

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**TEORÍA CONSTITUCIONAL DEL DELITO Y EL
CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**

PABLO ENCALADA HIDALGO

2014



Yo, Pablo Encalada Hidalgo, autor de la tesis intitulada *Teoría constitucional del delito y el Código Orgánico Integral Penal* mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha. 05 de febrero de 2014

Firma:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**TEORÍA CONSTITUCIONAL DEL DELITO Y EL
CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**

PABLO ENCALADA HIDALGO

Tutor: Dr. Ramiro Ávila Santamaría

Quito, 2014

RESUMEN

El presente trabajo académico tiene como objetivo determinar cuáles son los presupuestos jurídicos de la punibilidad en el marco de la Constitución de la República de Ecuador del año 2008, a propósito de la entrada en vigencia de un nuevo régimen penal en el Ecuador suscitado por la inminente expedición de la ley del Código Orgánico Integral Penal. Es decir que, dentro del régimen garantista que ha sido dibujado por los constituyentes, podamos establecer cuándo el Estado está en capacidad de sancionar penalmente a una persona.

En principio nos ocuparemos de justificar la necesidad de la ley penal, y estableceremos los principios constitucionales que marcan el camino del legislador a la hora de dictar el nuevo régimen penal. Posteriormente, fundamentado en la dogmática penal, desarrollaremos una teoría del delito acorde a lo que corresponde a un estado democrático.

Finalmente, más allá de ser un trabajo descriptivo, un deber ser, este trabajo pretende elaborar un análisis crítico de lo que puede ser el nuevo régimen penal, examinando las categorías dogmáticas del delito paralelamente con el último borrador disponible del Código Orgánico Integral Penal.

ÍNDICE

RESUMEN.....	4
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I.....	10
JUSTIFICACIÓN TEÓRICA DEL DERECHO PENAL.....	10
1.1. <i>Potestas Puniendi</i> o Poder punitivo del Estado.....	10
1.2. Derecho penal como límite al poder punitivo del Estado.....	12
1.3. Acepciones de Derecho Penal.....	13
1.4. Protección de Bienes Jurídicos.....	18
1.5. Garantismo penal.....	18
1.6. El poder punitivo y el Código Orgánico Integral Penal.....	24
1.7. La teoría del delito como sistema racionalizador del ejercicio del poder punitivo ...	25
CAPÍTULO II.....	29
ACTO.....	29
2.1. Elementos negativos del acto.....	31
2.2. El acto en el Código Orgánico Integral Penal.....	34
2.3. Delitos por omisión.....	39
2.3.1. Clases de delitos de omisión.....	40
2.4. La omisión en el Código Orgánico Integral Penal.....	42

CAPÍTULO III	46
TIPICIDAD	46
3.1. Tipicidad Objetiva	49
3.2. Tipicidad Subjetiva	53
3.2.1. Dolo	54
3.2.2. Culpa	56
3.2.3. Teoría del error	60
3.3. La tipicidad en el Código Orgánico Integral Penal	63
CAPÍTULO IV	67
ANTI JURIDICIDAD	67
4.1. Antijuridicidad formal	69
4.1.1. Causas de justificación	69
4.2. Antijuridicidad material	72
4.3. La Antijuridicidad en el Código Orgánico Integral Penal	77
CAPÍTULO V	80
CULPABILIDAD	80
5.1. Concepto de culpabilidad	81
5.2. Elementos de la Culpabilidad	82
5.2.1. Imputabilidad	83

5.2.2. Conocimiento de la antijuridicidad del actuar.....	85
5.2.3. Exigibilidad de otra conducta.....	91
5.3. La culpabilidad en el Código Orgánico Integral Penal.....	93
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	100
BIBLIOGRAFIA.....	106
ANEXOS.....	110

INTRODUCCIÓN

La entrada en vigencia de la Constitución de la República del año 2008 impone al legislador la obligación de adaptar la normatividad inferior al modelo de Estado constitucional de derechos y justicia que acordamos los ecuatorianos¹. Al tiempo que planteamos esta problemática, se encontraba vigente el código penal del año 1938, que no es más que una reedición del código napoleónico de los primeros años del siglo XIX, y que demuestra, además, una fuerte influencia del código Rocco de la Italia fascista de 1930.

Por ello es que, teniendo una constitución progresista como la ecuatoriana, que data del año 2008, y un código penal de hace más de doscientos años, la mínima reacción de un penalista ante las normas penales es dudar de su constitucionalidad. Es en este escenario que se discute dentro de la Asamblea Nacional la Ley del Código Orgánico Integral Penal, que no es más que la codificación de las normas penales en un solo cuerpo normativo conformado por tres libros; el primero referente a la parte sustantiva –de los delitos–, el segundo libro de la parte adjetiva o de procedimiento y el tercer libro de ejecución de penas.

El presente trabajo académico, realizado sobre la base del último borrador vigente del proyecto de ley del código integral penal, que se discute en la Asamblea Nacional²,

¹ Constitución de la República de Ecuador, artículo 1: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”.

² Asamblea Nacional del Ecuador, Comisión de Justicia, *Borrador, segundo debate, código orgánico integral penal*, 3 de mayo de 2013.

busca ser el primer análisis crítico de la parte general del primer libro de dicho código. Es decir que, a la luz de la Constitución de la República, estemos en capacidad de respondernos: ¿cuándo prohibir? y de determinar la correspondencia entre este deber ser y los presupuestos de la punibilidad establecidos en el nuevo régimen penal.

CAPÍTULO I

JUSTIFICACIÓN TEÓRICA DEL DERECHO PENAL

1.1. *Potestas Puniendi* o Poder punitivo del Estado

La Revolución francesa marca un punto de inflexión determinante en la historia de la humanidad, se trata, pues, del nacimiento de las repúblicas como forma de organización de los individuos en sociedad, fundamentadas en principios democráticos como la soberanía, la representación popular y la independencia de poderes.

Los ideales democráticos y republicanos de las revoluciones francesas (1789) y norteamericanas (1776), parten del origen contractualista de la sociedad, por el cual los ciudadanos libres, “cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla, sacrificaron [...] una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. El complejo de todas estas porciones de libertad [...] forma la soberanía de una nación, y el Soberano es su administrador y legítimo depositario.”³

Por su parte Rousseau define al “soberano” como esa multitud de personas que se ha reunido en un solo cuerpo, cuyos miembros no pueden ser ofendidos “sin que se ataque a todo el cuerpo, y aún menos ser ofendido el cuerpo sin que por ello se resientan los

³ César Bonesana Marqués de Beccaria, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Brasil, Editorial Editorial Heliasta 1993, p. 58.

miembros. Así es como el deber y el interés obligan igualmente a las dos partes contratantes a prestarse ayuda mutuamente”⁴.

En tanto que Hobbes sostiene que “la causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás) al introducir esta restricción sobre sí mismos (en la que los vemos vivir formando Estados) es el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica”⁵; es decir, que el fin del Estado es la seguridad de quienes lo integran.

El poder de castigar de los Estados nace entonces como una necesidad de garantizar la convivencia entre los ciudadanos que han suscrito el contrato social, quienes han cedido parte de sus libertades al Estado para que las administre y las proteja de quienes quieran usurparla o de los mismo que, tras haberlas cedido en función del contrato, quieran recuperarlas.

Sobre el derecho de castigar Montesquieu sostiene que “toda pena que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránica”⁶, es decir que el Estado tiene el derecho de castigar para mantener el orden social o la convivencia, pero que las penas serán aplicadas como último recurso. Aquí nace, en los albores del republicanismo, el principio de

⁴ Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*, Quito, Editorial Libresa, 2000, p. 27

⁵ Thomas Hobbes, *Leviatan*, Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 137.

⁶ César Bonesana Marqués de Beccaria, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Brasil, Editorial Heliasta, 1993, p. 59.

fragmentariedad del Derecho Penal, consagrado hoy en el Art. 195 de la Constitución de la República de Ecuador⁷.

1.2. Derecho penal como límite al poder punitivo del Estado

Los conflictos sociales que ahora asociamos al concepto de delito han existido desde que existe la humanidad; sin embargo no es sino hasta la época de la Revolución francesa que el filósofo, pensador y padre del derecho penal moderno César Beccaria⁸ sienta las bases del derecho penal garantista con su tratado *de los delitos y las penas*, obra de la que emergen postulados tan importantes como el principio de legalidad, independencia de poderes, la igualdad ante la ley, proporcionalidad de las penas, racionalidad de las penas, etc.

El garantismo penal no es una propuesta vanguardista como peyorativamente pretende endilgarle el poder político, ya César Beccaria⁹, hace doscientos cincuenta años, era un garantista¹⁰. Al tiempo de escribir su obra observó el abuso del derecho de castigar que tiene el soberano (el Rey) y reparó en el desconocimiento de los ciudadanos sobre

⁷ Constitución de la República de Ecuador, artículo 195: “La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal...”

⁸ Cfr. César Bonesana Marqués de Beccaria, *Tratado de los Delitos y de las Penas...*

⁹ Cfr. César Bonesana Marqués de Beccaria, *Tratado de los Delitos y de las Penas...*

¹⁰ Si bien a César Beccaria se lo considera como el padre del derecho penal moderno, pues ciertamente es su legado el principio de legalidad, la desacralización del poder punitivo, la racionalidad y proporcionalidad de las penas, la independencia del juez, la abolición de la pena de muerte; Beccaria no es el primero en advertir sobre la necesidad de limitar el poder del Estado; éste se nutre de las corrientes liberales previas a la Revolución Francesa, y estas a su vez de la evolución del concepto de lo que hoy conocemos como Derechos Humanos. Ver Jorge Benavides, *Los Derechos Humanos como norma y desición*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2012.

cuándo podían ser sancionados como autores de un delito. El principio de legalidad nace entonces como una garantía del ciudadano en busca de la certeza de sus acciones, en virtud de la cual solo son punibles aquellas conductas humanas que hayan sido establecidas como delito previamente a la realización del hecho¹¹.

