividades especiales los estados han abandonado el control y la verificación del control riesgos, por ejemplo, y han implementado un sistema que les asegure un correcto funcionamiento. Para este empeño los estados han implementado disposiciones traducidas en medidas de seguridad especialmente en temas como la responsabilidad por productos y protección ambiental cuya producción está sujeta a límites de seguridad impuesto a los productos que las empresas no deben sobrepasar. Fijados estos límites la responsabilidad del control de riesgos se traslada a la empresa que en última instancia es quien debe verificar que sus productos o actividades no sobrepasen los niveles de riesgo permitidos. De hacerlo estarían cometiendo una infracción penal. La acción típica de las empresas se reduce a la inobservancia de las normas de seguridad establecidas por el Estado.

23.- Adecuando para las empresas la concepción original de Roxin, podríamos decir que se requiere de tres presupuestos: 1.- La intercambiabilidad de los ejecutores individuales. Si el trabajador causante sale de la empresa el delito no desaparece al igual que la responsabilidad. 2.- Una organización estructurada jerárquicamente. Deben ser identificables y concretos los órganos que dirigen la empresa para saber si han existido o no actuaciones de dominio de la misma. 3.- La actuación de la empresa fuera del ordenamiento jurídico. No existiría control del estado si no hubiera desatención en la prevención de los riesgos o en la materialización de los mismos, a los que jurídicamente estaba obliga hacerlo.

24.- Ob.cit.

SEGUNDA PARTE

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ECUADOR

15.- Antecedentes referenciales en la legislación ecuatoriana.

En el Ecuador, desde la expedición del Código Penal en 1938 y durante las varias reformas introducidas en los años venideros el esquema de la teoría del delito se ha mantenido en el ámbito de la concepción tradicional o clásica. Los elementos del delito, acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad se desarrollado en relación exclusiva con la personalidad natural del sujeto activo, la persona natural. El principio "societas delinquere non potest" se ha mantenido inmodificable pese a los avances doctrinarios del viejo continente que en las últimas dos décadas ha alcanzado un desarrollo extraordinario. En el Ecuador ha pasado desapercibido.

La tenue conciencia social exacerbada por la creciente influencia de las personas jurídicas dentro de las decisiones político – económico y por los desastres financieros ocurridos desde la crisis económica generada por un sector bancario en el año 2.000 ha terminado con la proposición por parte del Poder Ejecutivo del Código Orgánico Integral Penal que recoge esta preocupación al incorporar en su contenido el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En la legislación actual existen referencias a responsabilidades de las personas jurídicas dentro de las diversas esferas de su participación estatutaria. Así por ejemplo el art. 583 del Código Civil define a la persona jurídica como una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. La persona que lo representa es el representante legal (Art.25) en tanto no excedan los límites que el ministerio le ha confiado, caso contrario no obligan a la corporación. Esta definición proporciona el marco exclusivamente civil en el que se pueden desenvolver las personas jurídicas. Se descarta obligaciones de carácter penal y el ámbito de su condición son todas las corporaciones y fundaciones que no sean las sociedades que se hayan establecido en virtud de una ley, o no hayan sido

aprobadas por el Presidente de la República. Es decir, todos los colectivos privados aprobados por ley son personas jurídicas excepto las corporaciones o fundaciones de derecho público como la Nación, el Fisco, las Municipalidades y los establecimientos que se costean con fondos públicos.

En cuanto a la responsabilidad penal, el art. 32 del Código Penal antiguo y vigente establece que nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción si no hubiese cometido con conciencia y voluntad de la que solo las personas naturales o físicas poseen. Se descarta de plano la responsabilidad penal de las empresas o personas jurídicas a quienes no se las puede juzgar porque el andamiaje del sistema penal ecuatoriano es herencia del derecho penal liberal en el cual la responsabilidad penal era atribuible al individuo.

Se pueden encontrar casos en los cuales la responsabilidad penal de las empresas o personas jurídicas son solidariamente responsables, como por ejemplo en los delitos de tránsito. En efecto los artículos 115, 116, 117, 118 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial, Arts. 386 y 387 del COIP., contemplan la posibilidad de que exista una responsabilidad solidaria en el caso de que el propietario del vehículo sea una persona jurídica.

Es incierta la posibilidad de la imputación a una persona jurídica, en el art. 115 de la misma ley, cuando prevé que en caso de declaraciones evasivas del propietario sobre quién estaba conduciendo el vehículo causante del accidente se considerará como indicio de responsabilidad penal en contra del propietario. No sería aplicable si éste es una persona jurídica. La responsabilidad solidaria y no directa de un delito de tránsito se configura en lo estipulado en los Arts. 135.1 y 135.2 de la mencionada ley.

Tales artículos sancionan el exceso de pasajeros y el conducir con llantas lisas al conductor de un bus de transporte público con una multa pecuniaria, y solidariamente sanciona al propietario y a la empresa con la suspensión de las operaciones hasta por 60 días. Estas empresas son generalmente personas jurídicas las mismas que durante el proceso no participan ni son citadas a comparecer porque se da inicio al proceso penal con el supuesto de la presunta responsabilidad del conductor.

El contexto de la responsabilidad penal solidaria igualmente alcanza los campos de los delitos tributarios y fiscales, en la ley de control de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en el lavado de activos y quizá hasta en la ley de tránsito vigente. En otras existe una responsabilidad administrativa penal pero que vienen derivadas de un proceso administrativo de violación de normas o reglamentos y no como consecuencia de un delito penal directo. Las penas que las personas jurídicas son de variada índole: suspensión de actividades, multas, decomisos, clausura de locales, incautación de productos, etc. Imposiciones que se configuran dentro del derecho administrativo que dentro de un conjunto sistemático de justiciamiento penal formal.

16.- Constitución y responsabilidad penal.

Un hecho cierto en relación a la introducción del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador es que no obedece a ningún compromiso relacionado con exigencias de instrumentos o convenios internacionales. Este justificativo lo utilizó el estado español para introducir este sistema penal por una exigencia más civil que penal por parte de la Comunidad Europea, respecto de sus miembros.

La incidencia dentro del contexto del fenómeno criminal en el Ecuador de las personas jurídicas no ha significado un tema relevante en el debate sobre materia penal. Al contrario, ha sido un tema totalmente ignorado porque la relevancia de hechos delictivos que puedan atribuirse a la actuación de personas jurídicas ha sido mínimo, por no decir inexistente. La alarma social relacionada con el problema de la contaminación ambiental se ha enfocado al constante daño producido al ecosistema proveniente de los derrames petroleros en el Oriente y en la zona de Esmeraldas, lugar en donde se encuentra ubicada la Refinería Estatal.

Contexto en los cuales el agente activo productor de los derrames ha sido las empresas petroleras estatales y privadas bajo control estricto del Estado cuya responsabilidad ha girado alrededor de determinar un sistema de responsabilidades administrativas y las relacionadas con indemnizaciones civiles. En la actualidad los derrames petroleros se han reducido hasta el punto de dejar de convertirse en una preocupación ambiental que incluso sustenta y legitima la explotación petrolera en el área protegida del Yasuní.



En relación con otro tema de preocupación tiene relación con la contaminación de fuentes de aguas, ríos, lagos y mares especialmente por parte de empresas mineras. Pero el sistema actual de concesión de áreas de explotación minera tiene un control liderado por la empresa estatal minera quien se encarga de la subconcesión a las empresas privadas. El control sobre la contaminación está bajo su estricto control alejado del régimen de permisibilidad absoluta del manejo de sustancias contaminantes que existía antes.

El problema de la contaminación minera tiene que ver más con la pequeña explotación que con las realizadas por las grandes empresas. Y este fenómeno existe en todas las áreas: no existe una gran empresa ni se hace perceptible el riesgo que sus actividades crean o generan en comparación con las grandes corporaciones que atraviesan todos los ámbitos de actividades de la vida en los países industrializados. En nuestro país, con una producción industrial mínima, con la presencia mayoritaria de pequeñas y medianas empresas, no constituye un escenario justificante de la adopción de un sistema de responsabilidad penal corporativa.

En relación con los delitos en los que participan asociaciones criminales o mafias internacionalmente organizadas para el tráfico de drogas, delitos financieros, migrantes, trata de blancas, lavado de activos, terrorismo y hasta el tráfico de órganos, manipulación genética, etc., excepto la primera las otras se han mantenido dentro de los parámetros con los que se han venido combatiendo con el sistema penal anterior o simplemente no han existido. El tráfico de drogas y el lavado de activos, excepto casos excepcionales, no ha sido una actividad realizada por personas jurídicas legalmente constituidas ni que este hecho constitutivo de una corporación sea el determinante para la permisión del tráfico de drogas.

Estos delitos tienen un contexto individual, personal o en asociaciones delictivas que están lejos de ser consideradas como personas, corporaciones o empresas jurídicas. Entonces cabría preguntarnos ¿cuál podría ser el justificativo de esta novedad constante en el COIP? ¿Por qué no se reforzó al sistema penal administrativo como una mejor alternativa para sancionar las fracciones de las personas jurídicas?

17.- Derecho penal de las clases altas.

Todo sistema penal es un reflejo del sistema político-económico vigente, dicen los estudiosos del derecho penal. En el Ecuador el sistema político que sirve de escenario a la entrada en vigencia del COIP ha construido un modelo social basado en los principios emanados de la Constitución de la República del Ecuador inserta en el llamado Estado constitucional de derechos y justicia.

Según el Art. 283 de la Constitución, se abandona el principio de una organización económica basada en la economía social de mercado para dar paso a un sistema económico social y solidario en el que el ser humano, y no la empresa, es el sujeto y fin. La empresa existe dentro de una relación armónica con el individuo, con el estado, con la sociedad y con la naturaleza para construir una sistema vital del buen vivir.

Si la empresa tiene por objetivo el asociar capital, tecnología y talento humano especializado para la producción de productos que destinados a satisfacer a la población humana de bienes y servicios, éstos deben no solo deber ser de óptima calidad sino que deben ser producidos con tecnologías amigables con el ambiente y manejadas dentro de una sistema legal de mínimos contaminantes o de riesgos socialmente autorizados.

Sobrepasar esos límites o esos riesgos autorizados implicaba, antes de la entrada en vigencia de COIP, ser sancionados mediante un sistema penal administrativo procedimiento que por su naturaleza es menos garantizador de derechos reduciendo la sanción a la imposición casi exclusiva de multas como consecuencia preferida.

La adopción de este sistema podría haber sido perfectible con la incorporación de otras medidas cautelares como la intervención y hasta la disolución. Pero no se trata de cubrir una necesidad de falta de ley sino de cubrir una necesidad de ampliación del poder punitivo que alcance otros niveles de control social sobre sectores económicamente poderosos cuyas actividades empresariales eran esquivas a ser controladas con medidas administrativas.

Es decir, es innegable la existencia de una necesidad de incrementar el control social sobre estamentos sociales reacios al proyecto político mediante una legislación penal punitiva de las personas jurídicas como instrumento fun-

cional. ¿Se podría afirmar lo mismo de los países europeos que han adoptado el mismo principio sancionador? No porque esos países implementaron un sistema completo de sanción a las personas jurídicas basadas en un sistema de culpabilidad y responsabilidad diferente al sistema de responsabilidad penal individual que pretende aplicar el COIP. para sancionar a las personas jurídicas.

Visto el diseño de la base sobre la que probablemente descansa el edificio de la responsabilidad colectiva en el Ecuador será un sistema sancionador sobre de enorme discrecionalidad de parte de los jueces sobre los que el Consejo Nacional de la Judicatura ejerce un considerable poder, sin olvidar que este organismo rector del sistema judicial se encuentra bajo la dirección directa del poder ejecutivo.

Bernd Shunemann (2006: pag.51 a 57)²⁵ considera que el derecho penal ha sido construido orientado a la represión de conductas características de las clases económicamente bajas tanto en la tipificación de los delitos como en la estructuración de la práctica penal. Nuestro anterior derecho penal alineado dentro de la perspectiva del denominado derecho penal clásico estuvo estructurado sobre la base predominante de salvaguardia de los derechos patrimoniales de bienes muebles e inmuebles, del castigo a la mendicidad, a los diferentes tipos de hurto (acordémonos del derogado famoso hurto asimilado en el que se castigaba por su antecedente de detención simple) o del mismo robo sin diferenciación de las circunstancias personales del sujeto activo dejando de lado las conductas permisivas de apropiación de los bienes y fondos de propiedad del estado, de las formas de corrupción ambiguamente tipificadas (peculado ordinario y bancario), el tráfico de influencias y la total ausencia de regulación penal de las actividades de las personas jurídicas o simplemente de asociaciones comerciales.

El sistema penal ecuatoriano ha sido y sigue siendo un sistema etiquetador que asigna roles criminales a sectores a quienes ya fueron escogidos por la clase dominante desde que se fundó la república. Las clases bajas constantemente estigmatizadas han sido los principales clientes del sistema penal penitenciario. Los condenados y encarcelados son en su mayoría autores de

25 Shunemann Bernd. Del Derecho Penal de la clase baja al Derecho Penal de la clase alta. En Derecho Penal Económico. Tomo I. Rubinzal-Cursoni Editores. Buenos Aires. Pag. 51-75. 2006.

robos y hurtos, y principalmente quienes constituyen el último y el más pobre eslabón del tráfico de drogas.

El sistema de penas, riguroso y desproporcionado, se ajusta a quienes por su necesidad de sobrevivencia o por ausencia de trabajo o medios de subsistencia, o por lo bajo de sus ingresos cometen estos delitos y se convierten en los clientes preferentes del sistema penal en el Ecuador. Es decir, se preocupó más de tipificar las conductas que prohíben la lesión a la propiedad antes que las conductas que tipifiquen como peligrosas las relacionadas con la adquisición y uso de la propiedad, especialmente privada, en donde los sujetos activos potenciales del delito son principalmente los grandes propietarios.

En consecuencia, y concretamente dentro de las actividades propias de las empresas privadas que desarrollan sus negocios en el mercado de bienes y servicios, la regulación penal sobre la calidad de los servicios ofrecidos se ha limitado a una legislación con responsabilidad civil, regulada por la ley del consumidor. Pero con la actual Constitución se introduce un principio que no solo abarca exclusivamente el ámbito de la responsabilidad civil y administrativa sino que se extiende al campo de la responsabilidad penal cuyos sujetos activos distan mucho de los habitantes comunes y corrientes de la clase media y baja, amplía la cobertura a todos aquellos cobijados por lo que económicamente forman parte de la clase alta del país.

Efectivamente en los artículos 52, 53, 54 y 55 de la CRE, las personas o entidades deben responder civil y penalmente por la calidad de los bienes y servicios ofertados ampliando el ámbito de la penalización hacia nuevos sujetos activos del delito como son las personas jurídicas. Este principio debía ser desarrollado dentro de lo que se conoce como la constitucionalización del derecho penal. ¿Pero este derecho penal de las clases altas que se plasma en el COIP, realmente propende a la protección real de bienes jurídicos concretos teniendo en cuenta que se está utilizando un derecho penal con un sistema de imputación concebido para conductas individuales y humanas?

Revisando la estructura de punibilidad sobre la que se pretende asentar el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas establecidas en el COIP, nos declaramos pesimistas. Al derecho penal no se le debe exigir demasiado, no se le debe instrumentalizar desde el poder político como el medio eficaz de solución de problemas sociales graves y extremadamente complejos

que van más allá de la simple relación de causa y efecto.