Beccaria, por tanto, advierte sobre la necesidad de poner un límite al derecho de castigar. Sus postulados están previstos en la gran mayoría de las constituciones de los Estados democráticos, sin embargo aquello no ha sido suficiente para contener el abuso del poder punitivo del Estado.

1.3. Acepciones de Derecho Penal

El jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que la expresión “derecho penal” suele ser equívoca, pues esta tiene tres acepciones: como poder punitivo, como ley penal y como dogmática penal.¹²

a) Derecho Penal como Ley Penal

Es la norma dictada por el legislador en la que se describe la conducta punible, y a la que se refiere Zaffaroni como la criminalización primaria¹³, es decir, el proyecto de punición en abstracto. Proyecto que resulta inalcanzable pues si el sistema penal funcionara de forma perfecta probablemente todos estaríamos presos, ya que en algún momento todos hemos cometido un delito; y si reconocer esto nos ruboriza, les garantizo que al menos

¹¹ Cfr. César Bonesana Marqués de Beccaria, *Tratado de los Delitos y de las Penas...*

¹² Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009, p. 3.

¹³ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura básica del derecho penal...*p. 4.

habremos cometido una o varias contravenciones de segunda, tercera o cuarta clase sancionadas con hasta 30 días de privación de libertad. Solo por mencionar unos ejemplos: los que públicamente jugaren carnaval¹⁴, los que permanecieren mucho tiempo y sin objeto plausible parados en una esquina¹⁵, o los que propalaren noticias o rumores falsos¹⁶, etc.

Empezamos a esbozar por qué el derecho penal debe contener el poder punitivo del Estado, pues ese programa irrealizable puede dispararse incluso contra los autores de la ley penal, como a menudo ocurre.

b) *Derecho Penal como poder punitivo del Estado*

"Poder punitivo es todo ejercicio de coerción estatal que no persigue la reparación (no pertenece al derecho civil o privado en general) y tampoco contiene o irrumpe un proceso lesivo en curso o inminente (coerción directa del derecho administrativo)"¹⁷.

Si el legislador al dictar la ley penal hace la criminalización primaria, es decir, desarrolla el programa penal en abstracto, la policía se encarga de hacer realizable ese programa, a lo que Zaffaroni¹⁸ se refiere como la criminalización secundaria, trabajo que desarrolla la policía en función de la regla de la burocracia que es la regla del mínimo esfuerzo.

Las sociedades se encargan de crear estereotipos, y el de delincuente en todo tiempo y lugar tiene las mismas características y rasgos fisiológicos; los de los excluidos, los

¹⁴ Código Penal del Ecuador, año 1938, art. 605, núm. 31.

¹⁵ Código Penal del Ecuador, año 1938, art. 606, núm. 12.

¹⁶ Código Penal del Ecuador, año 1938, art. 606, núm. 13.

¹⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura básica del derecho penal...*p.3.

¹⁸ Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura básica del derecho penal...*

relegados por la sociedad o los que estorban al poder totalitario. Así, César Lombroso¹⁹, en algo tenía razón cuando desarrolló su teoría del “hombre delincuente”, pues todos los delincuentes de la época tenían las mismas características físicas, claro que eso no es lo que determinaba su “tendencia” criminal, sino que cuando Lombroso pensaba su teoría positivista criminológica, los clientes del sistema penal, tal como hoy y como siempre, eran los excluidos de la sociedad; en esa época eran los migrantes marroquíes o los migrantes del interior de Italia.

En nuestras sociedades modernas pasa lo mismo. El que visita una cárcel se va a encontrar con que los prisioneros, en un gran número, provienen de los mismos sectores, con características físicas similares; por tanto, volviendo a la ley del mínimo esfuerzo, quien ejerce la criminalización secundaria, quien hace efectivo el poder punitivo del Estado, la policía, selecciona a los clientes del sistema penal en función del estereotipo.

Ahora, uno nunca sabe cuándo va ser estereotipado, pues no necesariamente han sido siempre los pobres o los migrantes los estereotipos de delincuentes; en la Edad Media fueron las mujeres “brujas”, en la Alemania nazi fueron los judíos y gitanos, y en las dictaduras de Sudamérica de los años 70's y 80's, fueron los que tenían una posición ideológica contraria al régimen quienes fueron perseguidos, asesinados o simplemente desaparecidos.

¹⁹ Cfr. César Lombroso, *Los Anarquistas*, Buenos Aires, Jucar, 1978.

Zaffaroni dice que dentro del Estado de derecho subsiste el estado policía, el cual pulsa constantemente por salir, y cuando esto sucede, se produce la masacre, haciendo referencia a los casos antes mencionados²⁰.

c) *Derecho penal como dogmática penal o derecho penal propiamente dicho*

Siendo el poder punitivo un hecho político²¹, en el que los juristas no son más que consejeros, y después de que ese ejercicio sin límite del poder estatal había desembocado en la masacre y el genocidio, emerge el Derecho Penal propiamente dicho como un conjunto sistematizado de conocimientos orientados a promover un ejercicio legítimo del poder punitivo del Estado, y se constituye en el discurso de los juristas, académicos y jueces que se plantean contener ese poder.

La pena es también un hecho político, que según nuestra Constitución, tiene como fin por un lado la rehabilitación del delincuente²², y por otro la reparación integral a la víctima²³; pero que en la práctica lo que busca es la prevención general positiva, es decir la

²⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009, material audiovisual, min 10-45.

²¹ Zaffaroni desarrolla su teoría agnóstica de la pena, basada en la tesis original de Tobías Barreto, de que el poder punitivo y la pena son hechos políticos, pues esta nace del ánimo del legislador. Cfr. Tobías Barreto, *Introducción al estudio del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

²² Constitución de la República de Ecuador, Artículo 201. “El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos.

El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad.”

²³ Constitución de la República de Ecuador, Artículo 78. “Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.”

disuasión a las personas para que se abstengan de cometer delitos. En fin, la pena, desde el punto de vista utilitario, puede tener varios objetivos, dependiendo de la óptica del intérprete pueden ser: prevención general positiva o negativa y prevención especial positiva o negativa.

Sin embargo, Zaffaroni con su teoría agnóstica de la pena²⁴, sostiene que esta no es demasiado racional; en el caso de que un hombre sentado en la vereda de su casa, leyendo el periódico, pierda la vida a causa de un hachazo en la cabeza que le proporciona su vecino, a quien no ha provocado de ningún modo, al aplicarse la pena al infractor no se está protegiendo en la realidad ningún bien jurídico, pues la víctima ya está muerta y la pena no le devolverá la vida. El agresor pasará una gran cantidad de años encerrado en una cárcel sin producir absolutamente nada, mientras que la familia de la víctima y la suya propia, probablemente habrán perdido el único ingreso económico que les permitía subsistir. Pero bueno, reflexiona el autor, algo habrá que hacer con este sujeto.

Con esto lo que quiere decir el autor referido, es que si bien todo el ejercicio del poder punitivo es irracional, el derecho penal debe servir para evaluar los grados de irracionalidad del poder punitivo y dejar pasar solo lo menos irracional. Así, se construye la teoría del delito, como un conjunto sistematizado, integrado por categorías dogmáticas: acto, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que sirven como filtros para evaluar cuándo una conducta humana es punible y merece una sanción penal.

²⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009, material audiovisual, min 10-45.

1.4. Protección de Bienes Jurídicos

Si bien la principal función del derecho penal es la de limitar el ejercicio del poder punitivo del Estado, y de hecho de esa forma nace el derecho penal moderno, no se puede desconocer que en ciertas ocasiones la ley penal sirve para proteger bienes jurídicos, pues si se atiende a los fines utilitarios de la pena, la prevención general, los ciudadanos se abstendrán de incurrir en determinadas conductas por el temor a ser condenados penalmente²⁵.

No cabe el menor análisis, esto no aplica como regla general, ya que las organizaciones criminales o incluso los delincuentes circunstanciales, no dejan de delinquir por la existencia o no del delito o el aumento de las penas. Pero sí, en cambio, puede servir como una forma de disuasión en delitos tributarios, de tránsito o el de la no afiliación de los trabajadores a la seguridad social.

En función de la teoría del origen contractualista, los Estados tienen la potestad de castigar a fin de mantener la convivencia en sociedad; sin embargo es imprescindible imponer límites a la *potestas puniendi* a través de un programa penal que establezca de manera clara y racionalmente justificada *cuándo prohibir* y *cuándo y cómo castigar*.

1.5. Garantismo penal

Como decía en líneas anteriores, el Garantismo penal no es una teoría vanguardista, por el contrario, el derecho penal moderno nace con César Beccaria bajo este concepto, con

²⁵ José Joaquín Urbano Martínez, “Concepto y función del Derecho Penal”, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 20-22.

el fin de garantizar el derecho de los ciudadanos y limitar el derecho de castigar de los Estados.

Ya en nuestros días el César Beccaria moderno, el italiano Luigi Ferrajoli, sintetizó de una manera excepcional el régimen penal necesario (no suficiente) para imponer una sanción en un Estado social y democrático de derecho. En su obra “*Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal*” dice que el Garantismo penal, es una teoría de legitimación o deslegitimación del derecho penal; en resumen, desarrolla un sistema que busca la racionalización del poder punitivo²⁶.

Su extensa obra *Derecho y razón*, se sintetiza en lo que él llama “los axiomas del garantismo”, que es un modelo de principios y garantías que designan una condición necesaria, no suficiente, para la atribución de responsabilidad penal y la imposición de una pena.

Estos axiomas o principios han sido recogidos en la Constitución de la República de Ecuador del año 2008, los cuales constituyen el deber ser, lo que debe observar el legislador a la hora de dictar el nuevo régimen penal. Siguiendo el esquema de Ferrajoli, los siguientes son los axiomas del Garantismo²⁷, con su correspondiente norma constitucional²⁸. Los principios, aunque no están enunciados expresamente en la Constitución, están reconocidos como derechos, y son los siguientes:

²⁶ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 852.

²⁷ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal...* p. 93.

²⁸ No podemos dejar de advertir al lector el esfuerzo que ha significado, en determinados casos, el desentrañar la correspondencia entre los axiomas del Garantismo de Ferrajoli y los derechos constitucionales.

PRINCIPIO AXIOMA**CONSTITUCIÓN**

<u>Retributividad</u>	<i>“No hay pena sin delito”</i>	Art. 76 número 3. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: “3. Nadie podrá ser [...] sancionado por un acto u omisión que [...] no esté tipificado en la ley como infracción penal.”
<u>Legalidad</u>	<i>“No hay delito sin ley”</i>	Art. 76 número 3. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: “3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que [...] no esté tipificado en la ley como infracción penal ni se aplicará una sanción no prevista en la constitución o en la ley”
<u>Necesidad</u>	<i>“No hay ley sin necesidad”</i>	Art. 76 numeral 6 y Art. 195: Art. 76. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: “6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y sanciones penales [...]” Art. 195. “La Fiscalía dirigirá [...] la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal [...]”
<u>Lesividad</u>	<i>“No hay necesidad sin daño”</i>	Art. 66 número 5. “Se reconoce y garantizará a las personas: 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que los derechos de los demás”.
<u>Materialidad</u>	<i>“No hay daño sin acción”</i>	Art. 76 número 3. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: “3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que [...]”
<u>Culpabilidad</u>	<i>“No hay acción sin culpa”</i>	Art. 1. “El Ecuador es un Estado de derechos y justicia [...]”; Art. 66. Número 5: “Se reconoce y garantizará a las personas: 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que los derechos de los demás”
<u>Jurisdiccionali</u>	<i>“No hay culpa sin juicio”</i>	Art. 76 número 2 y 3: El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: 2. Se presumirá la inocencia de toda persona

<u>dad</u>		[...] mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada; 3. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez [...] con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”
<u>Acusatorio</u>	<i>“No hay juicio sin acusación”</i>	Art. 75 y 195: 75. “Toda persona tiene derecho al acceso [...] a la justicia [...] imparcial”; 195. “La Fiscalía dirigirá [...] la investigación pre procesal y procesal penal [...] De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.”
<u>Carga de la prueba</u>	<i>“No hay acusación sin prueba”</i>	Art. 76 números 2 y 7; y Art. 195: Art. 76. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: 2. Se presumirá la inocencia de toda persona [...] mientras no se declare su responsabilidad [...]; 7. El derecho de toda persona a la defensa [...]; Art. 195. “La Fiscalía dirigirá [...] la investigación pre procesal y procesal penal [...] De hallar mérito acusará a los presuntos infractores [...].”
<u>Contradictorio</u>	<i>“No hay prueba sin contradicción”</i>	Art. 75, 76 número 4, y 168 número 6: Art. 75. “Toda persona tiene derecho al acceso [...] a la justicia [...] en ningún caso quedará en indefensión”; Art. 76. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: “4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”; Art. 168 número 6: La administración de justicia aplicará los siguientes principios: “6. La sustanciación de los procesos en todas las materia [...] se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo a los principios de concentración, contradicción y dispositivo.”

Los seis primeros axiomas y principios —retributividad, legalidad, necesidad, lesividad, materialidad, y culpabilidad—, se refieren a las garantías sustanciales, es decir

aquellas que permiten identificar cuándo prohibir una acción u omisión cuya trasgresión merezca sanción penal. Ferrajoli llama al conjunto de estos principios de “estricta legalidad”²⁹, diferenciándose de los principios de mera o lata legalidad, que es el principio por el cual solo se exige la vigencia de la ley penal como requisito para su aplicación³⁰.

De esta forma Ferrajoli desarrolla una teoría jurídica de validez de la norma, por la cual la mera legalidad no es suficiente para la aplicación de una ley penal. La mera legalidad solo denota la vigencia de la norma, es decir que haya sido dictada por el órgano legislativo correspondiente y siguiendo los procedimientos establecidos en la Constitución y la ley. Por tanto la ley puede estar vigente pero ser inválida, si esta no guarda correspondencia con el principio de estricta legalidad³¹, ante lo cual “el juzgador penal puede inobservar la ley penal por normas superiores como son las constitucionales y las normas de derecho internacional de los derechos humanos. El juez penal no es garante del cumplimiento de la norma sino de la justicia”³².

²⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal...* p. 94.

³⁰ “Mientras el axioma de *mera legalidad* se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito, el principio de *estricta legalidad* exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal [...] Gracias al primer principio la ley es condicionante; gracias al segundo es condicionada”. Ver. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal...* p. 95.

³¹ Constitución de la República de Ecuador, Artículo 426. “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución./ Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente./ Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.”

³² Ramiro Ávila Santamaría, “¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?”, en *Foro: Revista de Derecho*, No. 8, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar Corporación Editora Nacional, p. 49-70, 2007.

Los restantes principios o garantías, jurisdiccionalidad, acusatorio, carga de la prueba y contradictorio, constituyen las garantías adjetivas, las que determinan cómo y cuándo sancionar a una persona. A este conjunto de principios los llama de “estricta jurisdiccionalidad”³³.

De esta forma Ferrajoli se refiere a los sistemas penales como tendencialmente mínimos y previsibles, o tendencialmente máximos e imprevisibles. No existe un sistema penal que sea o absolutamente garantista o autoritario³⁴, sino que estos conviven en la legislación y en los sistemas de justicia de cada país, y el reto está precisamente en darle legitimidad al sistema penal, pues como dice Clause Roxin “el derecho penal es el sismógrafo de la Constitución”³⁵, y ya hemos visto que cuando el sistema penal autoritario es el que predomina, se producen las grandes violaciones a los derechos humanos.

Entonces, el sistema penal que ha sido dibujado en la Constitución de la República del Ecuador, es un sistema de derecho penal mínimo –garantista de los derechos de los ciudadanos–, en el cual exista la certeza de que ningún inocente sea castigado, incluso bajo el riesgo de que un culpable resulte impune; esto en contra de un derecho penal máximo, en el cual se busca la certeza de que ningún delito quede impune, a costa de que un inocente sea sancionado³⁶. En el primer sistema se establecen las condiciones necesarias para imponer una sanción penal, en el segundo las suficientes.

³³ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal...* p. 96.

³⁴ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal...* p. 104.

³⁵ Clause Roxin, *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 10.

³⁶ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal...* p. 105.

1.6. El poder punitivo y el Código Orgánico Integral Penal

El Código Orgánico Integral Penal en su artículo primero, establece que: “Este Código tiene como finalidad sancionar las infracciones de carácter penal, garantizar la seguridad de las y los ciudadanos y mantener el orden social.”³⁷

En su primer artículo el Código Integral Penal nos advierte que la pena no tiene como finalidad lo prescrito en la Constitución de la República en el artículo 201, como es la rehabilitación del delincuente³⁸. Se define a este cuerpo normativo (COIP) como un instrumento de control social, capaz de mantener la seguridad y el orden. Lo cual está en flagrante contradicción con el principio de dignidad humana, por el cual el ser humano es un fin en sí mismo y no un medio para usos de otros individuos.

El Código Integral Penal, atendiendo al diseño elaborado en la Constitución de Montecristi, es en su primer libro, la selección de los comportamientos que merecen sanción penal (principio de legalidad), los cuales deben ser escogidos en función de la satisfacción de tres principios: El de materialidad³⁹, de lesividad⁴⁰ y necesidad⁴¹, por los cuales solo serán punibles aquellos actos humanos que produzcan resultados externos, describibles y demostrables⁴², que lesionen, o pongan en peligro, de manera grave un bien

³⁷ Asamblea Nacional del Ecuador, Comisión de Justicia, “Borrador, segundo debate, código orgánico integral penal”, 3 de mayo de 2013, Artículo 1.

³⁸ Constitución de la República de Ecuador, Artículo 201.

³⁹ Constitución de la República de Ecuador, Artículo 76, número 3.

⁴⁰ Constitución de la República de Ecuador, Artículo 66, número 5.

⁴¹ Constitución de la República de Ecuador, Artículo 195.

⁴² Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal...* p. 480.

jurídico reconocido constitucionalmente, y cuya punición sea útil e idónea para proteger bienes jurídicos.

En función del régimen de derecho penal garantista de los derechos de los ciudadanos, el Código Integral Penal debería tener como finalidad establecer límites al ejercicio del poder punitivo del estado y legitimar o darle racionalidad al uso del mismo. La ley penal limita al poder y lo habilita solo en determinadas ocasiones para aplicar una pena.

Preocupa la definición del Código Orgánico Integral Penal, pues creemos firmemente que en la cancha del Derecho Penal se juega gran parte de la vigencia del estado de derecho, del estado constitucional de derechos y justicia; el abuso del poder punitivo y la emergencia de un derecho penal del enemigo, pone en serio peligro la vida democrática de una sociedad.