Tal como está redactada la legislación penal en el COIP, para las personas jurídicas se tornarán difíciles de aplicar por ausencia insustituible de normas sustantivas y adjetivas suficientes con la probable ocurrencia de dos peligros que desde ya se pueden vislumbrar: la convertibilidad del sistema de imputación penal de las personas jurídicas en un derecho penal simbólico con finalidad únicamente preventiva o la aplicación de un sistema de responsabilidad penal objetivo violatorio a los principios constitucionales del debido proceso. ¿Qué problemas constitucionales pueden generar esta normativa que admite la posibilidad implícita de sancionar a las empresas o personas jurídicas dentro de un esquema de responsabilidad penal individual?

Pueden darse en tres aspectos:

- 1.- La violación del principio de *non bis ídem* (nadie puede ser juzgado ni sancionado dos veces por el mismo hecho). La Constitución de la República del Ecuador, art.76, numeral 7mo., literal i) establece que nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. En los delitos de tránsito, por ejemplo si el conductor maneja con exceso de pasajeros o con llantas lisas será penado con prisión de 6 meses a 1 año, multas, suspensión de la licencia de conducir. El propietario y la empresa a la que pertenece será solidariamente responsable con hasta 60 días de suspensión sin perjuicio de otras sanciones. En este simple ejemplo existe una doble sanción al conductor – propietario: una como conductor, la otra por propietario y la tercera por ser socio de la cooperativa de transporte que generalmente son personas jurídicas. Esta es una aberración jurídica porque implica extender la pena a quien no ha participado en el proceso ni ha podido ejercer su legítimo derecho de defensa. Esta es una muestra clara de la responsabilidad objetiva en la que la culpa viene dada en función de la presunta participación de la persona jurídica en un hecho delictivo sin que existan los elementos probatorios debidamente introducidos al proceso y sobre cuya valoración el juez llegue a la certeza de su participación y culpabilidad en tal cometimiento. Nadie puede ser responsable por un hecho ajeno. El legislador debe entender que el delito cometido por una persona natural en provecho propio no genera responsabilidad penal a otra persona distinta, como es la jurídica. Esta debe ser sancionada por un hecho propio cuyo contenido no consta en el COIP.

2.- La ausencia del principio de culpabilidad o responsabilidad penal es aún más notorio en estas disposiciones penales. La persona jurídica que no ha realizado acción u omisión alguna a la que estaba obligada por la ley y que constan en los Arts. 80 y siguientes de la LOTTTSV y peor aún no ha intervenido en la comisión del delito de llevar exceso de pasajeros o conducir con llantas lisas, jamás puede ser objeto de imputación penal. La teoría del delito exige que la persona que lo comete actúe en forma típica, antijurídica y culpable. En este caso la persona jurídica recibe una condena producto de la declaración de culpabilidad de otra persona (conductor) por el simple hecho de pertenencia a esa organización. La Constitución de la República incorpora los principios que inspiran los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y dentro de éstos se encuentran los que sostienen un sistema penal garantista en donde la acción debe ser exteriorizada y ningún daño por más relevante que sea debe dejar de considerarse si es producto de un acto²⁶.

3.- Esta penalidad objetiva igualmente afecta el principio de personalidad de las penas a través del cual solo las personas naturales condenadas deben soportar las penas que se le impusieron. No pueden recibir penas quienes no han sido sentenciados ni han sido acusados. La acusación penal debe obligatoriamente dirigirse en contra de las personas jurídicas, en este caso concreto, para que legalmente imputadas provisionalmente en el presunto hecho delictivo, a través de un proceso justo, sean encontradas culpables y condenadas a una pena. Si no son formalmente reprochadas no pueden ser objeto de una sanción²⁷.

26 Los delitos no pueden consistir en actitudes de ánimo o manifestaciones genéricas del pensamiento sino que deben concretarse en acciones humanas materiales y empíricamente observables. Ferrajoli (pag. 93) en los axiomas que inspiran un sistema penal garantista de estricta legalidad establece como principio fundamental de no existe daño sin acción y sin acción no existe culpa. De tal forma que las mencionadas normas son inconstitucionales porque están inspiradas en un sistema penal que hipotéticamente admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas pero que todavía no se encuentra desarrollada ni incorporada a la legislación penal positiva ecuatoriana. No es de lege data sino de lege ferenda esta disposición postiza incorporada a la ley de tránsito vigente. Para Ferrajoli estas normas son propias de un derecho penal autoritario que se informan por la responsabilidad objetiva, por un hecho ajeno o impersonal, que privilegian la exclusiva función penal de la defensa social descuidando la parte subjetiva de la culpabilidad.

27. En conclusión, para la verdadera efectividad y legitimidad de los artículos que como ejemplo y para un ejercicio académico, hemos analizado, se debe primeramente construir un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas. No se las puede penalizar por las acciones de otros porque la estructura de procesamiento penal utilizado en la LOTTTSV y el Código de Procedimiento Penal está dado en función del procesamiento a personas naturales a quienes no se las puede aplicar categorías dogmático penales del derecho penal corporativo.

4.- La proporcionalidad de las penas es un derecho constitucional de ineludible aplicación cuando los juzgadores han llegado a la etapa de la imposición de la pena. El Art. 76, numeral 6to. de la Constitución prescribe que la ley establecerá la debida proporción entre las infracciones y las penas, administrativas y de otra naturaleza. A parte de que la persona jurídica ha sido declarada culpable solidariamente sin haber intervenido en el juicio y por un hecho ajeno, administrativamente se le sanciona (antes de la expedición del COIP la pena de suspensión venía adjunta a la responsabilidad de la persona natural) con la suspensión del permiso de operación sin perjuicio de las otras sanciones establecidas por la ley.

En acápites anteriores habíamos recalcado que cualquier sanción a una persona jurídica debería, a más de cumplir con el principio de legalidad debe ser proporcional en consideración a su capacidad, tamaño, nivel de servicio que presta y otras circunstancias que varían una de otra. Una empresa de transporte en donde sus miembros que son propietarios de unidades las mismas que jamás participaron en el delito de exceso de pasajeros o conducción con llantas lisas cometido por un determinado sujeto parte de esa organización. No hay relación de causalidad no objetiva ni subjetiva para atribuirsele una pena de suspensión de sus actividades ni hay proporcionalidad entre el daño causado y la pena recibida. Es la finalidad preventiva general la que motiva esta sanción porque la especial no se la puede establecer dado que los otros conductores y propietarios estaban dentro de exigencia de la norma.

18.- La Responsabilidad Penal de las personas jurídicas en el Código Orgánico Integral Penal.

No existen referencias que hagan mención a instrumentos o convenios internacionales que conminen a los estados promulgar normativa penal que incluya la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo existe el Convenio de la Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Internacional, conocido también como la Convención de Palermo, del año 2000. Existe también la Convención de las Naciones unidas contra la Corrupción, igualmente conocida como la Convención de Mérida del 2003, de las cuales el Ecuador es signatario.

Las necesidades de la política-criminal orientada a fines de prevención y

protección de bienes jurídicos dentro de un estado democrático de derechos, en el que predomina una legislación penal construida específicamente para perseguir y reprimir conductas delictuosas de las personas físicas y naturales distintas y con varios niveles de gravedad y complejidad de realidades distintas en cada país y continente, en encontrado esfuerzos legislativos con diferentes visiones del problema y con tratamientos legislativos especiales.

En la exposición de motivos el legislador fundamenta y justifica la necesidad de adoptar el sistema especial de responsabilidad a las empresas o personas jurídicas con la finalidad de sancionar y prevenir acciones dañosas propias de los entes morales, para proteger bienes jurídicos tan delicados como por ejemplo el medio ambiente. Sin duda que la imposibilidad de encontrar responsables individuales en la contaminación por derramamientos de petróleo en los ríos de la Amazonía o en la contaminación de aguas por la pequeña y grande minería, o en la emisión de gases contaminantes de las empresas cementeras o madereras, ha llevado al legislador ecuatoriano a incorporar estas ni tan "novedosas concepciones" al ordenamiento jurídico nacional.²⁸

Lastimosamente, y después que analicemos la propuesta lo ampliaremos, en un intento de justificar la falta de un sistema amplio y suficiente, que tenga una elaboración doctrinaria coherente con el sistema penal, el legislador plantea dejar de lado la discusión doctrinaria e invitar a un pragmatismo jurídico que permita criminalizar y evitar la impunidad de los verdaderos quebrantadores del ordenamiento jurídico legal. Es por demás extraño que el legislador cierre un debate sobre los aspectos teóricos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando en verdad nunca ha existido un debate en este sentido.²⁹ Analicemos brevemente los aspectos más sobresalientes del COIP.

19.- Modelo de responsabilidad de las personas jurídicas adoptado.

28. En el caso ecuatoriano no es diferente. En otros países desarrollados las empresas han adquirido posiciones de poder y de control realmente asombrosos. Una corporación multinacional tiene activos superiores al producto interno bruto de varios países latinoamericanos juntos y han adquirido un desarrollo tecnológico superior al que maneja el Estado. El poder de control de éste se va reduciendo ante la enorme complejidad empresarial creando una serie de nuevos riesgos cada vez más peligrosos para la sociedad por lo que la necesaria tipificación de delitos debe hacerse buscando un sistema penal diferente. Está superada la discusión sobre si es necesario o no la creación de un derecho penal de las personas jurídicas; la preocupación se centra en desarrollar los mecanismos de imputación fuera del derecho penal liberal tradicional dada la lógica colectiva en la que se desarrollan las actividades delictivas.

El artículo 52 del COIP establece que en los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales y extranjeras serán penalmente responsables de las infracciones cometidas por su cuenta o por sus órganos. El término “por su cuenta o por sus órganos” nos conduce indudablemente a que el legislador ha adoptado un sistema de responsabilidad por cuenta propia. Por un lado la infracción puede ser cometida por cuenta de la propia empresa y la otra por un órgano de la misma entendiéndose que el órgano de la empresa se expresa o materializa por el accionar de los representantes o funcionarios de primer orden. Las empresas para evitar responsabilidades mayores dirigen la responsabilidad a los órganos jerárquicamente inferiores (Departamento de limpieza o el de vigilancia, por ejemplo) salvaguardando la responsabilidad de las planas mayores, a las que les resulta más beneficioso cometer el delito que en evitarlo.

El sistema adoptado de responsabilidad por cuenta propia tiene la particularidad de que la responsabilidad individual desaparece como fundamento de la responsabilidad de la empresa. Al ser dos categorías diferentes deberíamos nuevamente preguntarnos ¿qué es la responsabilidad propia de la empresa? Para efectos de este artículo y llevados por el “pragmatismo que lo inspira” la responsabilidad propia de la empresa al no estar desarrollada ni complementada con más disposiciones legales que la hagan viable, de lege ferenda estará demostrada cuando:

- 1.- Cuando la empresa tenga una “cultura corporativa” que propenda un clima de permisión, tolerancia, aliento y hasta protección para que las personas físicas cometan un delito.
- 2.- Cuando la empresa no se ha organizado en forma eficiente y eficaz como para evitar el cometimiento de delitos en su interior y permita actuaciones imprudentes de sus cuadros y de sus órganos, o cuando sea tal la desorganización que no puede encontrarse un responsable individual de la infracción cometida.

29. En Ecuador nadie ha debatido este tema, excepto por la existencia de algún artículo relacionado con el tema, en los foros académicos en donde se debe discutir. Este ha sido un proyecto de ley que precisamente caracterizado por ser impuesto por el Ejecutivo y el debate se ha centrado en un despliegue de justificaciones del texto impuesto y no de la pertinencia de las instituciones penales a ser introducidas para verificar que por lo menos tengan alguna posibilidad de ser aplicadas sin violar los derechos y garantías fundamentales, y sin que sirvan como adorno más de un derecho penal simbólico.

- 3.- Cuando ha faltado a su función de garante del respeto y cuidado de bienes jurídicos encargados por el estado.
- 4.- La responsabilidad de la empresa está dada por la conducción deficiente de sus cuadros directivos.
- 5.- Por la forma cómo reacciona la empresa ante el cometimiento de un delito: aviso a las autoridades, reparación de daños y toma de medidas preventivas. Este punto no es motivo de ausencia de responsabilidad sino son un conjunto de atenuantes.
- 6.- No existiría responsabilidad de las personas jurídicas si no se prueba que el delito es producto de una inobservancia permanente o continuada de los deberes de la organización.

Enfatizo el hecho de que los fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas deben estar previstos en la ley para que pueda presumirse su legitimidad y el cumplimiento del principio constitucional de legalidad. De no ser así los jueces jamás podrían aplicar criterios de la responsabilidad individual en el juzgamiento de delitos cometidos por entes colectivos porque sencillamente no los hay y se estaría forzado a interpretaciones analógicas prohibidas por la ley y la Constitución.

20.- La participación de las personas naturales.

El COIP, se refiere a las personas particulares que pueden estar inmersas en el delito cometido por la persona jurídica a consecuencia de los actos de sus órganos representados por sus administradores. En efecto el Art. 50 textualmente dice “ *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 de 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 éstas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la ley*”

Esta disposición es característica del sistema de la responsabilidad propia de las personas jurídicas porque los presupuestos objetivos de la misma no se buscan ni se encuentran en los actos de las personas individuales. Habíamos afirmado antes que no existe una relación de causalidad entre la responsabilidad individual con la colectiva. Que la primera no es presupuesto de la segunda, ni que las circunstancias alrededor de las cuales se desarrolla la conducta delictiva del individuo tienen relevancia cuando se pondere la actuación de la persona jurídica como tal.

De esta forma cualquiera de las circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes de responsabilidad penal que se encuentre en el juicio de la actuación de la persona individual no influye en el resultado que se obtenga del reproche que le haga a la persona jurídica. Existe una separación, un paralelismo entre ambas responsabilidades e incluso no se puede encontrar responsables individuales porque no se ha podido identificar al causante o porque la persona física autor del hecho es inimputable, por haber fallecido, desaparecido, o porque se verifiquen la existencia de acusas de exculpación que bajo ningún concepto perturbarán el juicio de culpabilidad de la persona jurídica, aunque únicamente se verifique la posibilidad que solamente a ésta se la encuentre culpable y responsable.

Por el contrario y sin que se altere la esencia misma en la que se asienta la responsabilidad colectiva puede llegar a establecerse conductas delictivas realizadas por personas individuales, tal como pretende el inciso final del artículo analizado. De lege ferenda debe darse por sentado que la “persona individual” de la que hace referencia esta disposición está dirigida no solo a los representantes de los órganos directivos importantes de la institución sino que incluye a cualquier persona o empleado de segunda o tercera categoría que haya sido delegado por el principal. Ya habíamos señalado con anterioridad que la adopción del sistema de responsabilidad por culpa propia de la persona jurídica puede darse por las acciones de sus órganos que son responsables por las acciones realizadas y manifiestas de sus altos dirigentes.

21.- Caso eximente de responsabilidad.