1.7. La teoría del delito como sistema racionalizador del ejercicio del poder punitivo

Bajo los principios desarrollados en la Constitución de Montecristi, se hace necesario un sistema metodológico y técnico que nos permita establecer, en la práctica, cuándo nos encontramos frente a un delito y cuándo se puede aplicar una sanción penal a un ciudadano por considerarlo responsable del delito.

La línea de pensamiento de Zaffaroni⁴³, establece que todo el poder punitivo es irracional, puesto que siguiendo el ejemplo planteado anteriormente, de la persona que mata al vecino con el hacha y deja en precaria situación a la familia de la víctima y a la suya propia, se desprende que muy racional no es el derecho penal; sin embargo dice, algo habrá

⁴³ Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009.

que hacer con el infractor, y la imposición de la pena resulta lo más evidente a fin de mantener la convivencia social.

Entonces, sostiene Zaffaroni, la función del derecho penal es actuar como un “sistema inteligente de filtros para contener racionalmente las pulsiones del poder punitivo”⁴⁴, de tal forma que sólo pasen las aguas menos turbias, es decir el poder punitivo menos irracional, pues si la intención fuera contener todo el poder punitivo, este “dique” que contiene las aguas, pronto se rompería ante la presión social y las pulsiones de quienes ejercen el poder punitivo.

La teoría del delito es precisamente ese sistema de filtros, esa propuesta metodológica que nos permite determinar cómo se aplica la ley penal en un caso concreto. La teoría del delito tiene como objeto analizar y estudiar los presupuestos jurídicos de la punibilidad de un comportamiento humano, análisis que debe realizarse de forma escalonada, es decir que consiste en determinar si la conducta presuntamente punible pasa cada uno de los filtros, y si no cumple los requisitos para pasar al siguiente filtro, entonces se hace innecesario el análisis de los posteriores. De tal forma que únicamente cabe la responsabilidad penal y la correspondiente aplicación de una pena cuando el hecho haya pasado la totalidad de los filtros, de acuerdo con el gráfico 1:

⁴⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura básica del derecho penal...*p. 13.

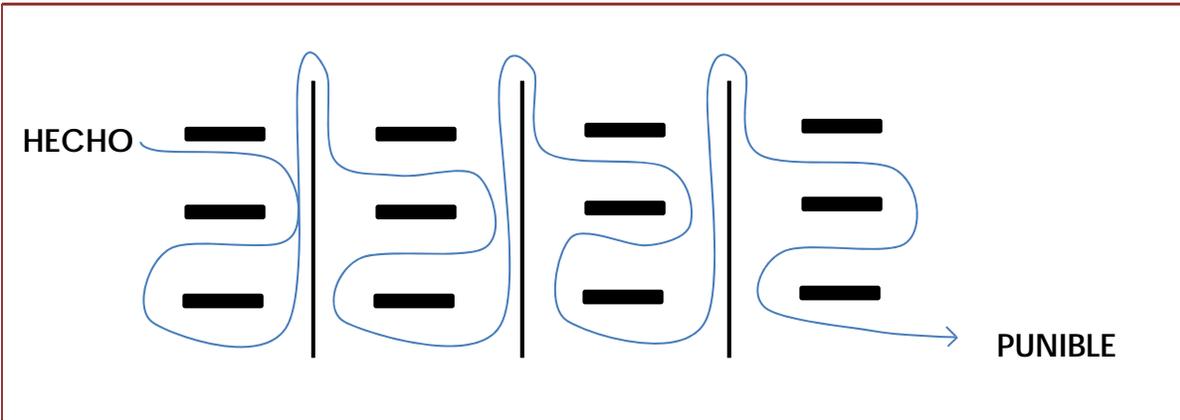


Gráfico 1. Elaboración propia⁴⁵

La teoría del delito tiene consecuentemente una primera tarea que es dar un concepto de delito. Y son ciertamente los alemanes quienes se preocuparon desde siempre en la elaboración de una ciencia, de un estudio sistemático acerca de qué se debe entender por delito. En 1881, Frank von Litz lanzó su tratado de Derecho Penal y años más tarde Ernst Von Beling su obra; con ellos nace la teoría del delito como tal, con las categorías que hasta ahora constituyen los elementos del delito, como son el acto típico, antijurídico y culpable⁴⁶.

En la evolución del pensamiento penal, la escuela clásica de Litz y Beling es seguida por la escuela neoclásica de Mezger (1930) como principal exponente. Luego aparece Hans Welzel con su finalismo entre los años treinta y sesentas, para que luego de una intensa disputa intelectual entre los causalistas y finalistas, surjan los funcionalistas,

⁴⁵ Otros profesores o autores usan similares gráficos para ilustrar la Teoría del Delito.

⁴⁶ Juan Bustos Ramírez, *Derecho Penal Parte General, Obras Completas*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2008, p. 676-677.

Clause Roxin con su funcionalismo moderado y Gunter Jackobs con el funcionalismo radical⁴⁷.

En todos estos años de interminables discusiones intelectuales dominadas por la escuela alemana, se llegó a un acuerdo: el delito es un acto típico, antijurídico y culpable. Es el contenido de cada uno de estos elementos el que ha ido variando con el pasar de los años y la evolución del pensamiento penal⁴⁸. Estos elementos son los que se conocen como categorías dogmáticas del delito, y que constituyen los filtros que contienen el poder punitivo del Estado.

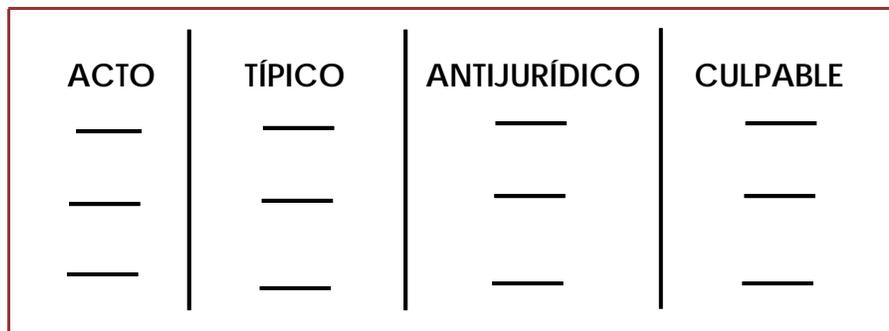


Gráfico 2. Elaboración propia

⁴⁷ Cfr. Nodier Agudelo Betancourt, *Curso de Derecho Penal: Esquemas del delito*, Bogotá, Temis, 2007.

⁴⁸ Juan Bustos Ramírez, *Derecho Penal Parte General, Obras Completas...* p. 675-679.

CAPÍTULO II

ACTO

Categoría	Principio	Axioma	Constitución
Dogmática			
Acto	<u>Materialidad</u>	<i>“No hay daño sin acción”</i>	Art. 76 número 3

El derecho existe en tanto regula las relaciones humanas, de modo que la conducta humana es el punto de partida de toda reacción jurídicopenal. El acto, como primera categoría dogmática del delito, constituye la realización del principio constitucional de materialidad de la acción⁴⁹, en función del cual lo que no es acción no pertenece al mundo del derecho penal, y por tanto se sanciona el hacer y no el ser. Esta es una de las principales conquistas del derecho penal liberal puesto que establece una garantía para los ciudadanos: solo serán punibles los actos; los pensamientos, las intenciones y los hechos de la naturaleza, no tienen relevancia jurídico penal.

La acción es un concepto prejurídico que sostiene toda la teoría del delito, puesto que es un presupuesto de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. “La historia de la moderna teoría del delito, desde el causalismo naturalista hasta las actuales tendencias

⁴⁹ Constitución de la República de Ecuador, artículo 76, número 3.

políticas criminales, pone de manifiesto que el delito es entendido esencialmente y antes que nada como una acción con determinadas características”⁵⁰.

Sobre la materialidad de la acción Zaffaroli se pronuncia:

A estas alturas de la exposición es casi sobreabundante aclarar que nos parece inconcebible que se pretenda la existencia de delitos sin conducta, lo que no es sólo una elemental garantía del derecho penal liberal, sino, simplemente, un requisito que proviene de la esencia misma del fenómeno jurídico, puesto que aún fuera de los autores liberales se reconoció, siempre que se pretendió interpretar razonablemente el derecho, que una simple voluntad que no pasa los límites del pensamiento no puede merecer el nombre de crimen.⁵¹

Si el acto como categoría dogmática es un concepto prejurídico o el sustantivo que va a ser adjetivado por las restantes categorías dogmáticas, el acto debe ser neutral frente a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad⁵². Es decir que, apartándonos de las vastas discusiones de la dogmática penal que han concebido al acto como la modificación del mundo exterior, como la acción final o como el hecho con relevancia social, el acto es la conducta humana guiada por la voluntad. El contenido de esa voluntad, por lo pronto, no nos interesa, lo abordaremos en las siguientes categorías dogmáticas del delito.

La voluntad, por su parte, es la “facultad de decidir y ordenar la propia conducta”⁵³, o también el dominio de la actividad o inactividad corporal. Entonces, un hecho solo tiene

⁵⁰ Juan Bustos Ramírez, *Derecho Penal Parte General, Obras Completas...*p. 681.

⁵¹ Raúl Eugenio Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal, Parte III*, Buenos Aires, Ediar, 1998, p. 45.

⁵² Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 234.

⁵³ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española. Tomo II*, Madrid, Espasa Calpe, 2001, p. 2316.

relevancia jurídico penal cuando ha sido producto de un acto humano guiado por la voluntad.

2.1. Elementos negativos del acto

En general podría entenderse que cualquier hecho lesivo de derechos tiene relevancia jurídico penal, como por ejemplo la pérdida no natural de la vida de una persona, sin embargo, atendiendo a que el acto es la conducta humana guiada por la voluntad, tenemos que los actos que no son humanos no tienen relevancia jurídico penal, y consecuentemente no podrán pasar en el primer filtro del análisis de las categorías dogmáticas, es decir que el hecho no es punible.

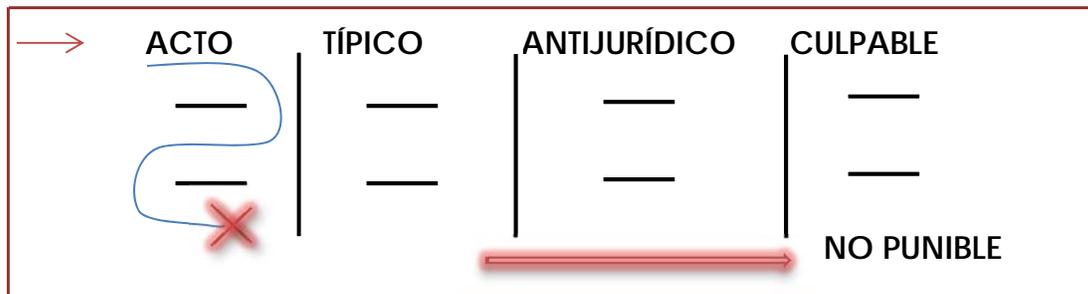


Gráfico 3. Elaboración propia

No hay acto en las siguientes circunstancias⁵⁴:

a) Los hechos causados por los animales o las fuerzas de la naturaleza. Ej. Terremoto o muerte ocasionada por un animal. Aunque el animal no tiene responsabilidad penal, es posible responsabilizar a una persona si ella hubiere utilizado al animal como arma o

⁵⁴ Sebastián José Amadeo, *La Acción en la Teoría del Delito*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2007, p. 147-165.

instrumento, o puede existir incluso responsabilidad penal culposa del dueño o custodio del animal por no tomar las precauciones necesarias para evitar el hecho.

b) El mundo de lo interno. Ej.: Los pensamientos, las intenciones o emociones.

c) Estados de inconsciencia:

i. El sueño: La madre que al quedarse dormida aplasta al bebé y lo mata por asfixia.

ii. El sonambulismo: La persona que en total estado de inconsciencia invade la vivienda del vecino.

iii. La sugestión hipnótica: La persona que hipnotizada comete un atentado contra el pudor de otra persona.

d) Fuerza física irresistible:

i. Externa: La persona que al ser empujada por otra o por efecto del viento, tira al abismo a otra persona que pierde la vida.

ii. Interna: Los movimientos reflejos. La persona que al tomar una sartén caliente levanta bruscamente el brazo como reacción y le rompe la nariz a su acompañante.

Hay que advertir que la fuerza moral irresistible no es una causal se ausencia de acto, sino que esta se analiza en la última categoría dogmática que es la culpabilidad. Así, la persona que apuntada con una pistola en su cabeza es obligada a hacer *clic* en el computador con lo que consume una transferencia de dinero ilícita, esta persona tiene total dominio sobre su actividad o inactividad corporal. Es su decisión la de aplastar el botón o no hacerlo. Ahora, que esa conducta humana sea punible, es objeto de un análisis que lo haremos más adelante.

e) Actos de personas jurídicas⁵⁵:

i. Falta de capacidad de actuar: Las personas jurídicas son una ficción, por tanto carecen de voluntad, sus acciones serán producto de la decisión de las personas naturales que la componen. Ejemplo: En el seno de una compañía farmacéutica, se produce una contaminación en un río. ¿Quién vierte los residuos tóxicos? La compañía no está en capacidad de arrojar o verter desechos tóxicos, sino a través de personas naturales.

ii. Falta de capacidad de culpabilidad: La culpabilidad es el juicio de reproche que hace la sociedad a una persona por haber actuado de una forma (cometer el delito) cuando pudo haber actuado de otra forma (respetar el derecho de la otra persona). ¿Cómo se le reprocha una "conducta" a una persona jurídica? Carece de toda lógica dicha pretensión. Ejemplo: La compañía que contaminó las aguas del río para ahorrarse el tratamiento de los desechos, al no tener voluntad propia, no es posible reprocharle o reclamarle por haber contaminado, cuando quien lo hizo fue necesariamente una persona natural.

iii. Incompatibilidad con los fines de la pena: La Constitución de la República establece en su artículo 201, que la sanción penal tiene como fin la rehabilitación del infractor⁵⁶, lo cual es totalmente improcedente cuando la pena aplicable a una persona jurídica puede llegar a ser incluso la extinción de la misma, es decir, su desaparición del mundo real. Por tanto, no es posible rehabilitar a una persona jurídica que ha dejado de existir.⁵⁷

⁵⁵ Cfr. José Daniel Cesano, *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*, Buenos Aires, Ediar, 2006.

⁵⁶ Constitución de la República de Ecuador, artículo 201: "El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos."

⁵⁷ Nosotros dejamos sentada nuestra posición respecto de la imposibilidad de atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, sin embargo existe suficiente doctrina que fundamenta dicha responsabilidad penal,

2.2. El acto en el Código Orgánico Integral Penal

En el nuevo Código Orgánico Integral Penal, en los artículos 16 y 18, se encuentra escuetamente desarrollado el principio de materialidad de la acción y las causales de ausencia de acto, con el siguiente texto:

“Art. 16. **Infracción penal.-** Infracción penal es la conducta típica, antijurídica y culpable penada en este Código”.⁵⁸

“Art. 18. **Causas de exclusión de la conducta.-** No son penalmente relevantes los resultados dañosos o peligrosos resultantes de fuerza irresistible, actos reflejos, estados de plena inconsciencia debidamente comprobados.”⁵⁹

Si bien estamos conscientes de que no es necesaria la redacción de un código penal a modo de enciclopedia, en el que se definan cada uno de los conceptos penales desarrollados en la teoría jurídica o dogmática penal, tanto más que dichos conceptos varían entre una escuela de pensamiento penal y otra, lo cual puede obstaculizar además el desarrollo de la jurisprudencia y por ende el desarrollo democrático de la sociedad, tampoco creemos que deba suponerse cuales son aquellos actos que tengan relevancia jurídico penal. En ninguna parte del articulado se hace referencia a la voluntad humana

principalmente basada en el *modelo de responsabilidad por atribución* y el de *responsabilidad por un hecho propio*. Ver Jesús María Silva Sánchez, *Normas y Acciones en Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 69-76.

⁵⁸ Asamblea Nacional del Ecuador, Comisión de Justicia, *Borrador, segundo debate, código orgánico integral penal*, 3 de mayo de 2013, Artículo 16.

⁵⁹ Asamblea Nacional del Ecuador, Comisión de Justicia, *Borrador, segundo debate, código orgánico integral penal*, 3 de mayo de 2013, Artículo 18.

como condición necesaria para hablar de acto con relevancia penal, únicamente se refiere a la “conducta” como elemento del delito.

En el vigente Código Penal (1938), el artículo 13 establece expresamente que “[e]l que ejecuta voluntariamente un acto punible será responsable de él”, es decir se atiende al concepto de voluntad humana como condición de realización del tipo. Debemos insistir en que el sentido de esa voluntad no interesa en esta primera parte del análisis del delito, pues esta únicamente se refiere al dominio de la voluntad de la actividad o inactividad corporal, y por ello todo hecho que carezca de voluntad humana no tiene relevancia jurídico penal.

En el artículo 18 del nuevo cuerpo normativo se establecen las causales de ausencia de acto, en el que no se consideran los actos de la naturaleza o el mundo de lo interior, con lo que se deja la puerta abierta para que en la parte especial, la de los delitos en particular, se tipifiquen como delitos el SER y no el HACER; por ejemplo la coincidencia o no ideológica no con tal o cual organización. Piénsese en los delitos de terrorismo en los que suele camuflarse el derecho penal de autor debido a la eliminación de las diferencias entre preparación y tentativa, entre participación y autoría, y que, como dice Manuel Cancio Mella: “difícilmente puede parecer exagerado hablar de un Derecho penal de Autor: mediante sucesivas ampliaciones se ha alcanzado un punto en el que -estar ahí- de algún modo, -formar parte-, de alguna manera, -ser uno de ellos-, aunque sólo sea en espíritu, es suficiente.”⁶⁰

Por otro lado, en las causales de ausencia de acto del nuevo régimen penal, se refiere a la “fuerza irresistible”, sin hacer distinción entre fuerza física y fuerza moral. En

⁶⁰ Manuel Cancio Mella, *¿Derecho Penal del Enemigo?*, Madrid, Cuadernos Civitas, Primera edición, 2003, p. 35.

cuanto al ejemplo dado en líneas anteriores (el de la transferencia electrónica realizada por alguien intimidado por una pistola), la fuerza moral no afecta al dominio sobre la actividad o inactividad corporal. Piénsense en los movimientos reflejos o la fuerza física en los cuales la persona no tiene control o dominio sobre su cuerpo; en tanto que en la coacción moral, la persona tiene total control sobre su actividad o inactividad corporal, pero como dijimos, aquella conducta no es punible no por ausencia de acto, sino por no pasar el filtro de la culpabilidad. Este vacío constituye un error técnico en la redacción del nuevo código penal, que puede llevar a confusiones.

Responsabilidad penal de la persona jurídica.

Como vimos, la responsabilidad penal de la persona jurídica es incompatible con el principio de materialidad de la acción, pues esta únicamente es atribuible a las personas naturales que en su condición de seres humanos tienen capacidad de acción. Además, las personas jurídicas no podrían ser reprochadas por la realización de un acto punible porque la pena es incompatible con su responsabilidad penal.