El inciso final del Artículo 49 del COIP. reconoce que no existe responsabilidad penal de la persona jurídica cuando el delito comete cualquiera de

las personas naturales descritas en el Art. 49 en beneficio de un tercero ajeno a ésta persona. Habíamos advertido al inicio de este trabajo que las empresas, especialmente las grandes corporaciones actúan siempre en interacción a través de mecanismos sofisticados difíciles de detectar dada la transnacionalidad de sus operaciones cuya táctica de generar grandes utilidades en detrimento de los usuarios, de los Estados y en contra de bienes jurídicos nacional e internacionalmente protegidos, suelen disimular corporaciones aparentemente sin relación de propiedad cuando en verdad son pertenecientes al mismo grupo o corporación. Solo en el evento de que ese tercero no tuvo ninguna participación sea legal o de hecho en el ilícito cometido podría constituir en un atenuante más no en un eximente de responsabilidad, porque existe un daño a terceros que para efectos de la responsabilidad penal es el presupuesto indispensable de reprochabilidad, y no la existencia de beneficiarios del injusto ajenos a la persona jurídica.

22.- Las Penas.

El art.71 del COIP establece una serie de penas para sancionar a las personas jurídicas de encontrarlas culpables o responsable del cometimiento de un delito. Entre éstas podemos encontrar a la multa, el comiso penal, clausura del local, suspensión de actividades generales o específicas, realización de actividades de beneficio a la comunidad, remediación integral, extinción de la persona jurídica y la prohibición de contratar con el estado en forma temporal o definitiva.

Este sistema penal nada tiene que ver con el sistema de aplicación del derecho penal individual que comporta otra lógica de penalización sin perder de vista la función que cumple la medida punitiva establecida.

Doctrinariamente las penas que se podrían imponer a las personas jurídicas podrían clasificarse de la siguiente manera:

a.-La multa. Es la sanción ideal para las personas jurídicas. No está destinada sino a provocar un efecto auto regulatorio propio del derecho penal colectivo pero dirigida a infractores ocasionales.

b.-La sentencia rehabilitadora se impondrá a infractores más frecuentes o

que no se corrigen fácilmente, ni surte efecto la auto regulación. El juez debe verificar que los directivos de la empresa están muy involucrados y son reincidentes en las infracciones.

c.- La sentencia inocuidadora que se la impone a empresas peligrosas cuya actividad pone en peligro bienes jurídicos sociales muy importantes como la salud, medio ambiente o laborales. Se la aplica a las empresas cuyas actividades generan constante peligro a los bienes jurídicos.

d.- La sentencia reparadora que va más allá que una reparación de carácter civil. Puede incluirse, en función de su actividad, trabajos reparatorios en beneficio de la comunidad, en reparaciones de carácter simbólico a través de campañas de prevención, por ejemplo. Se complementa en lo expuesto por Adan Nieto Martín (2008)³⁰ quien cree firmemente que la imposición de la pena a los entes colectivos tiene como objetivo que aquella adopte medidas preventivas y de detección de hechos delictivos. Proporciona un sistema punitivo colectivo clasificándolo desde la finalidad en clave de la sentencia declarativa de responsabilidad cuando el daño no existe y solo se trata de delitos de peligro.

Como vemos el artículo 71 del COIP, tiene el defecto de considerar en estado de peligro a todas las empresas o personas jurídicas que resulten responsables por la comisión de un delito. El concepto de peligrosidad establecido hace que la pena impuesta, excepto la multa, sean todas de carácter interdictorio y sancionador: clausura, suspensión, interdicción de actividades, intervención.

Las penas siempre deben estar conformes con las finalidades de la misma y en las personas jurídicas siempre se asocia al carácter preventivo especial y hasta general, asociado con la necesidad de autocontrol de las mismas para prevenir conductas delictivas. No existe proporcionalidad en la aplicación de las penas porque éstas se encuentran alejadas a la finalidad de la intervención punitiva del Estado.

La doctrina internacional desarrollada sobre esta materia, cuyas preocupaciones sociales son mucho más graves que las nuestras, dado el desarrollo

30.- Ob.cit.

tecnológico y los nuevos riesgos que se ciernen sobre sociedades con un alto nivel de desarrollo tecnológico y económico, no adoptan este sistema de penas en donde la interdicción, que al parecer es el único lenguaje que tiene el Estado para ejercer el control de las actividades de una empresa, es la pena más importante.

La presunción de que toda actividad empresarial es peligrosa contiene vicios por discriminación e inobservancia del principio de igualdad. El prejuicio sobre las empresas y personas jurídicas se encuentra plasmado en la expresión constante en un borrador del penúltimo anteproyecto en cuya exposición de motivos decía textualmente “...por lo que la idea planea dejar de lado la discusión doctrinaria e invitar a un pragmatismo jurídico, que permita criminalizar y evitar la impunidad de los verdaderos quebrantadores del ordenamiento jurídico penal...”.

La empresa, ex ante, es considerada como la verdadera quebrantadora del ordenamiento jurídico ecuatoriano a la que se le puede multar con una cantidad que no pueda pagar sin peligro que se disuelva. Estas penas deben guardar proporción con el delito que se cometió y con el tipo de administrador que se encuentra al frente de ella, tomando en cuenta que a diferencia de la persona individual la persona jurídica no se motiva por la ley ni tiene la alternativa de actuar diferente. Por ello la ley contempla el comportamiento post delictual como la reincidencia que sin estar mencionado en la ley probablemente serán tomadas en cuenta para determinar la peligrosidad de la empresa. Lo paradójico es que de entrada ésta ya es peligrosa y a consecuencia de ello la sanción se encuentra entre la multa y la interdicción por ser los “verdaderos quebrantadores” de la ley.

El Artículo 71 del COIP, tiene medidas de interdicción que solo son aplicables a las empresas peligrosas, a las que hay que intervenirlas para evitar que sus operaciones puedan causar serios daños a la población si es que no tiene un sistema óptimo de producción. Empresas como las que manejan la explotación minera, hidrocarburífera o que manejan desechos tóxicos.

23.- Las medidas de seguridad.

Las medidas de seguridad aparecieron como una alternativa a la pena, ins-

titución propia del derecho penal positivista. Para este derecho el fundamento de la penalidad radica en la culpabilidad y ésta a su vez se sostenía en el libre albedrío. En cambio para el positivismo el castigo debe tener como fundamento la peligrosidad social de algunos sujetos activos cuyas conductas eran consideradas muy peligrosas y contrarias al orden social, y probablemente originadas en defectos psicopatológicos o por problemas de adaptación social. Para este tipo de sujetos se crearon las medidas de seguridad con el objeto preventivo del eventual peligro que significaba las conductas de estos individuos.

La diferencia fundamental con la pena se reduce a que ésta tiene como su antecedente el cometimiento de un delito por parte del sujeto activo y las medidas de seguridad tiene como antecedente la peligrosidad del sujeto, entendida ésta como la probabilidad de que el sujeto cometa un delito en el futuro

El artículo 550 del COIP, establece que las medidas cautelares a la persona jurídica son acciones dispuestas por los jueces tendientes a la prevención de futuras infracciones aplicadas a personas que pudiesen representar un peligro para determinado bien jurídico. El problema es que disfrazadas de medidas cautelares se encuentran definidas verdaderas medidas de seguridad orientadas a la prevención a futuro. No se puede dejar a discreción del interventor la potestad de recomendar la suspender la intervención de la empresa.

Estas medidas cautelares no tienen otra finalidad que aplicar medidas restrictivas a una empresa que podría llevarla a la ruina. Tienen una tendencia castigadora y no preventiva. Buscan el ejercicio del poder punitivo del Estado cuando lo que se debería es trabajar sobre el desarrollo y la implementación de mecanismos de prevención de delitos. Qué importante en este punto sería el contar con un desarrollo legislativo penal que permita verificar si la empresa es una organización renuente a tomar las medidas dictadas por las autoridades, o en su defecto, que teniendo una cultura de acatamiento no desarrolla internamente los mecanismos preventivos en el persona. O verificar si cumple con los mecanismos idóneos y eficaces de denuncia interna cuando se dieran por existentes ciertos hechos, sin contar con la comunicación a las autoridades cuando se ha detectado la presencia de un acto ilícito. Si una empresa cuenta con estos mecanismos ¿para qué intervenirlas o suspenderlas?

24.- Los sujetos activos.

El Art.49 del COIP, establece que la responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho privado excluyendo tácitamente a todas las personas jurídicas de derecho público y los organismos e instituciones previstos en el Art. 225 de la Constitución de la República del Ecuador.

A manera de conclusión podemos asegurar que la adopción de un sistema mixto de responsabilidad penal propia de las personas jurídicas adoptado por el Código Orgánico Integral Penal no debe limitarse a una declaración de intencionalidades en respuesta a necesidades de política criminal por la defensa de bienes jurídicos frente a infracciones que han dañado o ponen en peligro importantes bienes jurídicos individuales y sociales. La introducción de esta responsabilidad en varias legislaciones se lo ha hecho por vía de ley especial o por medio de la introducción en los códigos penales de capítulos enteros y con un considerable articulado referente al mismo tema.

Cambiar un sistema de responsabilidad ha generado amplísimos debates doctrinarios que hasta la actualidad no llegan a un consenso sobre qué instituciones nuevas se adoptarían y se adaptaría a las exigencias de un nuevo esquema diferente a la dogmática tradicional impregnada en la legislación penal ecuatoriana. No es solo el aspecto sustantivo el que debe enriquecerse para que tenga funcionalidad y legitimidad este nuevo sistema sino que debe extenderse en el mismo sentido a los aspectos procedimentales del que absolutamente nada se dice.

25.- Sugerencias en la nueva normativa.

Parece que el legislador ecuatoriano pensó que un cambio estructural de esta naturaleza se puede implementar sin cambiar las metodologías procedimentales de naturaleza distinta al proceso de imputación individual. El proceso penal así establecido gira en torno a las conductas delictivas de las personas naturales y consagra un sistema de garantías procesales sobre la base del respeto a la dignidad humana y al derecho al desarrollo de la personalidad del ser humano de carne y hueso. ¿Qué puntos son los que deberían repensarse y desarrollarse para que el sistema de responsabilidad corporativo propio pueda ser efectivo?



- 1.- El principio de legalidad. La ley debe contener el ámbito penal en el que la responsabilidad propia penal de las personas jurídicas se configura. Debe existir necesariamente una lista taxativa de los delitos en los cuales se aplicará el régimen de la responsabilidad de los entes colectivos. Igualmente debe especificarse si estos delitos deben aplicarse a todas las industrias o actividades corporativas o solo a unas empresas especiales, dada la diversidad de riesgos diferentes en áreas específicas, por ejemplo en la ambiental, en la hidrocarburífera, en el lavado de activos, etc. En el COIP. existen aproximadamente 72 delitos en los cuales puede haber responsabilidad penal. Y digo que pueden haber porque el legislador no es taxativo ni adopta el sistema del *numerus clausus* sino un sistema presumiblemente abierto.
- 2.- Debe incluirse que las medidas de seguridad o de las penas se apliquen en función del responsable individual del delito para saber cuál es su jerarquía dentro de la empresa. A mayor jerarquía, mayor castigo.
- 3.- Como el sistema de responsabilidad propia prescinde del acto delictivo individual, la ley debe describir cuáles son los actos en los que se debe fundamentar la responsabilidad de la empresa y cómo desvalorarlos penalmente. Si es por una organización deficiente por ejemplo deben existir los códigos de prevención para que el juez sepa si se cumplieron o no antes y después del hecho delictivo y de esa forma establecer un parámetro determinante de la responsabilidad.
- 4.- Se debe igualmente establecer parámetros de inimputabilidad por el tamaño de la persona jurídica a fin de que la pena o las medidas cautelares no terminen siendo las causantes de su desaparición.
- 5.- Debe reglamentarse más sobre los presupuestos de la independencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica y la natural a fin de que se regule las causas eximentes de responsabilidad de la persona jurídica.
- 6.- Regular la observancia del principio *non bis in idem* especialmente en relación con la pena que en muchas ocasiones, al ser empresas pequeñas o medianas, el propietario es al mismo tiempo gerente y responsable penal individual, al que en forma desproporcionada se le estaría imponiendo la multa como pena colectiva, la multa como pena individual, la interdicción

y las sanciones administrativas pertinentes. El tamaño de la empresa, para cuestiones de inimputabilidad, debería estar en función del número de trabajadores.

- 7.- Las penas en contra de las empresas deberían tener un sistema gradual de intervención teniendo adelante a la multa como el principal instrumento disuasivo impuesta en consideración al principio constitucional de proporcionalidad.
- 8.- La sanción debe estar especificada en función de la gravedad del delito y de la intensidad participativa de la persona jurídica, los antecedentes penales de la persona jurídica, el tamaño de las ganancias o ventajas obtenidas por la persona jurídica y finalmente el peligro de la actividad ilícita.
- 9.- Deberá constar en la ley la obligatoriedad de dar cumplimiento a los códigos de prevención con la amenaza de imponer una multa o sanción cuando fuere reiterado su incumplimiento.
- 10.- La cuantificación de la multa igualmente deberá estar especificada. Puede ser en fijada en función del volumen de los negocios en el lapso de un año, por ejemplo; o simplemente se tomará en cuenta su patrimonio, teniendo en cuenta la función preventiva de la misma y el costo-beneficio que significa su imposición a la empresa.
- 11.- Establecer un sistema de supervisión con la finalidad de prevenir los delitos nuevos cuyos parámetros estarán previstos en el código de prevención. En éste se contemplará los mecanismos, las medidas, el tiempo, las circunstancias, las obligaciones del supervisor, la medida e intensidad de la supervisión, las medidas asegurativas del cumplimiento de la pena. Se debe legislar sobre las condiciones del representante legal.
- 12.- Debe especificarse sobre la asunción de los costos de comunicación a las víctimas de un delito cometido por la persona jurídica cuando el grado de afectación ha sido masivo o no.
- 13.- Debe igualmente preverse los mecanismos de reparación a las víctimas de los daños causados por alguna conducta delictiva de la persona jurídica.