Además, en función de la división del trabajo y la jerarquía en una organización, se hace difícil determinar qué conducta individual reúne los requisitos para considerarla punible, pues es probable que por sí sola ninguna de las conductas que coadyuvaron a la realización del delito lo sean, por lo que tantos delitos de esa naturaleza han quedado en la impunidad. En el mejor de los casos, las sanciones han sido aplicadas únicamente a las personas que ejecutan los actos finales.

Sin embargo, es en el contexto de las personas jurídicas donde se produce, probablemente, la criminalidad que más daño causa a la sociedad, como los delitos

económicos o los delitos contra el medio ambiente. Ante la realidad de la impunidad, la respuesta más simple ha sido la de atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, lo cual constituye por cierto un compromiso internacional, pues en la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada, se estableció que cada Estado parte deberá incorporar en su legislación interna la responsabilidad de la persona jurídica.⁶¹

Es por lo dicho, que en el Código Orgánico Integral Penal se incorpora un capítulo referente a la responsabilidad penal de la persona jurídica; en los artículos 47 y 48 se verifican las siguientes características:

- Responsabilidad penal acumulativa o doble imputación: No se descarta la responsabilidad individual.
- Especial o principio de legalidad: Únicamente se aplica en los supuestos previstos en el código, es decir en aquellos casos en que la ley expresamente prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica.
- Condicionada: Que la infracción sea cometida por un órgano o representante de la compañía.

⁶¹ Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia. “Artículo 10. Responsabilidad de las personas jurídicas: 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención. / 2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. / 3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos. / 4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.”

- Beneficio: Que el delito brinde beneficios a la persona jurídica o a sus socios.⁶²

Si bien ya hemos advertido la incompatibilidad de la responsabilidad de la persona jurídica con los principios constitucionales de materialidad de la acción, de culpabilidad y con los fines de la pena, esta forma de atribución de responsabilidad penal trae consigo aún más complicaciones y grados de irracionalidad. Una de ellas es el hecho de que pueda afectar de manera grave el principio de legalidad, puesto que las compañías se componen por socios, personas naturales que probablemente nada tienen que ver con la comisión del delito, o lo que sería peor, que en una junta de accionistas se opusieron a la actividad delictiva, pero que, sin embargo, podrían llegar a perder su capital invertido en la compañía si, por ejemplo, la sanción es la extinción de la persona jurídica. ¿Estamos consientes de que al sancionar a las personas jurídicas es probable que sancionemos a personas inocentes?

Y otro aspecto igualmente peligroso es que al sancionar a la persona jurídica, estamos garantizando la impunidad de los verdaderos responsables del delito, las personas naturales que estuvieron detrás del fraude económico o de la contaminación del medio ambiente.

Como decíamos en su momento, conocemos la criminalidad que se produce alrededor de las personas jurídicas, sin embargo en un sistema penal respetuoso de los principios democráticos, esta respuesta no resulta la más adecuada, tanto por su incompatibilidad con los principios constitucionales en lo formal, cuanto por las injusticias resultantes de su aplicación. Sin embargo, como dice el autor José Daniel Cesano, una

⁶² Asamblea Nacional del Ecuador, Comisión de Justicia, “Borrador, segundo debate, código orgánico integral penal”, 3 de mayo de 2013, Artículo 47.

solución posible es recurrir a los instrumentos de imputación del derecho penal común y extremar esfuerzos en el sistema de administración de justicia para evitar la impunidad⁶³.

Aquellos instrumentos se refieren a la autoría mediata propiamente dicha, la autoría mediata en aparatos organizados de poder, o incluso la omisión impropia. No vamos a entrar en el análisis de estos instrumentos de la dogmática, sino que los mencionamos con el afán de evidenciar que existen las herramientas que posibilitan el ejercicio de la acción penal, y evitar la impunidad, sin tener que recurrir a mecanismos lesivos de derechos y contrarios al régimen constitucional de derechos y justicia que establece la Constitución del Ecuador.

2.3. Delitos por omisión

El concepto de acción ha sufrido muchas transformaciones a lo largo de la evolución del pensamiento penal. Sin embargo ha existido un consenso en la doctrina en cuanto a que el acto debe ser entendido en un sentido amplio, ya sea como acción u omisión. “El derecho penal no solo contiene normas prohibitivas sino también, y aunque en menor medida, normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos”.⁶⁴

La omisión no es solo no hacer, sino que omitir una acción determinada; la omisión es la no realización de una acción que está se obligado a hacer y se está en capacidad de hacer. Como dice Francisco Muñoz Conde, “Acción y omisión no son, por tanto, dos formas ontológicas distintas (A y B) del comportamiento humano, sino dos subclases

⁶³ José Daniel Cesano, *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 63-72.

⁶⁴ Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, Bogotá, Temis, 2008, p. 24.

independientes (A y no A) del comportamiento humano”⁶⁵, lo que implica que las mismas causas que excluyen el acto, son aplicables a la acción y la omisión, y que sirven de base a todas las categorías del delito.

2.3.1. Clases de delitos de omisión

La mayor parte de las conductas lesivas tipificadas en los códigos penales, son conductas de acción, las cuales contienen implícito un mandato de no hacer. Por ejemplo, los tipos penales que sancionan los delitos de homicidio o robo determinan un imperativo de no matar o no robar. Sin embargo hay otros tipos penales cuyo mandato es el de hacer y por tanto se sanciona el NO hacer. Por ejemplo en el código penal de Ecuador de 1938, en Art. 235, se sanciona al funcionario público que no brinda el servicio debido.

Omisión Propia.- Son aquellas omisiones que están expresamente señaladas en la ley penal como delito, es decir, el *no hacer* está tipificado. Por ejemplo el artículo 541 del Código Penal del Ecuador de 1938, sanciona con prisión de ocho días a tres meses a quien habiendo encontrado un niño recién nacido, no lo hubiere entregado en el término de tres días a la autoridad de policía del lugar.

Omisión impropia o comisión por omisión.- Son aquellas que no están expresamente señaladas en la ley, sino que son construidas por el intérprete a partir de tipos de comisión⁶⁶. Por ejemplo, en caso de homicidio se castiga al que mate a una persona, pero esa muerte también podría producirse como consecuencia de una omisión, como cuando la madre no alimenta al recién nacido y lo deja morir, o cuando la enfermera no administra los

⁶⁵ Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito...*p. 23

⁶⁶ Juan Bustos Ramírez, *Derecho Penal Parte General, Obras Completas*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2008, p. 879.

medicamentos que permitan mantener con vida al paciente. Es decir ante el resultado lesivo, se hace una equiparación entre la acción y la omisión, por ello es que a este tipo de conducta se la conoce como de comisión por omisión. Ahora, cómo y cuándo se puede hacer esa equiparación, es una cuestión muy delicada, pues siendo los tipos penales en su mayoría delitos de acción, al aplicarse la sanción penal por una omisión se pone en peligro la vigencia del principio de legalidad, por lo que esta equiparación está sometida a cumplir con dos requisitos:

i. *La relación causal entre la omisión y el resultado producido*: Aquí la relación causal no es como la acción que provoca por sí misma un resultado, sino que se trata de una causa hipotética, con cuya acción se hubiera evitado la consumación del delito. Por ejemplo el salvavidas que no acude al auxilio del bañista que se estaba ahogando, y producto de esa omisión el mismo muere.

ii. *La obligación jurídica de actuar*: A este requisito también se lo conoce como la posición de garante del bien jurídico, la cual nace de la ley (atención médica), de los contratos (guardias de seguridad) o de un actuar precedente (cuando una persona que deja encendida una fogata en un bosque y ocasiona un incendio).

Vale insistir que este tipo de conductas omisivas, al ser la primera categoría dogmática del delito, deben ser posteriormente analizadas de acuerdo a las restantes categorías dogmáticas, lo que implica que pueden ser conductas dolosas o culposas.

2.4. La omisión en el Código Orgánico Integral Penal.

En el artículo 16 del Código Orgánico Integral Penal (COIP⁶⁷), se establece que “[i]nfracción penal es la conducta típica, antijurídica y culpable penada en [el] Código”, y en ninguna parte posterior del articulado, dentro del capítulo “De la Infracción Penal en general”, se hace referencia a que la conducta puede ser por acción u omisión, dejando a la libre interpretación de los actores del sistema de justicia penal que la conducta humana puede ser entendida en sentido amplio ya sea como acción u omisión. Lo correcto hubiese sido que se establezca en la propia ley estas formas de conducta: hacer y no hacer.

Sin embargo, en un artículo precedente, al referirse al ámbito material de aplicación de la ley penal, más por una cuestión del azar que por una razón de exigencia técnica, en el artículo 15 del COIP se establece que “[s]e consideran única y exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia”. Es decir que se hace una referencia a la omisión, pero más como una cuestión accidental, pues si se atiende al sentido del texto, este dice que las acciones u omisiones punibles establecidas en otras normas jurídicas que no sean las constantes en el COIP, no tendrán validez.

Como ya hemos dicho, la omisión es una subclase de la conducta, por lo que tratándose de la omisión propia, técnicamente no hace falta una especificación en la parte general del primer libro, ya que el “no hacer” está tipificado como tal en la parte especial, es decir en los delitos en particular. Sin embargo el problema se presenta en la omisión

⁶⁷ En adelante para referirse al Código Orgánico Integral Penal, podrá utilizarse estas siglas: COIP.

impropia, cuando se le atribuye responsabilidad penal a una persona como consecuencia de una omisión, mientras que el tipo penal es de acción como en caso del homicidio.