- 14.- Igualmente debe definirse quién es considerado reincidente, o qué se entiende por superior jerárquico, que es órgano de la empresa.
- 15.- Debe contemplarse igualmente las consecuencias jurídicas de las personas jurídicas cuando lo hacen por transformación, fusión, absorción, escisión y liquidación en relación con los procesos penales pendientes y con relación a las obligaciones penales impuestas con anterioridad. Se debe incluir la situación de los socios.
- 16.- Debe dejarse claro la situación de los consorcios que no son personas jurídicas, el régimen de las empresas sucursales de otras y de las filiales de empresas transnacionales.
- 17.- Debe contemplarse un procedimiento especial para juzgar los delitos cometidos por personas jurídicas porque el COIP. está estructurado bajo la esfera de influencia de la persona natural. El representante legal de la empresa que está consciente de los intereses contra opuestos que tiene con su propia empresa no puede "confesar" a las autoridades/ juez acciones que le puedan perjudicar individualmente. Peor si han sido ellos los ejecutores materiales del delito del que se le acusa a la persona jurídica. No se sabe si comparece como acusado o como testigo. Si es como testigo no puede ser acusado por el principio de prohibición de la auto imputación penal aunque el acusado declarará en contra de la empresa.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Abato Vásquez, Manuel. Responsabilidad Penal de los entes colectivos: estado actual y reflexiones preliminares. Centro de Investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. www.ciidpe.com.ar consultado por última vez el 16 de enero del 2013
- 2.- Anitua, Gabriel I. Historia de los pensamientos criminológicos. Buenos Aires. Del Puerto, 2005. Pag.304.
- 3.- Basigalupo Silvina. Etica Empresarial y Responsabilidad Penal de la Empresas. I/D. Acciones Estratégicas, DER 2008/5867/.
- 4.- Cortázar, Carlos. Una evolución necesaria para el derecho punitivo. Madrid, Civitas, 2001. pag.56.
- 5.- Cuadrado María de los Angeles, Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante ..., un paso hacia atrás?. Revista jurídica de Castilla y León. N.12, Abril 2007.
- 6.- Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón, Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Madrid, 1995, pag.93.
- 7.- Ferrajoli Luigi. Criminalidad y globalización. Traducción de Miguel Carbonell. Estudios de Derecho vol. 65, N.145, Facultad de Derecho y ciencias Políticas, universidad de Antioquia, Medellín, 2008.pg.17.
- 8.- Gómez Jara, Martín, Víctor. Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal, en Víctor Gómez Coordinador, Política Criminal y Reforma Penal, Madrid, Edisofer, 2007, pg. 77.
- 9.- Gracia Martín, Luis. El derecho penal ante la globalización económica. Proyecto de investigación SEJ-07811, de la dirección General de investigación del Ministerio de Educación y ciencia.2008-2011.
- 10.- Méndez Francisco. La globalización y el estado nacional. Revista global. Fundación global Democracia y desarrollo.2007. Vol4. Santo Domingo. República Dominicana
- 11.- Heine Gunter. Modelos de responsabilidad jurídico penal originaria de la empresa. En Modelos de responsabilidad penal de de las personas jurídicas. Ara Editores. Lima, 2012.
- 12.- Heine Gunter. La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales. <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/hei96.html>.2005. Última consulta 4-02-2014..
- 13.- Mir Puig Santiago. Constitución, Derecho Penal y globalización, en Víctor Gómez, Coordinador, Política Criminal y Reforma Penal, Madrid, Edisofer, 2007, pg. 3.
- 14.- Nieto Adán. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. IUSTEL, Madrid. 2008.
- 15.- Osorio Moreno, César. ¿Societas deliquere potest o non potest? www.terragnijurista.com.ar/doctrina/societas.htm, consultado el 2 de enero del 2013.

- 16.- Roxin, Klaus. Problemas básicos del derecho penal. Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros. Editorial Reus, Madrid. 1976. Traducción del Profesor diego Manuel Luzón Peña. Profesor ayudante de Derecho Penal de la universidad Complutense de Madrid.
- 17.- Tiedeman Klaus. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf. 1996
- 18.- Zuñiga Rodríguez, Laura. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto seguido. Ediciones Universidad de Castilla . La Mancha. Universidad de Salamanca. Cuenca. 2001.
- 19.- Shunemann Bernd. Del Derecho Penal de la clase baja al Derecho Penal de la clase alta. En Derecho Penal Económico. Tomo I. Rubinzal-Cursoni Editores. Buenos Aires. Pag. 51-75.

LA TEORÍA DEL ERROR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR

Alvaro Román Márquez

LA TEORÍA DEL ERROR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR.

Alvaro Román Márquez

Segundo lugar, en esta lógica debemos hacer la distinción del objeto de estudio cuando estudiamos los comportamientos humanos en el ámbito del derecho penal.

Para ello se ha regresado a la teoría de la imputación, la cual dice más o menos: primero la imputación al sujeto libre y responsable, y, la segunda la imputación objetiva que tiene dos vertientes: a) la del resultado y b) la de la conducta.

Como he dicho, se trata de un estudio de carácter descriptivo, en el que se pretende describir la conducta humana en el ámbito del derecho penal.

En tercer lugar, esta teoría se basa en la idea de que el sujeto libre y responsable

16. Roxin, Klaus. *Teoría básica del derecho penal*. Biblioteca Jurídica de autores capales y extranjeros. Editorial Ariel, S.A., 1976. Traducción del Profesor Diego Luzán Peña. Primer volumen. De Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.
17. Hedeman Kizus. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. http://www.ambito-legal.com/derecho/temas/temas_ambos.htm. 1999. 27 de julio 1999.
18. Zúñiga Rodríguez, Laura. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto segundo. Tesis de la Universidad de León. La Mancha, Universidad de Salamanca. Cuenca, 2001.
19. Stenemann Bernd. Del Derecho Penal de la empresa al Derecho Penal de la persona. En *Derecho Penal Económico*. Tercer Congreso Europeo. Valencia, 1998. Pág. 41-72.

LA TEORÍA DEL ERROR EN EL

CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR

Alvaro Robledo Méndez

LA TEORÍA DEL ERROR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR.

Alvaro Román Márquez

1. LA IMPUTACIÓN AL SUJETO LIBRE Y RESPONSABLE. ANTECEDENTES. RELACIÓN CON LA CONSTITUCIÓN.

Debemos iniciar la siguiente presentación con ciertas precisiones desde el punto de vista dogmático, para luego desarrollar el tema propuesto, en primer lugar, el derecho es una ciencia social o del espíritu, es por ello que ésta se interpreta y se hace valoraciones, es por ello que el objeto de valoración o de estudio es la regulación de conductas humanas que se presentan en su relación social y dentro de estas las que pueden afectar a otro, por ello tienen la finalidad de prevenir estas conductas y mantener la paz social.

Segundo lugar, en esa lógica debemos hacer una valoración del objeto, cuando estudiamos los comportamientos humanos que le interesan al derecho penal.

Para ello se ha regresado a la teoría de la imputación, existen dos modelos la primera la imputación al sujeto libre y responsable ; y, la segunda la imputación objetiva que tiene dos vertientes a.) del resultado y b.) de la tipicidad.

En ese sentido, la primera teoría de la imputación, se asienta en la libertad que debe tener el sujeto para atribuirle el hecho, esto constituye que tiene que ser la causa libre que de inicio a la causalidad para llegar al resultado propuesto como fin. Se apoya en la teoría del delito como criterios de imputación, esto quiere decir que las categorías dogmáticas de acción, típica, antijurídica y culpable complementan a esta teoría, para cumplir con fijar las reglas técnicas para la toma de decisiones por parte de los jueces.

En tercer lugar, esta teoría considera que la acción humana existe en forma

prejurídica y que luego de las valoraciones sean positivas o negativas debe ser tipificado en la ley penal. Esta teoría no acepta que se inicie con el concepto de autor, ya que sería que la norma existe antes que el hombre o que la norma crea la conducta humana, siendo a la inversa.

Es por ello, que la acción se convierte en la base de la teoría del delito y por ello es considerada en el sustantivo o el primer peldaño en esta construcción dogmática, las demás categorías o conceptos dogmáticos son los adjetivos y los siguientes peldaños que le dan orden al pensamiento de quienes somos parte del derecho penal, que son producto del método analítico que se sigue, por lo tanto es un orden lógico-sistemático, que no se puede burlar.

Con esta propuesta Edgardo Alberto Donna sostiene entre otros, que con esta libertad de construir su propio orden, dejando de lado el mundo divino, (esto debe ser entendida como la libertad negativa y positiva que construyo Kant y que en la actualidad el modelo de Bobbio), se comprende que el hombre tiene el dominio del hechos, esto es seguir o detener cualquier acción que haya iniciado o no y que no se produzca el resultado negativo previsto en la ley penal, esto hace que para imputar el hecho exista los criterios de imputación que son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, que esta teoría divide en imputación primaria conformada por las dos primeras (injusto penal) y la imputación secundaria que es la culpabilidad.

La segunda teoría es la teoría de la imputación objetiva o funcionalista que conforme a los criterios de imputación objetiva, esta soluciona los casos en la en el tipo objetivo, la una imputación al resultado y la otra de la tipicidad, remplazando a la causalidad, no acepta la libertad, además es la sociedad la que entrega las normas que se constituyen en deber jurídico, la comunicación es el elemento esencial en su explicación teórica, eliminando la filosofía del lenguaje, siendo la norma y la sociedad debemos cumplir un rol en la misma y por ello cuando cometemos delito hemos defraudado la norma y el rol que teníamos competencia para ejercer, critica la posición de que debe existir entre acción y resultado. Existen dos posiciones la defendida por Claus Roxin y la de Gunther Jakobs, respectivamente, estas no serán analizadas en esta investigación.

En el presente artículo seguiremos la primera teoría que es la imputación al sujeto libre y responsable. ¿Por qué sigo esta teoría?, es consistente con la

Constitución:

1. El Art. 66.5, reconoce “la libertad del desarrollo de la personalidad sin mas límites que los derechos de los demás”, es decir, que la libertad al mismo tiempo tiene una responsabilidad; consiste que tenemos autodeterminación de realizar lo que nosotros deseamos en el plan de vida que elegimos pero debemos respeto a los demás en sus derechos, ya ellos constituyen el otro que tiene dignidad humana y por lo mismo no debe ser tratado como instrumento para la satisfacción nuestra; ejemplo cuando cometemos delitos de violación o de robo; así mismo,

2. El Art. 66.29.d nadie esta obligado hacer algo que la ley prohíbe. Estas normas tienen relación con la norma del Art. 3.4 del mismo lugar cuando la ética que rige al Estado y a los integrantes de la sociedad ecuatoriana es la ética laica. Y para configurar esta justificación debemos tomar en cuenta el Art. 83.1, 83.4, 83.5 los cuales debemos cumplir la ley y el respeto de los derechos. Podemos concluir que la libertad implica responsabilidad en una sociedad democrática.

Una vez ubicado el tema, debemos seguir en la propuesta, esta imputación al sujeto libre y responsable, es una teoría pos finalistas en la evolución de la teoría del delito, aparece como dice Edgardo Alberto Donna, del pensamiento de Hans Welzel, que produce una profunda transformación en el sistema de la teoría del delito, ya que no sólo se amplían las categorías que la teoría neokantiana había logrado, sino además subjetiviza el injusto.

El gran salto es la decisión metodológica de subjetivizar el injusto por parte de Hans Welzel, consiste en elegir el método de la acción final con lo cual justifica su modelo explicativo de la teoría del delito, el maestro alemán explica que toda acción humana tiene un fin, esto es una estructura lógica objetiva que debe guiar al legislador y no puede alterar, así mismo hay otras estructuras que son la culpabilidad como reproche y la participación.

¿Que es la finalidad o el carácter final de la acción? “se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan”.

Es así que la acción consta de dos fases:

- a) la interna que se encuentra en la esfera del pensamiento, que es la fijación de la meta (plan del autor o programa), la selección de los medios y el cálculo de los efectos concomitantes;
- b) la segunda fase es la que el autor produce un resultado en el mundo real, esto es, pone en marcha la causalidad.
- c) Consigue el resultado propuesto.

Esto genera que la acción humana es compleja tiene los dos aspectos tanto objetivo como lo subjetivo, esto traslada igualmente a la tipicidad, a la antijuridicidad y a la culpabilidad. Generando que la valoración jurídica se haga sobre la unidad final-causal, esto quiere decir, no solo se haga una valoración del aspecto causal (solo el movimiento corporal) sino que también se haga una valoración jurídica del contenido de la voluntad de realización del autor (el fin que quiere alcanzar). Por ello se puede defender que la acción final que es parte del injusto penal debe ser necesariamente de naturaleza "personal". Convirtiéndose en una estructura compleja por sus elementos objetivo y cuestiones subjetivas.

Al generar lo anterior, produce que la antijuridicidad no se puede dejar de lado el elemento subjetivo de la finalidad o como dice el profesor anotado "no es admisible sustraer al hecho en ningún momento la intención que la preside...si la antijuridicidad es un juicio sobre el hecho, dependerá pues, no sólo de sus elementos objetivos, sino también de forma esencial, del elemento subjetivo de la finalidad.

En consecuencia, Hirsch citado por Xavier de la Fuente, hace una crítica a quienes sostienen la antijuridicidad objetiva sin aceptar la existencia de los elementos subjetivos de la causa de justificación, y sostiene "que el Derecho positivo indica que para la justificación es necesaria la orientación subjetiva. La teoría objetiva es temáticamente inapropiada ya que el objeto de la justificación lo constituyen pautas de conducta, es decir, actos y no estados objetivos. Con este modelo del sistema del delito, se genera la explicación y sustento de los elementos subjetivos en todas las categorías dogmáticas y especial en las causas de justificación.

Por último, la culpabilidad también tiene elementos objetivos y subjetivos tanto la capacidad de culpabilidad o capacidad de imputación (imputabilidad), en el conocimiento de la ilicitud del acto y exigibilidad, para reprochar.

2. LA TIPICIDAD. TIPO OBJETIVO Y TIPO SUBJETIVO.

La teoría de la imputación al sujeto libre y responsable, se sigue construyendo que el tipo penal 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 Arts. 66,29.d), 76.3, 132, 132.2, 133.1 de la Constitución.

Conforme a la acción personal o injusto personal, el tipo se divide en tipo objetivo y tipo subjetivo, el primero tiene los elementos esenciales para la existencia del tipo penal, como son el sujeto activo, sujeto pasivo, el verbo rector, el resultado, el objeto material; así mismo los elementos normativos y los elementos descriptivos. También tiene elementos eventuales que de acuerdo a la técnica legislativa se describen en los tipos penales que así lo requieren como son: las circunstancias: de tiempo, lugar, personas, agravantes; los medios: engaño, violencia, intimidación, seducción, amenaza. Los elementos subjetivos distintos del dolo: como son a sabiendas, el ánimo de apropiación, con el propósito, fraudulentamente.

El tipo subjetivo en cambio esta formado por el dolo natural como componente de la acción humana (es una acción humana natural final) que tiene dos elementos que son el conocimiento que tiene que ser actual, real o efectivo de todos los elementos del tipo objetivo; y, la voluntad que es la exteriorización del plan del autor (fin, selección de medios), es decir la puesta en marcha, que tiene voluntad de realización, voluntad de consumación y voluntad de mantener el resultado propuesto.

Dolo para Zaffaroni es la “voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por los conocimientos de éste en el caso en concreto...dolo es el fin de cometer un delito.”

Una vez determinado que es el tipo penal, ¿que se entiende por juicio de tipicidad? es la adecuación de la acción con el tipo penal, es decir, que los

hechos que se exteriorizaron cumple con el tipo penal tanto objetivo como subjetivo.

3. LA ANTIJURIDICIDAD. LA RELACIÓN CON EL TIPO PENAL.

¿Que es la antijuridicidad? es el juicio negativo o el juicio de desvalor que se hace de la conducta o de la acción (tipificada) una vez que se haya cumplido la tipicidad, es el juicio de imputación en que se desvalora la acción y se desvalora el resultado, para determinar la existencia de la antijuridicidad tanto formal como material (Art. 66.5 de la Constitución).

Aquí se forma el injusto penal, es decir que la acción cuando consigue el resultado, que violan la norma valorativa como la imperativa, se produce que es típica y antijurídica. Siempre y cuando no existan causas de justificación que la eliminen o la excluyan.

Como se relaciona la antijuridicidad con el tipo penal, se han estructurado dos teorías: a.) la teoría de los elementos negativos del tipo penal y b) la teoría del tipo penal.

La primera, considera que existe una identificación del tipo penal con la antijuridicidad, es decir, en palabras de Hirsch, “el tipo penal abarca todas las condiciones de la antijuridicidad, incluyendo la falta de causa de justificación. Las condiciones, cuya ausencia es necesaria para la realización de dicho tipo penal, caracterizado como tipo penal de la antijuridicidad, son elementos negativos del tipo. En consecuencia para doctrina de los elementos negativos del tipo penal existe antijuridicidad con la realización del tipo penal. Tipicidad y antijuridicidad, elementos de la antijuridicidad y elementos del tipo penal son idénticos”.