En el COIP, en el ánimo de atender a esta forma de conducta punible, dentro el capítulo de los elementos del delito, y en la sección primera de la tipicidad, se encuentra el artículo 22, con el siguiente texto:

“**Omisión dolosa.**- La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.

Se encuentran en posición de garantes las personas que tienen una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico; y, quienes han provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico protegido”⁶⁸.

Lo primero que llama la atención es la ubicación del artículo, pues está dentro de la tipicidad, y, como ya lo hemos dicho, la omisión es una forma de conducta, la cual constituye el sustantivo que luego va a ser adjetivado por las restantes categorías dogmáticas del delito, y mal hace el legislador en ubicarla dentro de la categoría de tipicidad.

Luego vemos que se define el concepto de omisión impropia, aunque con una nomenclatura diferente: “omisión dolosa”, el cual analizaremos a continuación. En esta clasificación se establecen las características doctrinarias a las que nos habíamos referido,

⁶⁸ Asamblea Nacional del Ecuador, Comisión de Justicia, *Borrador, segundo debate, código orgánico integral penal*, 3 de mayo de 2013, Artículo 22.

como son la relación de causalidad entre el resultado y la omisión, y la posición de garante del agente, cuyas fuentes se describen en el párrafo que le sigue.

Hasta aquí aparentemente las observaciones no son nada más que cuestiones formales o de falta de técnica sin mayores consecuencias, puesto que no se menciona a la omisión como forma de conducta. Esto puede ser corregido en la parte especial al tipificar las omisiones punibles. Más adelante en el COIP se describe la omisión impropia con las características de relación de causalidad hipotética entre la omisión y el resultado, y la posición de garante.

Sin embargo la cuestión toma un matiz preocupante, cuando al definir la omisión impropia la llama “Omisión Dolosa”, y dice “*La omisión dolosa describe el comportamiento...*”; con lo que se descarta expresamente la posibilidad de la omisión impropia culposa. Este problema se da originalmente por esa aparente falta de técnica al situar a la omisión dentro de la tipicidad, pues como dijimos, la omisión al ser un concepto prejurídico que sostiene toda la teoría del delito, no puede ser contaminada por las restantes categorías dogmáticas, y es lo que sucede en el COIP.

El acto, como primera categoría dogmática del delito, para ser punible debe ser típico, antijurídico y culpable. Es decir, que una acción u omisión (al referirnos a la tipicidad subjetiva), puede ser dolosa o culposa, sin embargo en el COIP se define a la omisión impropia como omisión dolosa, con lo que se afirma tácitamente que la omisión culposa no es punible. Y son ciertamente las omisiones culposas las que en gran medida se producen en las sociedades y tienen relevancia jurídico penal, como por ejemplo el homicidio culposo o inintencional del médico o enfermera que olvida suministrar el medicamento que mantiene con vida al paciente; o el guardacostas que se queda dormido o

distraído y no acude al auxilio de un bañista que se está ahogando y posterior a eso muere; o el excursionista que prende una fogata y producto de su descuido u olvido no la apaga correctamente y luego se genera un incendio forestal. Estas conductas no son punibles bajo el nuevo Código Orgánico Integral Penal.

CAPÍTULO III

TIPICIDAD

Categoría	Principio	Axioma	Constitución
Dogmática			
Tipicidad	<u>Legalidad</u>	“No hay delito sin ley”	Art. 76 número 3

El principio de legalidad⁶⁹, junto con el principio de materialidad, es quizá una de las conquistas más importantes del derecho penal liberal (post Revolución francesa), en función de éste solo son punibles aquellas conductas que se encuentren previstas en la ley como delito, lo que se conoce con el aforismo de Feuerbach “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”.⁷⁰

Este principio es concebido como una garantía del ciudadano frente al poder, que confiere la certeza de que únicamente podrá recibir una pena si ha incurrido en una conducta que se encuentra prevista y descrita en una ley. Por tanto, la tipicidad es la correspondencia entre una conducta humana y la descripción del hecho punible previsto en la ley penal. A esta descripción de la conducta punible en la ley se la conoce como “tipo”

⁶⁹ Constitución de la República de Ecuador, artículo 76, número 3. “ El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: “3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que [...] no esté tipificado en la ley como infracción penal ni se aplicará una sanción no prevista en la constitución o en la ley”

⁷⁰ Fue escrito por Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, como parte del Código Penal de Baviera en 1813.

penal. Por su parte, Zaffaroni define al tipo penal como “[...] la fórmula legal necesaria al poder punitivo para habilitar su ejercicio formal”⁷¹.

El tipo es por tanto un hecho político; la selección y descripción de hechos punibles que hace el legislador, cuyo fin político criminal de prevención, es decir de motivación a los ciudadanos a no incurrir en la conducta punible bajo la amenaza de una pena, obliga al legislador a describir el tipo lo más claramente posible.

De acuerdo con lo anterior, a la tipicidad se le reconocen las siguientes funciones:

- Una función de selección de los comportamientos humanos penalmente relevantes;
- Una función de garantía, que se traduce en el principio de “*nullum crimen, nulla poena, sine lege*”; y
- Una función motivadora, pues con la descripción típica el legislador le dice a la sociedad cómo deben comportarse, bajo la amenaza de pena si incurren en las normas prohibitivas.⁷²

Estamos de acuerdo en que una acción es típica cuando esa acción es la que está descrita en la norma; es decir, quitarle la vida a otra persona es una conducta tipificada en el delito de homicidio. Ahora, en esa evolución de la teoría del delito, que, como decíamos inició con la fórmula Lizt-Beling, a la tipicidad se la entendía únicamente como esa descripción objetiva de los hechos en la norma penal, y se pensaba que en la misma no existían elementos subjetivos, sino que estos eran analizados en la última categoría dogmática, en la culpabilidad. En esa descripción objetiva bastaba con la relación causal

⁷¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 434.

⁷² Raúl Plascencia Villanueva, *Teoría del Delito*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 94 y 95.

entre la acción y el resultado, es decir entre la acción y la muerte, sin importar cuál fue la intención del agente. Así, bajo este esquema del delito, el acto de dar muerte a una persona era un acto típico de matar, a pesar de que este haya obrado por error.

Siendo el sistema penal el mayor instrumento de control social⁷³, y dado que el fin político de la ley penal y la pena es la función de prevención de los delitos, no es admisible que una persona sea disuadida de realizar actos típicos si no está consciente que lo está haciendo. Hanz Welzel, autor de la Teoría de la acción final, concibe al ejercicio de la actividad humana como finalista, es decir que bajo esta perspectiva la acción es un acontecimiento "finalista" y no solamente "causal"; "la finalidad o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos"⁷⁴. Welzel reflexiona entonces que la persona que mata por error, por ejemplo, quien creyendo que está cazando un animal mata por error a un ser humano, no está cometiendo un acto final de homicidio, sino el de cazar un animal, y que por tanto esa conducta no es típica. El tipo penal de homicidio describe y sanciona el acto de matar, de modo que el acto de matar por error no puede ser considerado como típico, pues su actividad final no fue precisamente el "acto de matar".

Así, la tipicidad está compuesta por elementos objetivos y subjetivos; por un lado la descripción objetiva del hecho punible, y por otro lado el nexo psicológico entre el agente y el resultado típico. Analizamos a continuación tales categorías.

⁷³ Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal y Control Social*, Madrid, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 18.

⁷⁴ Hanz Welzel, *Teoría de la Acción Finalista*, Buenos Aires, Astrea, 1951, p. 19-20.

3.1. Tipicidad Objetiva

La tipicidad objetiva es la descripción abstracta y genérica de la conducta prohibida, la cual debe ser redactada en la ley de tal modo que todos los ciudadanos hacia quienes está dirigida la norma puedan comprender, sin lugar a dudas, cuál es el hecho punible.

Esta descripción es la que encontramos en cada uno de los tipos penales que están en la parte especial del primer libro del Código Orgánico Integral Penal, sin embargo existen determinados elementos comunes y necesarios que encontramos en todos los tipos penales así como otros no necesarios o accidentales. Lo ideal sería prescindir de elementos normativos o valorativos que se presten a subjetividades por el intérprete (ya sea fiscal, juez, etc.); el tipo debe componerse mayoritariamente de elementos descriptivos que cualquier persona de un entendimiento promedio pueda comprender, como por ejemplo: matar, robar, lesionar, día, noche, persona, cosa, etc⁷⁵.

Los siguientes son los elementos objetivos que encontramos en los tipos penales; los cuatro primeros son los elementos necesarios comunes a todos los delitos, sin los cuales no hay tipo penal; los tres finales son elementos accidentales que pueden o no estar presentes y que sirven generalmente para diferenciar a los tipos penales base de otras figuras atenuadas o agravadas, a saber:

1. Sujeto activo: Es la persona natural que comete un delito de acuerdo a las diversas formas de participación. El sujeto activo puede ser:
 - a) *Calificado*: Cuando para ser sujeto activo se necesita alguna calidad en especial, por ejemplo el juez en el prevaricato.

⁷⁵ Raúl Plascencia Villanueva, *Teoría del Delito*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 103-104.

b) *No calificado*: Cuando cualquier persona puede ser responsable del delito, que son la generalidad de los delitos, por ejemplo “el que matare”, “el que hurtare”, etc⁷⁶.

2. Sujeto Pasivo: Si bien este elemento no está expresamente señalado en todos los tipos penales, es un elemento que de manera tácita lo está, puesto que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado. A su vez, el sujeto pasivo puede ser:

a) *Calificado*: Cuando se requiere de una calidad especial para serlo, por ejemplo en el delito de infanticidio (ser infante), en el estupro (menor de 18 años y mayor de 14).

b) *No calificado*: Cuando no se requiere ninguna calidad sino que cualquier persona puede serlo. Ejemplo: robo, asesinato, lesiones, etc⁷⁷.