Esta teoría construye que las causas de justificación son parte del tipo penal y en el momento en que actúan lo hacen como elementos negativos del tipo penal, es decir, que eliminan la tipicidad y no la antijuridicidad.

La segunda teoría en cambio, es la doctrina del “...tipo penal incluye el comportamiento prohibido, el cual se encuentra descrito de forma objetiva y

material en las diferentes normas de la Parte Especial, pero no incluye la falta de causas de justificación. En consecuencia, la realización del tipo penal no implica la existencia de la antijuricidad, la cual debe ser analizada en forma separada, luego de constatar la existencia de la realización del tipo penal...”

La teoría del tipo penal actúa como indicio de la antijuricidad para luego entender si existen causas de justificación que eliminan la antijuricidad, quedando la tipicidad sin ser afectada por las mismas; bajo esta concepción según Hirsch las causas de justificación actúan o están una a lado de la otra y que la norma abstracta no puede ser limitada a través de suposiciones permisivas. Es por ello que, al actuar afectan a la antijuricidad y no a la tipicidad como se había dicho.

4. LA RELACIÓN DE LA NORMA CON LA ANTIJURIDICIDAD DESVALOR DE ACCIÓN Y DESVALOR DE RESULTADO.

Existen dos teorías la primera que es la monista, se sustenta en el ilícito personal y en las normas de determinación que mas adelante se explicara, pero esta teoría hace hincapié solamente en el desvalor de la acción, por cuanto considera que el resultado es una condición objetiva de punibilidad es por ello que el mismo no le comprende a la acción o no es una consecuencia de la misma, sino que en esa condición ellos lo consideran como algo que aparece por el azar, es por ello que esta teoría subjetivista admite la tentativa inidónea y los delitos de peligro abstracto.

La segunda teoría es la dualista. Hemos sustentado en líneas anteriores que la acción final o voluntaria o de resultado, como nos dice Xavier de la Fuente es vista como la estructura personal (objetiva-subjetiva) de la tipicidad y de la antijuricidad no como una cuestión ontológica (que deba derivarse de la realidad) sino una opción normativa y valorativa.

Esto quiere decir para el mismo autor que el hombre se comporta siempre en forma final porque en la realidad (en el ser), selecciona metas o fines con arreglo a diversas motivaciones. Pero otra cosa completamente distinta es el análisis dogmático y normativo que se realice respecto de esa conducta. Se puede partir del concepto final de la acción y, sin embargo, por razones metodológicas o sistemáticas, considerar que el aspecto objetivo de la acción tiene

que ser analizado en lo injusto y el subjetivo en la culpabilidad.

Continuando con este autor, si se acepta una concepción personal sobre el injusto y se analiza el dolo dentro de la tipicidad, lo que tiene que ver con la aptitud psíquica del autor, con los motivos y con su capacidad para comprender la ilicitud de su conducta, no forma parte del injusto sino en el juicio de la culpabilidad.

Es por ello que esta teoría en forma lógica, se puede decir que el injusto sustentado en la naturaleza personal de lo ilícito, puede extraerse del carácter imperativo de la norma jurídica, es decir, de su consideración como norma de determinación dirigida a motivar la conducta de los hombres para que se abstenga o hagan lo que la norma les describe.

Esta norma jurídica imperativa, bajo el criterio del Edgardo Alberto Donna, se encuentra en forma implícita y precede al tipo penal o ley penal, así mismo ésta es precedida por el bien jurídico que tutela. Es así que existe la norma imperativa que manda o prohíbe conductas, pero al mismo tiempo también realiza valoraciones tanto positivas como negativas, cuando el autor del delito afecta esta norma jurídica la esta atacando a toda la norma es por ello que no se puede desvincular las dos normas, ya que "...son dos funciones o dos aspectos de una sola norma..".

Es en razón de lo anterior, que la norma no puede ser explicada por si misma en su contenido, sin relacionarla o sin establecer ninguna referencia con el bien jurídico involucrado. Citando De la Fuente a Juan Bustos Ramírez, "es necesario buscar el eje de referencia de la regla jurídica, que es justamente el bien jurídico".

Concluye De la Fuente si la norma en que se basa el injusto no sólo establece prohibiciones y mandatos, sino que también valora bienes jurídicos, fácil resulta concluir que lo injusto debe integrarse por el desvalor de acción y por el desvalor del resultado. Para el autor alemán Hirsch "...no son dos conceptos básicamente situados uno al lado del otro, sino que en el delito doloso de resultado el desvalor de resultado constituye la conclusión material del desvalor de acción....".

El desvalor de acción bajo la opinión de Hirsch se sostiene hasta la con-

sumación del delito, en ese momento la norma de determinación o imperativa fueron violadas por la acción u omisión que esta contenida en la norma jurídica. Además, si se consiguió el resultado típico y con ello la lesión o se puso en peligro el bien jurídico se produce el desvalor del resultado por parte del autor del delito. Es por ello que en conjunto afecta las dos funciones de la norma jurídica que habíamos hablando anteriormente. Se puede considerar que existe una conducta antijurídica y por lo mismo se da origen al injusto penal.

Existe en la dogmática la discusión de entender a esta conducta antijurídica desde el punto de vista de la antijuricidad formal y de la antijuricidad material. Hirsch conforme lo expone Donna, critica la antijuricidad material por cuanto considera que puede ser una forma de eliminar la antijuricidad formal y además, que el concepto de la antijuricidad material tiene un origen político criminal que genera la primera consecuencia anotada.

Claro esta que los defensores de la visión contraria son Von List, Roxin que determinan la existencia de la antijuricidad formal y de la antijuricidad material, dicen que las funciones que tiene la antijuricidad material son delimitadoras, ya que nos ayudan a entender y determinar el contenido de las causas de justificación, así como su función primaria como se ha indicado es la protección de los valores y fines que la norma y los tipo penales tiene como base y núcleo duro de su tutela como son los bienes jurídicos, entre otras. Donna, se limita a exponer que se debe considerar el punto de Hirsch en forma más amplia, en cuanto a la crítica de la antijuricidad material.

Bajo mi juicio si existe la norma de valoración tanto positiva de los bienes jurídicos que son afectados por el resultado de la acción del autor del delito, como la valoración negativa de las conductas que contrarían las normas imperativas y con ello afectan el bien jurídico. Hacen que tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado cumplen funciones complementarias y al mismo tiempo esenciales entre ellas, con ello al momento en que no exista el resultado que afecte el bien jurídico no estaríamos en la capacidad de que existe una antijuricidad, tomando en cuenta la posición de Bustos Ramírez, Xavier de la Fuente y de la doctrina dominante que el Derecho Penal lo que tutela es bienes jurídicos, por ello que la norma debe cumplir con sus funciones de protección. Además, en apoyo a esta posición personal, la autora Alicia Gil Gil, sostiene que "El desvalor del resultado tiene la función de conectar la conducta contraria a la norma con la función de dicha norma..." Claro que la

autora explica mas adelante que ella niega la norma de valoración ya que solo existe la norma de determinación.

En el caso de la tentativa debemos explicar que existe una puesta en peligro del bien jurídico en el caso en concreto debemos analizar que sea un peligro real al bien jurídico. Ya que José Cerezo Mir, dice que la ausencia del desvalor del resultado no determina (...) la licitud de la conducta. Es por ese motivo se debe admitir la antijuricidad material, ya que con ello se evita los delitos de peligro abstracto y la tentativa inidónea que son instituciones jurídicas que no afectan ningún bien jurídico alguno, además con ello podemos descartar posiciones extremas sean estas subjetivistas u objetivistas. Además, nos darnos cuenta de mejor manera la posición de protección de los bienes jurídicos en las causas de justificación.

5. LA CULPABILIDAD COMO ELEMENTOS DEL DELITO Y SU RELACION CON LA NORMA Y CON EL INJUSTO.

Una vez analizada la teoría del injusto penal tanto en las categorías de la acción final, del tipo penal y de la antijuridicidad, en relación con la norma jurídica, debemos analizar la evolución de la culpabilidad.

¿Qué es la culpabilidad?

Existen varias formas de entender a la culpabilidad:

- 1) Como medida de la pena;
- 2.) Como límite al poder de sancionar del estado; y,
- 3) como elemento o categoría dogmática de la teoría del delito.

El primer significado tiene en cuanto a la peligrosidad como actúa el autor del delito, en el segundo se debe buscar siempre que alguien sea culpable del hecho y el último es cuando se debe tener en cuenta que es uno de los adjetivos de la acción.

Tomando en cuenta lo anterior, el principio de culpabilidad se construye

en contra posición de la responsabilidad objetiva, ésta última imperaba en el sistema antiguo o en sistemas autoritarios penales, es el fiel reflejo del derecho penal de autor, en que consiste este, era el que sin realizar ningún acto o acción se lo castigaba, se lo perseguía por su condición o por lo que eres o por su personalidad, por ejemplo: las brujas, los herejes, los vagabundos, los homosexuales, los blasfemos, los delincuentes natos, los que son peligrosos para la sociedad, así mismo en la edad media se castigaban a cualquier persona como chivo expiatorio por el hecho de una peste o plaga que se producía en la ciudad.

Es por eso que el derecho penal se preocupa de la imputación subjetiva o la imputación *moralis* del hecho al autor. Esto es el derecho penal de acción de acto, que esta previsto en nuestra Constitución en el Art. 76.3, es así que nace la responsabilidad sea como antecedente y como respuesta por la acción u omisión que haya causado el delito.

Teorías de la Culpabilidad. En la evolución de la teoría del delito han existido varias aportaciones, entre las más importantes tenemos las siguientes:

5.1. Teorías de la Culpabilidad.

a. Culpabilidad sicológica :

En primer lugar la imputabilidad y el nexo causal son presupuestos de la culpabilidad sicológica. Es decir que primero debe existir la capacidad de conocer y la capacidad de querer para determinar si se puede calificar de culpable alguien sea por dolo o por culpa.

Para Zaffaroni, la culpabilidad sicológica tiene su origen positivista. Su característica es que es libre de cualquier relación a la norma, se pretendía que sea tanto solo con contenido descriptivo. Es decir, que se pretendía que sea una culpabilidad libre de valor .

Es por eso que la culpabilidad sicológica es una relación sicológica entre la voluntad del autor y el resultado con sus dos grados o especies de dolo y culpa.

Es decir que es la simple aprehensión del sujeto del objeto que se ha producido en la realidad, a través del dolo o culpa, sin poder influir en aquello.

Al estar el dolo en la culpabilidad, existe el dolo malus, que es el dolo como conocimiento y voluntad y el conocimiento de la antijuridicidad. Lo cual provocaba dificultades en el problema del error de hecho y del error de derecho.

A esta posición dogmática se la conoce como el causalismo y la teoría del dolo estricta.

b. Culpabilidad normativa mixta o compleja.

Según Luis Jiménez de Asúa menciona que se le da tintes de normativa pero no expulsa lo psicológico, hay una suma de elementos tanto psicológicos como normativos.

La culpabilidad pasó de ser un nexo psicológico entre el agente y su comportamiento para convertirse en un juicio de valor. Esta pasó a ser el concepto central de la culpabilidad, con lo cual se transformó de un conocimiento subjetivo-psicológico en un juicio valorativo objetivo; su lugar se trasladó de la cabeza del autor a la cabeza de otros.

c. Culpabilidad normativa.

Existen dos teorías a. Teoría de la atribuibilidad (Maurach) y b. Teoría normativa pura. (Welzel)

c.1. La atribuibilidad, se divide en dos Responsabilidad por el hecho y reproche de culpabilidad.

Es la atribución personal por el hecho que no sólo haga procedente la responsabilidad del autor para la pena (..) sino también para las medidas de seguridad y corrección independientes de la culpabilidad. Por ello la responsabilidad se supone cuando la acción del autor es resultado de su falta de motivación con la norma que prohíbe su actuación que le es conocida.

c.2. Es la entendida como la deuda del autor frente a la sociedad, y que, podía actuar conforme a las normas y no lo hizo. Es por ello que se le debe reprochar por cuanto no se motiva en la norma prohibida o de mandato, es

decir, sabiendo lo que hace sigue actuando injustamente.

La reprochabilidad es la constatación de que el autor tiene las condiciones que permiten el reproche en función de que revelan la disposición interna contraria al derecho con que el autor realizó el acto. El reproche es el desvalor en sí mismo.

c.3 Como se entiende la culpabilidad en la teoría del injusto personal o de la imputación al sujeto libre y responsable, se origina en el derecho penal de acción o acto como habíamos mencionado, que buscan a la persona libre en la realización de sus actos con capacidad de conocer y comprender que actuaba en contra del derecho, en esas condiciones a esa persona libre se debe reprochar el acto y hacerlo responsable por lo que hizo.

Es decir, es la libertad en relación con la valoración jurídica del acto, que significado tiene esta propuesta, para el maestro Donna citando a Hirsch, sostiene que "Ya se habló de la libertad del sujeto en el primer nivel de imputación, en el sentido de poder manejar la causalidad hacia un fin y poder actuar de manera distinta a la que lo hizo" continúa diciendo el maestro argentino "El problema del sujeto libre en este segundo nivel, esto es, en la culpabilidad, es el de la libertad, análogo al visto anteriormente. Lo que se debe analizar en este punto es una cuestión sencilla de enunciar y compleja en estructura: se trata de la posibilidad de actuar del sujeto cuando ha valorado que esa conducta era prohibida. Es decir, que por lo menos tuvo la posibilidad de conocer que su conducta era contraria a la norma y además actuar conforme a ese conocimiento.

En resumen, al hablar de culpabilidad en el campo penal se entiende que ésta exige que el autor del hecho haya tenido la posibilidad de conocer el ilícito que comete, que lo hizo con la libertad de la cual goza, en esas circunstancias se debe reprochar y responsabilizar por ese acto o acción. Cerrando el círculo de la imputación al sujeto libre y responsable.

Tomando en cuenta que la libertad que un ciudadano tiene como derecho implica en un estado democrático y constitucional de derecho la responsabilidad que debe tener por sus actos siendo antecedente y valoración del sufrir el castigo. Ya que solo la simple libertad sin responsabilidad sería un estado de naturaleza sin normas y sin respeto a la sociedad en la cual vive.

Estructura de la culpabilidad normativa:

1. Capacidad de culpabilidad o de imputación (imputabilidad). La persona es legalmente capaz cuando por sí misma puede contraer obligaciones y ejercer derechos; por lo tanto se infiere que una persona al tener plena capacidad posee la madurez psíquica necesaria para conocer la ilicitud de sus actos.

Como expresa Muñoz Conde la culpabilidad “se basa en que el autor de la infracción penal, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos”.

Por lo tanto una persona que carezca de capacidad no puede ser declarada culpable y por ende no es responsable penalmente de sus actos:

Causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad:

Anomalía y alteración psíquica, minoría de edad, alteración de la percepción, alteraciones psíquicas y estados de intoxicación por fuerza mayor.

2. Comprensión de la antijuridicidad del acto: Muñoz Conde: “La norma penal solo puede motivar al individuo en la medida en que éste pueda conocer el contenido de sus prohibiciones” o mandatos.

En este segundo elemento se infiere que la persona que comete el hecho sabe que su acción está prohibida por la norma jurídica implícita de carácter imperativo (prohibición o de mandato) en el tipo penal, por lo tanto se determina que el sujeto libre de elegir, realiza una acción que afecta a un bien jurídico que se encuentra protegido por la norma y por consiguiente su conducta se adecua al tipo penal previamente y que a la vez debe ser calificada como antijurídica, es aquí que se sabe que esta conducta es injusta y que contraria el ordenamiento jurídico. Una vez cumplido el injusto se continúa el análisis de la culpabilidad y se busca la comprensión o la valoración que debe hacer de la norma jurídica imperativa.

Como expresa Muñoz Conde “Si el sujeto no sabe que su hacer estar prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización (...)” por lo

tanto, en este caso nos encontramos frente al error de prohibición. Esta afirmación del maestro español tiene relación con el Art. 66.29.d de la Constitución.

3. Exigibilidad de un comportamiento distinto:

La norma penal tiene un ámbito de exigencia por lo tanto todas las personas deben cumplir con los mandatos normativos. La exigibilidad objetiva se refiere a que los niveles de exigencia que marca el ordenamiento jurídico pueden ser cumplidos por cualquier persona.

6. LA TEORÍA DEL ERROR EN LA DOGMÁTICA PENAL Y SU ANÁLISIS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR.

El concepto de error hace directa referencia al conocimiento y a la comprensión, el primero como elemento del error de tipo y el segundo en el error de prohibición, en esta parte haremos un breve análisis de estos dos elementos y su relación con los errores mencionados.

¿Qué es el conocimiento? Kant plantea el “Dualismo entre sujeto y objeto”, esto quiere decir, que el conocimiento es un proceso por el cual el sujeto a través de sus sentidos observa el objeto a valorar, en ese instante se produce el conocimiento consciente que origina el contenido de la conciencia del objeto.

En la teoría del conocimiento de Kant, ese objeto se encuentra en el caos y en las intuiciones puras que son el tiempo y el espacio, en el momento que ingresa a nuestro intelecto este posee de categorías que van a ordenar a este objeto y lo convertirán en un fenómeno determinado por estas categorías a priori como son de calidad, cantidad, relación y de modalidad.

En ese mismo sentido, para Lersch citado por Donna, el sujeto a través de las representaciones y de las percepciones dan contenidos de nuestra conciencia de los objetos, que se encuentran ubicados en las formas puras de la intuición que son el espacio y el tiempo, que al ingresar a nuestro intelecto cognitivo superior que se encuentra conformado por el entendimiento en sentido estricto (conceptos), facultad de juzgar (juicios) y razón en sentido estricto (conclusiones). Podemos sacar conceptos, juicios y conclusiones sobre ese

objeto y estaríamos realizando una valoración del objeto y por lo mismo sería conocimiento.

En el caso del derecho penal, el sujeto que es el autor del delito, debe poseer en el momento del acto una capacidad sensorial y percepción de las cuestiones descriptivas del hecho y de comprensión intelectual de las normativas y de los elementos esenciales y/o eventuales del tipo objetivo y de la norma.

Por lo que concluye Donna citando a Triffterer, que el conocimiento en el dolo no era otra cosa que la imagen refleja del tipo objetivo. Y en la culpabilidad el tema es el conocimiento de la prohibición, distintita cuestión del dolo.

En este punto, Zaffaroni, menciona que para el error de prohibición debe existir a más del conocimiento la comprensión, ya que este autor considera que conocimiento no es sinónimo de comprensión. Por qué sostiene esto el maestro argentino? Para “comprenderse la criminalidad de un acto se requiere, antes que nada, que se sepa lo que se esta haciendo (dolo) y, luego que se pueda comprender la pauta de conducta jurídica que se viola con ese acto.”

Con esto concluye el autor argentino que el conocimiento no debe ser efectivo o real, sino que puede ser potencial. Es así que pone un ejemplo que Malinowski tuvo conocimiento de las valoraciones del pueblo polinesio, pero no comprendió sus valores. Aquí podemos incluir nuestra realidad ecuatoriana, en la cual el Estado es plurinacional e intercultural, esto hace que existan varias nacionalidades que tienen en primer momento su propia cultura, sus propias normas de comportamiento social, así mismo sus derechos colectivos, su propia filosofía, como estudios del derecho, de la sociología o de la antropología. Podemos hacer un estudio de conocimiento de la cultura Kiwcha describiremos en forma minuciosa en que consiste sus comportamientos, sus ritos, sus pautas, su forma de juzgar, de sancionar, etc, eso se llama conocimiento, pero no comprensión, por que sostiene esto.

Por qué “no nos podemos motivar en esos valores, en esas normas, porque no las comprendemos. Hay indudablemente algo que nos impide motivarnos en esos valores, pese a que a veces podemos conocerlos hasta en sus mínimos detalles.”

Pero sigamos con el tema propuesto, que más podemos indagar sobre la

comprensión, el maestro argentino menciona que se requiere conocimiento para que exista comprensión, pero no puede haber comprensión sin conocimiento.

Esto se origina cuando citando a Dilthey, que el mundo es objeto de las ciencias natural lo “explicamos”, al mundo histórico, que es objeto de las ciencias naturales “lo vivenciamos”, continúa diciendo que la “La vivencia es posible debido a que las ciencias del espíritu se confunde el sujeto con el objeto, que pasa con las vivencias ajenas, dice que no se nos da en forma inmediata sino cuando la comparamos con las propias. “ denominamos comprender al proceso en el cual partiendo de sucesos sensiblemente dados de algo síquico, cuya manifestación son, conocemos ese algo síquico”.

Citando a Heidegger dice que la comprensión es mas amplia que el simple conocimiento histórico, sino que es la comprensión del mundo sin limitaciones, debido que el hombre (el “ser ahí”) es un “ser en el mundo”, que solo se comprende a sí a través de su comprensión del mundo”. Es aquí que la comprensión tiene un rango mayor que el simple conocimiento.

Es por eso que la comprensión “tampoco coincide con el mero conocimiento o acceso formal, se dice que comprensión es una suerte de captación material del contenido de un concepto o sea, la captación del objeto como algo distinto de la mera suma de sus notas propias”.

Es en ese sentido Zaffaroni menciona que “Quien no es capaz de vivenciar su condición de persona, que no podrá comprender un desvalor jurídico en el marco de una comunidad de personas. Aquel infeliz que no distinga el “Yo” del “Tú”, no podrá tener realmente un “Yo”, porque permanecerá sin saber que haya un mundo en el que puede ser alguna forma, lo que para él será inalcanzable.”

Concluyendo el profesor, que “Le será exigible a un sujeto la comprensión de la antijuridicidad de su conducta sólo cuando tuvo la posibilidad de conocerla, cuando se comprende a sí mismo como persona porque comprende a los demás como tales y, por último, cuando le era exigible, dadas sus circunstancias culturales, que internalizase la pauta de conducta que ese desvalor señala”

Con la propuesta de los Doctores Edgardo Alberto Donna y Eugenio Raul

Zaffaroni, hemos podido hacer un aporte en que consisten cada una de las categorías propuesta en el proyecto de Código Orgánico Integral Penal, tomando en cuenta que las normas en un proyecto anterior tipificaban estos errores, el error de tipo usan en la redacción "...el error e ignorancia...se desconozca uno o varios de los elementos..." y en el error de prohibición "el error o ignorancia no comprende...", es decir que se hace una diferencia entre conocimiento y comprensión.

Pero en el aprobado por la Asamblea Nacional se eliminaron estos textos y se prefirió no incluirlos, pero se mantienen en sin importar esta eliminación legislativa.

Porque se mantiene aquello, si hemos aceptado la teoría del injusto personal o de ilícito personal o de la acción final hemos podido observar de las argumentaciones entregadas en este artículo que siendo la acción humana compleja se deben estudiarla como es con sus elementos objetivo y subjetivos, por ese motivo al ser la acción el sustantivo los demás calificativos o adjetivos deben reunir los elementos del sujeto o sustantivo que califican. Por ello el tipo tendrá la clasificación objetiva y subjetiva en el que se incluirá el dolo con sus elementos esenciales de conocimiento y voluntad a pesar de la desafortunada redacción del COIP en su Art. 26 inciso primero "Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño".

Además, en el Art. 34 cuando se define la culpabilidad "Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta". En esta redacción se mantiene la culpabilidad normativa y dos elementos sus elementos faltando la exigibilidad. En el momento que se redacta que debe conocer la antijuridicidad del acto, acepta que existe el error de prohibición que será analizado en este artículo.

Con esta explicación inicial para poder mencionar que no existe ninguna dislocación con la dogmática propuesta como modelo teórico propuesto.

6.1. EL ERROR.

Una vez definido el conocimiento y la comprensión debemos saber sobre el error.

En un primer momento ¿Qué es el error?

“El error es una discordancia con el objeto y por lo tanto una falla de la conciencia”. Es decir, en el proceso de conocimiento en el ámbito del sujeto este tiene una distorsión en la conciencia del objeto que observa a través de los sentidos, esto produce como resultado una alteración cognoscitiva del sujeto sobre el objeto. Se puede decir, que es la falsa apreciación que se tiene de la realidad.

En el caso del dolo el conocimiento como hemos sostenido en líneas anteriores, es la imagen que se tiene de los elementos del tipo objetivo y si se produce una alteración de uno de los elementos que son objetivos sean descriptivos o normativos producen un efecto en ese conocimiento.

Lo mismo sucede en cuanto a la comprensión de la norma de prohibición o de mandato, es decir, que si se tiene una afectación a la conciencia del objeto se produce una alteración en la captación del objeto que es la norma y por lo mismo produce un efecto en esa comprensión.

A.) Teorías sobre el error:

- Teoría restringida de la culpabilidad:

Este se asemeja al error de tipo. Roxin afirma que la teoría restringida de la culpabilidad está generalizada, pero no es fácilmente comprensible.

Por lo tanto, la teoría de la culpabilidad se restringe ya que considera excluyente al dolo.

- Teoría de los elementos negativos del tipo penal:

En esta teoría se infiere que en el tipo penal debe completarse todo el juicio de la antijuridicidad de la conducta.

Tipo positivo: Está integrado por el conjunto de elementos que fundamentan positivamente lo injusto.

Tipo negativo: Está configurado por la ausencia de faltas de justificación.

- Teoría de la aplicación analógica del error de tipo:

Se encuentra frente a un supuesto especial de error el cual no constituye ni error de tipo ni error de prohibición, por lo cual lo más adecuado es resolver el caso aplicando analógicamente las reglas del error de tipo.

- Teoría de la aplicación analógica de las consecuencias del error de tipo:

En esta teoría se expone que no se aplica el régimen del error de tipo si no se aplica sus consecuencias, por lo tanto el autor se exime de sanción cuando se encuentra frente a un error inevitable pero cuando se encuentra frente a un error evitable recibe la pena correspondiente a la actuación por imprudencia.

- La ausencia de dolo de lo injusto y del desvalor propio del delito doloso:

En este caso se sostiene que en los casos de error de tipo permisivo no existe un auténtico injusto doloso, de modo que puede admitirse la presencia de un injusto imprudente cuando el error haya sido evitable.

- Teoría estricta de la culpabilidad:

Se caracteriza por considerar independientemente del dolo a la conciencia de la antijuricidad y, al conocimiento del injusto exigido, como no necesariamente actual. El error de prohibición invencible, así, elimina la culpabilidad, pero deja intacto el dolo y, el error vencible, disminuye la culpabilidad y la pena.

B.) CLASES DE ERROR:

Tomando en cuenta lo anterior, el error se clasifica en error de tipo y en error de prohibición.

B. 1) Error de tipo:

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 ignorancia. Es el desconocimiento de las circunstancias objetivas del tipo.

El error de tipo tiene como efecto principal eliminar el dolo. Si el dolo es el conocimiento y la voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo, esto implica que se debe tener conocimiento de todos y cada uno de sus elementos, en consecuencia, al existir una alteración sobre el conocimiento de alguno de los componentes objetivos, eliminará el elemento cognitivo y por lo tanto no existirá uno de los elementos del dolo.

Tomando en cuenta que el dolo se encuentra en el tipo, el efecto será que se elimina la tipicidad y la acción será atípica, ya que no se adecuará al tipo penal.

Dentro del concepto de error de tipo se incluye dos supuestos: La ignorancia y el error.

- **Ignorancia:** Esta se da cuando el autor desconoce directamente o ignora algún elemento exigido por el tipo penal objetivo. Se entiende que la ignorancia es la ausencia total de conocimiento perceptivo o valorativo sobre algo.

- **Error:** Se da error cuando el sujeto que va a cometer la acción conoce el elemento previsto por el tipo objetivo, pero, tiene una equivocada o falsa percepción de lo percibido por los sentidos.

Por lo tanto el error es el conocimiento deformado de la realidad. Para

SAVIGNY el error es siempre una forma de la ignorancia, puesto que el error existe como consecuencia de ignorar alguna cosa;

BINDING dice que “todo conocimiento falso supone, precisamente, un no conocimiento, en tanto que todo lo no conocido es un conocimiento erróneo.

ROXIN “El error de tipo no presupone ninguna falsa suposición, sino que basta con la falta de la correcta representación”.

a. Error sobre los elementos descriptivos y normativos del tipo penal:

Como habíamos expresado en líneas anteriores el tipo penal en el momento de la descripción que se realiza con la técnica legislativa que se aplique en cumplimiento del principio de legalidad, se pueden ubicar en la redacción elementos descriptivos o normativos, es por eso en esta parte debemos darnos cuenta que el dolo debe abarcar cada uno de estos elementos.

Por esa razón para Roxin “es importante saber que el conocimiento de las circunstancias del hecho, conocimiento que al faltar excluye el dolo, es diferente según el tipo de la circunstancia del hecho. Se hacen diferencias entre elementos descriptivos y normativos del tipo”

Continúa explicando “Esto significa en la teoría del error: en los elementos descriptivos se presenta un error de tipo excluyente del dolo cuando falte o sea errónea la percepción sensorial, es decir, ver, tocar el objeto que se designa. Por el contrario, hablamos de los elementos normativos cuando solamente existe en el ámbito de las representaciones valorativas, y, por ello, solamente puede ser comprendido espiritualmente.”

En ese mismo sentido Enrique Bacigalupo: el error sobre los elementos descriptivos se da cuando el autor percibe con sus sentidos equivocadamente; el error sobre los elementos normativos se da cuando el autor ha carecido de una valoración que le haya permitido comprender el significado del elemento correspondiente.

Roxin plantea un elemento a la discusión, que pasa con el elementos que reúne estas dos características, como son el documento, una es descriptivo

cuando se le puede tocar o sentir y además tiene el carácter de normativo por cuanto debe ser comprendido en el significado del contenido de dicho sentido que se le puede dar a este documento dentro del tráfico jurídico. Se da el error de tipo cuando el sujeto activo destruye un documento y desconoce que lo ha destruido, y, también se da error de tipo cuando no ha entendido que el documento que observo tiene un valor probatorio, este último tiene el valor de error de tipo sobre elementos normativos.

b. Error de subsunción.

Se entiende por subsunción el adecuar de la conducta al tipo penal, por lo tanto el error de subsunción no excluyen el dolo.

Roxin, para explicar de que se trata este error propone un ejemplo: En Alemania se acostumbra que el mozo marque con una raya la cantidad de bebidas consumidas haciendo una raya en el posavasos de cartón de la bebida. Para la jurisprudencia eso es un documento por cuanto existe una declaración de voluntad y que prueba jurídicamente (el número de bebidas). Puede considerarse error de tipo que una individuo a borrado las líneas, ya que el considera que para que exista documento debe haber una firma y ser por escrito.

En el caso propuesto este error se da cuando el "autor haya subsumido los hechos erróneamente desde un punto de vista jurídico, pero habiendo tenido el conocimiento propio de un lego respecto del elemento concreto." Es así que el individuo que considera que no existe documento por la falta de elementos conceptuales que el conoce (escrito y firma).

Pero para Roxin, considera que este error de subsunción es cuando el autor debe haber definido correctamente el concepto de documento. El error de subsunción se trata de un error de interpretación, es decir que el sujeto interpreta conceptualmente en forma equivocada un elemento típico. Dado que esto solo lo podría hacer los penalistas, más no el común ciudadano, lo que importa es que el ciudadano haya comprendido el concepto social del elemento del tipo, por lo que es irrelevante para el derecho penal que este no haya tenido el concepto jurídico claro de lo que es documento. Es decir, que él sabía que era un documento por cuanto conocía que es la costumbre de señalar los vasos consumidos para el cobro final de la cuenta. Por lo que concluye el maestro alemán que debe ser penado por falsedad documental.

Para Helmut Frister, el hecho que el autor no haya podido subsumir el concepto jurídico es un asunto irrelevante para el derecho penal, ya que es irrelevante para el dolo.

Este error se diferencia del error de tipo, ya que el error de tipo es sobre una circunstancia de hecho, mientras que este error es sobre un concepto jurídico. Por otro lado, en el error de tipo no es esencial la diferencia entre el elemento normativo y el descriptivo.

El error de subsunción al ser un error sobre un concepto jurídico puede ser el origen del error de prohibición ya que “el autor supone que el hecho que subsume incorrectamente no está prohibido por norma alguna.”

c. Error de tipo en las leyes en blanco.

El tipo penal en blanco es cuanto se requiere para completar su tipificación de otra ley que en muchos casos es extra penal, en este caso según el autor alemán Helmut Frister, menciona que los elementos en blanco, los presupuestos de la norma que rellena el elemento forma parte del tipo penal respectivo. Por ello el dolo, tiene que referirse a esos presupuestos. Por ejemplo cuando se pide la obligación de llevar libros de contabilidad o el caso de su calidad de comerciante. En el caso quien hereda una empresa de la cual no conoce que es comerciante y de su obligación de llevar los libros de contabilidad.

d. Doble error de tipo:

Este error se presenta en los casos en los que “el autor incurre en error respecto a algún elemento del tipo objetivo, pero al mismo tiempo actúa suponiendo la concurrencia de otro elemento que también resultaría suficiente para afirmar la tipicidad”. Este error es irrelevante para el derecho penal por lo mismo sería penado.

Donna citando a Roxin, toma el ejemplo de la violación de domicilio: Cuando una persona ingresa a un domicilio ajeno creyendo equivocadamente que es una casa de negocio, aunque se trata de una morada.

e. Evitabilidad o inevitabilidad del error:

Como viene lo menciona el Doctor Edgardo Alberto Donna, el error de tipo es la contracara de la parte cognitiva del dolo, esto quiere decir que como el dolo es el reflejo de los elementos del tipo objetivo, en el caso de existir error no se le puede imputar el delito a título de dolo.

Por ello el maestro de Mendoza, propone que si el desconocimiento es sobre el elemento básico del tipo penal esto excluye en forma total la imputación, por ejemplo en el caso de ejemplo del espantapájaros de Roxin o del cazador, pero si el error se presente en una de las circunstancias agravantes esto hace que la imputación se de en el tipo básico. El ejemplo que propone Donna es el caso de Edipo, que si no conoció que eran sus padres, ya que a esa época conocía solamente a sus padres adoptivos mal se le puede imputar el delito de parricidio, pero se debe aplicar el tipo básico que es el homicidio.

El que un error sea evitable o inevitable, se basa en el poder conocer la anti-juricidad de la conducta desplegada, o sea, que el estudio está en la conciencia del autor, pero cabe destacar que esta conciencia sobre la antijuridicidad es diferente a la conciencia general exigida por la culpabilidad, ya que esta última, se analiza una vez confirmada la capacidad del sujeto de comprender la mentada antijuridicidad.

e.1 Error inevitable.- Este error es inevitable para Kuhl citado por Donna, cuando el desconocimiento del autor es tal que lo protege de la pena y no ha llenado los requisitos del tipo imprudente. Cuando el error no se le puede imputar su error como obra suya. Ha utilizado su capacidad dentro de cierto marco, de modo que aun con esfuerzo normal le hubiera sido imposible des-embrazarse del error.

Esto quiere decir, no debemos olvidar en que consiste para Welzel la actividad final "se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan".

Cuando el error se produce como una cuestión imprevisible, no se le puede imputar a título de acción final con dominabilidad de la causalidad, ya que,

este error cae fuera de la órbita de su poder y queda sujeto al mero curso causal.

En consecuencia este error excluye la responsabilidad tanto a título de dolo como de imprudencia, ya que el sujeto ha puesto toda la diligencia que corresponde para la actuación concreta.

En esa misma lógica el error inevitable Donna sostiene que el "autor hace todo lo que le era exigible de modo que nada se le puede reclamar. Aunque el sujeto a puesto toda la diligencia que corresponde para la actuación concreta, de todas formas ha caído en el error".

e.2. Error evitable.- Es el error que se podía haber evitado si el sujeto hubiera actuado observando el cuidado debido. El sujeto no actúa con dolo pero se tiene que comprobar si ha actuado con imprudencia, es decir, si ha superado el riesgo permitido infringiendo el deber de cuidado que se exige.

El error sobre los elementos del tipo es evitable cuando el autor, no ha observando el cuidado exigido, hubiera podido conocer correctamente las circunstancias ignoradas o falsamente representadas. La relación entre observancia del cuidado y conocimiento o correcto conocimiento debe ser prácticamente segura.

Es por ese motivo que el proyecto del Código Orgánico Integral Penal, se incluye este cambio de tipicidad a imprudente o culposo, por cuanto se violenta la norma objetiva de cuidado.

El Código utiliza un sistema cerrado en la tipificación, siempre que se encuentre prevista el tipo penal de la imprudencia o culposo se podrá imponer una pena si se demuestra el error de tipo vencible, pero en el caso contrario, que no exista tipificación culposa este sería impune por falta de tipo penal (Art. 76.3 de la Constitución).

f. Supuestos de error de tipo:

Para Zaffaroni existen casos particulares de error de tipo sobre la causalidad y el resultado. Estos casos son los ABERRATIO, que abarcan a) el

error en el objeto o en la persona; b) aberratio ictus o error en el golpe y c) el llamado *dolus generalis*.

Para Helmut Frister, menciona que el error sobre el objeto del hecho, se divide en:

- a) Error en persona.
- b) Error en el golpe o aberratio ictus.
- c) el cambio del objeto del hecho durante el hecho.

1. Error en el objeto:

Para Zaffaroni, es el supuesto de una acción dolosamente dirigida contra un objeto, que resulta afectando a otro distinto, al que no se quería afectar ni se aceptaba la posibilidad de hacerlo.

Donna citando a Kulh, propone que es el caso típico cuando se dispara a una persona sin conocer que era esa persona queda excluido su dolo, o el caso del hurto cuando se cree que la cosa es propia.

El problema se da con el problema de la equivalencia o no. Por ello suele hacerse aquí la distinción entre objeto equivalente y no equivalente, para determinar la relevancia o la no relevancia para el derecho penal.

En el primer caso, cuando una persona sustrae un vehículo ajeno, pero cree que el vehículo sustraído es mas nuevo que él quería, o cuando una persona sustrae la cartera de una persona que detesta, pero ha sido de la dueña de la fiesta, este error es irrelevante para el derecho penal por lo que debe ser igualmente castigado. Objeto querido vehículo más viejo alcanzado es más nuevo.

En el segundo caso cuando, son “no equivalentes”, es cuando el objeto querido no es el alcanzado por el autor, por ejemplo en el caso del cazador o del espantapájaros, El autor quiere darle a un animal o al espantapájaros, pero termina disparando a un hombre. En este caso sería relevante para el derecho penal por lo que según el caso sería no punible.

Esta equivalencia como menciona Donna debe hacerse conforme a cada uno de los tipo penales.

En esa lógica para Francisco Muñoz Conde, en principio no tiene una especial transcendencia la cualidad del objeto o de la persona sobre la que recae la acción, es irrelevante que A mate a B en lugar de a C.

El error es irrelevante cuando los objetos son homogéneos, es decir, de igual naturaleza, por lo cual este error no tiene entidad suficiente para excluir el dolo, ya que, la persona quería matar y no mató, pero, no a la persona que quería sino a otra.

Por otra parte, cuando los objetos son heterogéneos el error da lugar a un concurso entre el delito que el sujeto quería alcanzar y el resultado imprudente realizado. Por lo tanto el error si es relevante. Ejemplo: Se quiere matar al perro del vecino pero se mata al vecino.

2. Error en el golpe o aberratio ictus:

En este caso exista un error en la identidad de la persona víctima del delito. El tipo ejemplo es el homicidio "A quiere matar a X, pero en la semioscuridad del crepúsculo confunde a Y, que se aproxima, con X y lo mata". En rigor de la verdad, dice Donna que es un caso de error en el objeto, ya que la persona se convierte en objeto de la acción del tipo penal. Por ello la solución al caso sería las mismas reglas para el caso del error en objeto.

Para Kuhl citado por Donna, afirma que "la distinción entre supuesto y el error in persona es que el error en el golpe, el autor quiere alcanzar su objeto pero falla en su meta, en tanto en el error in persona existe un cambio de sujeto pasivo. En ese mismo sentido, Zaffaroni menciona que en ambos casos el sujeto se dirige una conducta contra un objeto determinado, pero en tanto que el error in persona lo alcanza, el error en el golpe no lo alcanza.

Para la opinión de Edgardo Alberto Donna, "no se debe confundir el error de golpe con el error de objeto. En este último caso, no existe un desvío en la causalidad, sino que, en realidad, el autor individualiza equivocadamente el objeto que quiere alcanzar en la relación causal. En el error en el objeto la

equivocación ictus, el sujeto elige correctamente el objeto que quiere dañar no reside en la relación de causalidad, sino en la selección del objeto que se quiere lesionar. En cambio, en la aberratio ictus el sujeto elige correctamente el objeto que quiere dar, sólo que, debido al yerro, se produce un desvío en el curso causal y termina lesionando un objeto distinto.

3. Error sobre la relación de causalidad:

Como sostiene el Doctor Edgardo Alberto Donna, la causalidad esta comprendida por el conocimiento del dolo. El autor como mínimo de haber, tomado seriamente como posible y con ello conformarse de que su conducta pueda ser causa de un resultado típico.

De modo que esta relación de causalidad, como se ha visto es insustituible en el plano objetivo, cobra relevancia en el plano subjetivo. Si el autor es consciente de todos los elementos del tipo objetivo para actuar dolosamente, también fue consciente del curso causal, ya que también forma parte de la imputación subjetiva el modo en que dicho resultado se va alcanzar. Esto tiene íntima relación con el momento en que el sujeto libre al ser la causa primera o libre domina el hecho con el conocimiento y la voluntad de realización de la causalidad para consumir el resultado.

El sujeto no debe tener el conocimiento de todas las circunstancias que se requieren para llegar al fin propuesto, como por ejemplo el caso de que sepa el mecanismo de activación del arma, el recorrido, etc. Él conoce que va a matar y conoce los aspectos esenciales o centrales de la relación de causalidad por lo que es suficiente con este conocimiento por lo que se le puede imputar el hecho.

El caso propuesto por Welzel, el sujeto utiliza una hacha que le impacta por lo que habría homicidio doloso consumado, aun cuando los golpes de hacha no hubieren sido mortales, pero la muerte se hubiere producido por una infección a consecuencia de los hachazos. Pues esta desviación de la causalidad está dentro del marco de la causalidad adecuada; diferente sería si la infección provino por descuido del hospital o de la víctima. Es el caso del francotirador que planifico dispara a su víctima en la cabeza, pero lo hace en la garganta y muere, o le dispara y muere a los pocos días en el hospital unos días mas tarde debido a la hemorragia o laceración de los órganos. El caso del puede es sufi-

ciente que lo haya lanzado por el puente hacia el río y en el momento en que cae se golpea con la base del mismo en el cráneo y cae en el río y muere por sumersión, es irrelevante el desvío causal, ya que el fin era el mismo.

Las desviaciones esenciales del curso causal pueden dar lugar, por tanto, a una exclusión del dolo. Las desviaciones inesenciales o que no afectan a la producción del resultado pretendido por el autor son irrelevantes.

Sin embargo, si el resultado se produce de un modo desconectado de la acción del autor, como mucho se le podrá imputar el hecho como tentativa, el caso que le disparó cerca del corazón, pero muere del choque de la ambulancia en el momento en que era llevado la víctima al hospital, como no tuvo el dominio de la causalidad responde solo por el resultado causado.

4. Dolus generalis:

Es la denominación que se da a uno de los errores sobre la causalidad. Se trata del caso en que el autor, si bien previó el resultado típico como producido por uno de sus actos parciales, dentro del todo un curso fáctico, éste deviene por otro acto parcial ejecutado por él mismo.

El sujeto activo cree haber consumado el delito, cuando en verdad ha sido causado por un hecho posterior. Ejemplo.: El novio celoso atropella a su novia; con la creencia de que ésta ya había muerto la tira al río, cuando en realidad estaba inconsciente por lo tanto muere por ahogamiento.

Estamos frente a un caso de que existe dolo de asesinar, pero el segundo acto sería un imprudente o sería un solo dolo. Históricamente, como manifiesta el Doctor Donna el dolo general ayudaba a solucionar este caso, ya que se extendía al segundo acto, pero Roxin en un primer momento sostuvo que no era posible aquello ya que el dolo de matar había agotado su presencia en el primer acto y él ya no existía.

Entonces el problema se concentra si la desviación causal es relevante para el derecho penal o no. Existe varias posiciones, la primera la de Welzel, quien sostiene que existe tentativa de homicidio en concurso real con el delito de homicidio culposo; Roxin cambia su postura inicial y sostiene en

la actualidad que es un solo dolo de asesinato con ocultamiento, por lo que la desviación causal es inescusable. Hay otras soluciones como la Maurach-Zipf, que si el autor partió de que se había consumado el delito el segundo acto sería separado y se debía insistir en la imprudencia. Es el caso de enterrar o de dejar a una persona asfixiada por muerte y muerte por frío.

O cuando le esta apuntando con una pistola y se le dispara siendo su plan el dar muerte la doctrina mantiene el caso de que este desvío causal no es relevante para el derecho penal, pero si se le dispara con un acto preparatorio se lo castigará por delito culposo, si se le dispara por un acto que no esta dentro de la programación será castigado por tentativa.

5. El error sobre los elementos agravantes o cualificantes:

Como habíamos manifestando que si no se tiene conocimiento en las circunstancias agravantes no podrán ser tomadas en cuenta para agravar el tipo penal, pero se castigará con el delito básico. O como propone el proyecto que no serán valoradas por el Juez.

Error en el cambio del objeto del hecho.

Este supuesto tiene que ver con el cambio que el sujeto hace durante la ejecución del hecho, en el cual desplaza consciente la dirección de su agresión de un objeto a otro. Es irrelevante ya que Roxin citado por Donna, sostiene que no es un cambio de dolo sino de objeto, por lo mismo se debe castigar como delito consumado.

Pero, en el caso de que un sujeto en un parque quiere robar a una mujer a quien le da un golpe y la deja inconsciente, pero no le roba sino que le accede sexualmente, en este caso si hay un cambio de dolo que es el delito de violación sexual y en el otro caso habría tentativa desistida.

B. 2) ERROR DE PROHIBICIÓN:

Una de las ficciones que en nuestra legislación presenta es que la ignorancia de la ley no excusa a persona alguna, pero como sostiene Juan Fernández de Carrasquilla, "Sin duda alguna – y en esto se ha reparado muy poco-la

presunción de conocimiento de la ley se ha equiparado o confundido tradicionalmente con la exigencia de conocimiento o conciencia del injusto del hecho (conciencia de la antijuridicidad del hecho), viniendo así este último –pese a su carácter de elemento de la culpabilidad y por ende presupuesto necesario de la pena- a ser también presumido. Pero esta identificación no es admisible porque el conocimiento de la ley remite a la cultura general de los ciudadanos y por tanto a los medios de comunicación social disponibles, en tanto que el conocimiento de la antijuridicidad real o posible es un conocimiento jurídico-cultural relativo al hecho concreto (y por tanto implica una especie de subsunción valorativa del lego).”

Es decir, que el conocimiento de la ley es una premisa que el Estado se sirve para fijar su poder de legislador exclusivo y excluyente, pero en los casos en concretos la imputación del acto a una persona debe pasar los filtros previsto como criterios de imputación que son la acción típica, antijurídica y culpable, esta última categoría hace que nadie pueda ser castigado cuando la ley no es conocida, por lo que esa norma no puede motivar al destinatario de la misma sino la conoce y peor aun sino la ayuda a conformar en la fase pre legislativa.

En esa lógica Zaffaroni citando Alchourron-Buligyn, sostiene que el estado de la “vieja ilusión iluminista de una ley penal tan clara que cualquiera pudiese conocer, ha pasado a una realidad en la que el derecho –como texto- no sólo no es conocido por los actores en escena, sino que incluso quienes lo interpretan tiene grandes dificultades para hacerlo....En otras palabras, se pretende ejercer el poder punitivo montado sobre el desconocimiento causado por el entramado legislativo, confuso, múltiple y enmarañado que produce.” Por lo que concluye el autor argentino que “el principio de culpabilidad es la valla infranqueable que debe oponer el derecho penal al constante esfuerzo del poder punitivo por hacer inextricable su normación legislativa.”

El principio de culpabilidad, se genera en la teoría de que el sujeto es libre y responsable , ya que como hemos mencionado en líneas anteriores, la libertad y responsabilidad son conceptos inseparables, es por eso que el error de prohibición en esta parte de la explicación tiene sustento en la libertad del sujeto y en su comprensión del injusto, por cuanto sino no tiene esta sería responsabilidad objetiva.

Por esa razón quien actúa con error de prohibición, es el sujeto que creyendo actuar lícitamente perjudica el bien jurídico tutelado. Una creencia equivocada de su actuar lícito puede provenir:

a.) o de la ignorancia de que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico

b.) o del pensamiento de que le ampara una eximente por justificación que realmente no se da,

c.) o porque dándose, le otorga una amplitud tal que supone haber obrado dentro de los fueros de la norma permisiva, o,

d.) finalmente, porque imagina la concurrencia de circunstancias ajenas al hecho que, si por el contrario, concurriesen, meritariamente lo justifican, por lo tanto este error se da cuando el autor desconoce la prohibición o el mandato y por ende la antijuridicidad de su acto.

Como habíamos sostenido anteriormente, la ignorancia es la ausencia total del conocimiento en este caso existe total comprensión de que existe una norma prohibida o que el ordenamiento jurídico prohíbe, por ejemplo cuando un colombiano viene al Ecuador y mantiene relaciones sexuales con una menor de 18 años seduciéndola y engañándola para conseguir la copula carnal (estupro), resulta que el tiene total desconocimiento que su conducta esta prohibida, ya que en Colombia el estupro no es delito.

Es el caso que la persona tiene el convencimiento de que su actuación le ampara una causa de justificación que no le ampara, por ejemplo: cuando un Policía dispara contra una multitud, en plena manifestación, creyendo que por su condición de miembro de la seguridad pública le ampara la legítima defensa.

En por eso que Mir Puig afirma que este error de prohibición. “tampoco comprende los casos de error de derecho que consistan en un error sobre un elemento normativo jurídico integrante del supuesto de hecho de la infracción penal, sino solo el desconocimiento de la ilicitud de dicho supuesto de hecho”.

Por otro lado Roxin sostiene que “cuando un error concierne únicamente a

la antijuridicidad de la acción típica, se trata de un error de prohibición. Muñoz Conde "Existe error de prohibición no solo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud del hecho".

Nadie puede motivarse acerca de la norma penal si desconoce lo prohibido, por lo tanto, solo es posible castigar a alguien si se le ha advertido previamente de tal posibilidad. Así como el error de tipo es lo contrario de la existencia del dolo, el error de prohibición lo es del actual conocimiento del injusto, por lo tanto, el error de prohibición será tratado más severamente que el error de tipo.

El error de prohibición recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta. Cuando es invencible, es decir, cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. Cuando es vencible, para nada afecta la tipicidad dolosa o culposa que ya está afirmada a nivel correspondiente, teniendo solo el efecto de disminuir la culpabilidad.

En conclusión el error de prohibición supone que el individuo conoce perfectamente lo que hace pero cree que eso que realiza es una actuación lícita, que no está prohibida, que no es antijurídica. El error de prohibición no es más que una consecuencia del principio de culpabilidad.

Formas de manifestación y conciencia de la antijuridicidad:

1. Directo o abstracto:

Es directo el error sobre la licitud si el sujeto desconoce el contenido de la norma penal. Puede suceder incluso que tenga conocimiento completo de la norma pero que por razones posteriores no lo crea vigente. Por lo tanto se trata de un error sobre la existencia, vigencia y alcances de la prohibición.

En cuanto a la validez o existencia, cuando la persona considera que es nula una ley que no es producida por un órgano que no tiene la competencia y que todavía no ha sido declarada por la Corte Constitucional.

En cuanto a la vigencia, cuando se estima que una norma se encuentra

en vigencia, siendo derogada por un acto legislativo posterior. (En recurso de casación es la que violenta el contenido de la ley).

Cuando considera que la norma sea prohibitiva o de mandato no tiene el alcance jurídico que conforme a la interpretación y posteriormente a la subsumción de los hechos.

2. Indirecto o concreto:

En este caso el sujeto, es decir el autor, conoce la prohibición, pero cree equivocadamente que su conducta está justificada por una causa de justificación.

Es cuando quien actúa matando a una persona que considera su enemiga, cuando considera que esta estima que le puede dar muerte en el momento que se acerca e introduce su mano en su chaqueta en ademán de sacar una pistola, lo cual nunca sucedió.

Consecuencias jurídicas del error de prohibición:

1. Error inevitable:

Cuando el error sea inevitable no se le podrá hacer ningún tipo de reproche al autor por su conducta antijurídica, por lo tanto se excluirá la culpabilidad y por ende la pena.

2. Error evitable:

Este error consiste en una atenuación de la pena, por lo tanto, el sujeto sí realizó la conducta antijurídica (supuesto de hecho) por lo que se le impondrá una pena atenuada (consecuencia jurídica). Righi expone "que en los casos de error de prohibición evitable debe atenuarse la pena tomando en cuenta la incidencia del error en su individualización. Ejemplo: El autor obra sabiendo lo que hace, pero en la creencia de que ello no es antijurídico, la ley penal, solo determina la atenuación de la pena.

Para Roxin, el error de prohibición es vencible bajo tres presupuestos que deben probarse uno tras el otro, ya que considera que el error de prohibición

es evitable casi siempre.

a. Tiene que existir un motivo para verificar la situación jurídica.

En primer lugar menciona Roxin que el error de prohibición puede ser invencible cuando el autor tenía un motivo para preocuparse por la legitimidad de su conducta. Existen tres motivos:

“El primero es el caso de la duda acerca del injusto. A través de su propia reflexión, de lecturas especializadas, o de experiencias anteriores, o también mediante comunicaciones de terceros, el autor puede haber obtenido dudas sobre si aquello que quiere hacer esta o no permitido, por ejemplo un negocio. El puede entonces no dejar la puerta abierta y seguir investigando más sobre las dudas. Si por el contrario, aparta las dudas y confía sin más en el carácter permitido de su conducta, el error de prohibición que resultara al cumplir con los demás presupuestos del tipo, será evitable.”

Es decir para el maestro alemán y como lo expreso Zaffaroni, existen gran cantidad de legislación que los propios operadores pueden generar dificultades en el conocimiento del derecho, por lo que aparecen las dudas en la realización o no, pero aconseja el maestro de Munich que se debe seguir investigando para determinar el error invencible, sino se lo hace será vencible y por eso la culpabilidad atenuada.

En segundo lugar, “existe un motivo para realizar una evaluación jurídica cuando alguien actúa en un ámbito especial del cual se conoce que esta sometido a normas jurídicas.” El autor alemán menciona como ejemplo a la persona que por su propia actividad esta sometido a normas como el que tiene un negocio de víveres, sabe que debe cumplir con normas sanitarias, quien dice no conocer esto es un error vencible.

Un tercer caso, plantea el autor citado, “el autor debe reflexionar sobre la legitimidad de su conducta cuando reconozca que a través de ella otros o la colectividad podrían sufrir daños permanentes”. Luego quien ve que ocasiona a otros graves pérdidas económicas, tiene un motivo para averiguar si se está sirviendo de métodos permitidos. Por ejemplo que la persona que utiliza la fuerza para reprimir una propuesta relativamente mínimo tiene que reflexionar si esto todavía estaría cubierto por la norma permisiva de la legiti-

ma defensa. Si rebasa los límites será un error de prohibición vencible.

Concluye el maestro Roxin que cuando no pueda afirmarse estos tres motivos debe juzgarse como error invencible.

b. El autor no debe haberse esforzado seriamente por cerciorarse o debe haberlo hecho de manera insuficiente.

Este caso se da cuando la persona debe indagar en forma suficiente por esclarecer los hechos pero igual después de las indagaciones ha llegado a un resultado falso, es un error invencible. Por ejemplo una persona indaga sobre un negocio y consulta a un abogado, quien le menciona que su conducta esta permitida y la misma no esta permitida según las leyes, el sujeto al recibir información falsa, esta en un error de prohibición invencible. No importa que el abogado sea o no capaz o que en forma posterior haya o no reflexionado esto no se le puede exigir a un profano. Lo que no esta permitido es haberle exigido al abogado un dictamen falso sobre el tema. Además, el auto menciona el caso del estudiante cuando consulta al profesor fuera de clases este no reflexiona en forma adecuada esta respuesta puede generar errores, lo contrario sería cuando le consulta en el espacio adecuado y con el tiempo necesario. O cuando se ha dado lectura a una jurisprudencia o cuando no hay sentencias sobre caso y se aplica la información que se tiene sobre la ciencia. Pero el Tribunal aplica otra jurisprudencia que se parta de la mayoría existente, hay error de prohibición invencible.

Cuando la persona por sus propias iniciativas da lectura a sentencias, textos legales que por su formación no puede extraer el conocimiento de los mismos, seria error de prohibición invencible. En el Ecuador cualquier persona tiene la costumbre de leer la ley y buscar jurisprudencia en vía electrónica, pero eso no lo hace que tiene comprensión de su legalidad o no.

c. Debe haberse podido alcanzar el conocimiento del injusto.

Cuando el autor tenía motivo para preocuparse por la legalidad de su conducta, pero no lo ha hecho o lo ha hecho de una manera suficiente. No es error invencible, ya que debe haber esfuerzos suficientes de aseguramiento, para un acercamiento de comprensión jurídica. Por ejemplo: si el abogado, cuya consulta ha sido omitida, hubiera declarado que la conducta esta permitida

por la ley, invocando la jurisprudencia de la época, la conducta que el autor ha puesto en práctica sin ninguna evaluación ha sido efectuada bajo error de prohibición invencible.

BIBLIOGRAFIA.

- Enrique Bagigalupo "Derecho Penal" Parte General, Lima, Editorial ARA, 1ra. Edición, 2004.
- Norberto Bobbio, Teoría de la Política, Barcelona, Editorial Trotta, 2010.
- Juan Fernández Carrasquilla, Principios y Normas Rectores Del Derecho Penal, Bogotá, editorial Leyer, 1998.
- Xavier Esteban De la Fuente, "Aspectos subjetivos de las causas de justificación", Buenos Aires, editorial Rubinzal Culzoni, edición 1, año 2008
- Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, parte general Tomo I, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2006.
- Derecho Penal, parte general Tomo II, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2006.
- Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2008.
- Derecho Penal, Parte General, Tomo IV, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2008.
- Helmut Frister, Derecho Penal, traducción a la 4ta. Edición de Marcelo Sancinetti, Buenos Aires, Editorial Hamurabi, 2011.
- Alicia Gil Gil. "Sobre la pertenencia del desvalor del resultado al injusto", Libro Homenaje a Hans Welzel, Directores Hans Joachim Hirsch, José Cerezo Mir y Edgardo Alberto Donna, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2005.
- Hans Joachim Hirsch, Derecho Penal, Obras Completas, Tomo IV. Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 1era. edición, 2005.
- Javier Jiménez Martínez, Los elementos del delito, Culpabilidad e inculpabilidad, Tomo IV, México, Editorial Ángel, 2010.
- Francisco Muñoz Conde, El error en el Derecho Penal, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, Colección Autores de Derecho Penal, dirigida por Edgardo Alberto Donna, 2003.
- Francisco Muñoz Conde, Tratado de Derecho Penal, parte general, Valencia, Editorial Tirant Blanch, 2002.
- Claus Roxin, La teoría del delito en la discusión actual, traducción de Manuel Abanto Vázquez, Artículo Acerca del error en el derecho penal", Lima, editorial Grijley, 2007.
- María Ángeles Rueda Martín, La Teoría de la Imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, Bogotá, Editorial Bosch-U. Externado de Colombia, 2002
- Eugenio Raul Zafaronni, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Ediar, año 2004.-, Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2000.

Impreso en septiembre de 2015

**ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE
SU VENTA ES PENADA POR LA LEY**



Mauricio Enrique Pacheco

Lcdo. en Ciencias Jurídicas.
Pontificia Universidad Católica
del Ecuador. PUCE.

Dr. en Jurisprudencia
U. Internacional del Ecuador UIDE

Magister en Ciencias Jurídicas
de la Administración de Justicia
Universidad Central del Ecuador

Magister en Educación Superior
Mención en Ciencias Jurídicas
Universidad Central del Ecuador.

Diploma Superior en Sociología
Facultad latinoamericana de
Ciencias Sociales. FLACSO

Especialización en Derecho Penal (c)
Universidad Andina Simon Bolívar

Candidato a PhD
Universidad de Salamanca- España

Profesor Auxiliar a Tiempo Completo
Derecho Penal y Derecho Procesal,
Facultad de Jurisprudencia
Universidad Central del Ecuador.

Ex Fiscal de Pichincha.
Fiscalía General del Estado.

EDITORIAL JURÍDICA "EL FORUM"

La Isla N29-66 y Las Casas
Tlfs.: (02)2550 943 / 0998 043 275
email: elforum1editores@yahoo.es
D.M. Quito - Ecuador