3. Conducta o verbo rector: Es el núcleo del delito; es el comportamiento humano (acción u omisión) con la cual se lesiona el derecho de otra persona; la acción ejecutiva de cometimiento del delito, la cual generalmente está descrita por un verbo: matar, hurtar, abusar, etc.⁷⁸.

4. Objeto: Este se divide en

a) *Objeto material*: Se refiere a la persona o cosa sobre la que recae la conducta, por ejemplo la cosa robada en el hurto, el cuerpo en el homicidio, los fondos públicos en el peculado.

⁷⁶ Ernesto Albán Gómez, *Régimen Penal Ecuatoriano*, Quito, Ediciones Legales S.A., 1997, p. 103.

⁷⁷ Ernesto Albán Gómez, *Régimen Penal Ecuatoriano...*p. 103.

⁷⁸ Gerardo Barbosa Castillo, “Teoría del Delito, Tipo Objetivo” en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 218.

b) *Objeto jurídico*: Es el bien jurídico tutelado, el cual fundamenta y da sentido al delito. Los tipos penales están compilados en los códigos en función del bien jurídico protegido, por ejemplo: de los delitos contra la vida, contra el patrimonio, contra la administración pública, etc.⁷⁹

5. Elementos normativos: Son descripciones que nos remiten a otras normas o cuerpos normativos para comprender el alcance del tipo. Por ejemplo, cuando en la ley se refieren al “funcionario público”, “cosa ajena”, “mayoría de edad” es necesario remitirse a la ley de servicio público, el código civil y al código de la niñez, respectivamente⁸⁰.
6. Elementos valorativos: Se trata de cuestiones subjetivas en las que es el intérprete el que les da el valor de acuerdo a su modo particular de ver las cosas. Sin embargo, se encuentran presentes en varios cuerpos legales, por ejemplo las buenas costumbres, la moral, el ánimo de apropiación, los fines deshonestos, etc.
7. Otras circunstancias que complementan el tipo: Estos son otros elementos descriptivos que terminan de configurar el tipo penal. En el peculado, por ejemplo, el abuso de fondos públicos “en beneficio particular o de terceras personas”; en el cohecho, el recibir dones o presentes “por realizar un acto de su empleo u oficio”. En la mayoría de casos, estas “otras circunstancias” sirven para atenuar o agravar tipos penales base, como cuando producto del secuestro o durante un robo “muere la víctima”.

⁷⁹ Gerardp Barbosa Castillo, “Teoría del Delito, Tipo Objetivo” en *Lecciones de Derecho Penal...*p. 218.

⁸⁰ Ernesto Albán Gómez, *Régimen Penal Ecuatoriano...*p. 104.

El principio de legalidad se materializa concretamente en la tipicidad objetiva. Y es en los tipos penales propiamente dichos donde encontramos los elementos a los que nos hemos referido. Los siguientes son artículos del proyecto de ley del Código Orgánico Integral Penal, de los que extraeremos los elementos objetivos del tipo penal.

Art. 281.- Fraude procesal.- La persona que con el fin de inducir a engaño al juez, en el curso de un procedimiento civil o administrativo, o antes de un procedimiento penal, o durante él, cambie artificialmente el estado de las cosas, lugares o personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.⁸¹

Elementos objetivos:

1. Sujeto Activo: No Calificado: “La persona que...”
2. Sujeto pasivo: No calificado.
3. Verbo rector: Cambiar artificialmente el estado de las cosas, lugares o personas.
4. Objeto jurídico: La tutela judicial efectiva.
5. Elementos normativos: Juez, procedimiento civil, administrativo, penal.
6. Elementos valorativos: Con el fin inducir a engaño al juez.
7. Otras circunstancias: En el curso de un procedimiento civil, administrativo o penal.

Art. 383.- Delincuencia Organizada.- La persona que mediante acuerdo o concertación forme un grupo estructurado de dos o más personas, financien de cualquier forma, ejerzan el mando o dirección, o planifiquen las actividades de una organización delictiva, con el

⁸¹ Asamblea Nacional del Ecuador, Comisión de Justicia, *Borrador, segundo debate, código orgánico integral penal*, 3 de mayo de 2013, Artículo 281.

propósito de cometer uno o más delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años en forma permanente o reiterada, que tenga como objetivo final la obtención de beneficios económicos, políticos, sociales, de poder u otros, serán sancionados con pena privativa de libertad de quince a veinte años.⁸²

Elementos Objetivos:

1. Sujeto Activo: No calificado.
2. Sujeto Pasivo: El Estado.
3. Verbo rector: Formar un grupo de dos o más personas / Financiar / ejercer el mando / planificar
4. Objeto jurídico: Seguridad del estado.
5. Elementos normativos: No hay.
6. Elementos valorativos: Propósito de cometer delitos.
7. Otros elementos: Objetivo final la obtención de beneficios.

3.2. Tipicidad Subjetiva

Como ya lo hemos visto, en la tipicidad encontramos elementos objetivos y subjetivos, los primeros describen la acción típica y los segundos contienen el sentido de la voluntad. Solo cuando se satisfagan estos dos elementos podemos decir que la conducta se subsume en tal o cual tipo penal; únicamente en estas circunstancias nos encontramos ante un acto típico.

⁸² Asamblea Nacional del Ecuador, Comisión de Justicia, *Borrador, segundo debate, código orgánico integral penal*, 3 de mayo de 2013, Artículo 383.

Claus Roxin sostiene que “la opinión dogmática reciente se mueve aún en los esquemas neoclásicos y finalistas. No obstante la mayoría de autores se esfuerzan por rechazar la teoría final de la acción, pero asumiendo el traslado del dolo y la culpa al tipo objetivo”.⁸³ Es decir que más allá de toda esa disputa intelectual entre las escuelas penales causalistas y finalistas, luego irrumpidas por el funcionalismo, existe el acuerdo de que el dolo y la culpa son parte de la tipicidad subjetiva.

3.2.1. Dolo

El dolo tiene como finalidad la realización del tipo objetivo, para lo que requiere de dos elementos, uno cognitivo y otro volitivo. El primero se refiere al conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, y el segundo, a la voluntad de realizar esa conducta. En otras palabras, el dolo es conocer y querer: conocer los elementos objetivos del tipo y querer realizar dicha conducta.

Juan Bustos Ramírez afirma que el conocimiento consiste en “la aprehensión objetiva de la situación global por parte del sujeto agente”⁸⁴, la cual debe existir en el momento mismo de la realización del delito; por otro lado cuando Ramírez se refiere al aspecto volitivo, dice que el dolo no es un simple querer, es un querer que se materialicen los actos. Así, si pensamos en la primera categoría dogmática analizada, el acto, recordaremos que este estaba determinado por la voluntad, por el dominio de la actividad o inactividad corporal; en ese momento el contenido de esa voluntad no era relevante; en el

⁸³ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 201-203.

⁸⁴ Juan Bustos Ramírez, *Derecho Penal Parte General, Obras Completas*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2008, p. 747.

dolo, es justamente el contenido de la voluntad el que determina si la conducta es o no dolosa y por tanto típica.

Pero claro, este conocimiento de los elementos objetivos no implica el conocimiento de que se está cometiendo un delito. Así, por ejemplo, quien mata a otra persona, en legítima defensa, está actuando de forma dolosa, puesto que este sabe que está quitándole la vida a otra persona, es decir, conoce cada uno de los elementos objetivos del tipo. Ahora, la punibilidad de esa conducta corresponde a otra discusión, puesto que si bien aquella es una conducta típica, no es antijurídica por existir una causa de justificación.

Estamos hablando aquí de un dolo natural o avalorado, donde lo único que se exige es conocer y querer, diferente al conocido como *dolus malus*, el cual exige el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, el que es propio del causalismo, y que consta en el Código Penal del Ecuador del año 1938, vigente hasta la realización de este trabajo académico, por el cual el dolo es el designio de causar daño⁸⁵. Con un ejemplo simple demuestro la falta de lógica de este concepto de dolo. Piense usted en un delito contra el medio ambiente, como el de verter residuos tóxicos en un río, bajo el concepto del *dolus malus*, tendría que probarse que el agente ha tenido la voluntad de causar daño, en este caso a la naturaleza, cuando en la práctica esta persona seguramente estaba tratando de ahorrarse dinero en el tratamiento de los residuos tóxicos de su empresa o industria y su afán no era el de causar daño a la naturaleza sino el de proteger su capital. Bajo ese concepto de dolo, la conducta no sería dolosa y por tanto no punible. Ahora, el concepto del dolo natural o avalorado supone que el sujeto activo conoce los elementos objetivos del tipo y quiere

⁸⁵ Código Penal del Ecuador de 1938, Artículo 14. “...La infracción dolosa que es aquella en que hay el designio de causar daño.”

realizar esta conducta, es decir, conoce y quiere verter residuos tóxicos en un río, más allá de su conocimiento o no de la ilicitud del acto.

Y en función de ese grado de voluntad de ejecutar el tipo objetivo, se puede hacer una clasificación del dolo. “Según sea mayor o menor la intensidad del elemento intelectual o volitivo, se distingue entre dolo directo y eventual”⁸⁶, a los que otros autores le agregan el dolo indirecto:

Dolo Directo: El elemento volitivo prevalece sobre el cognitivo. Se produce el resultado querido. Juan quiere matar a Pedro y lo hace.

Dolo Indirecto: El elemento cognitivo prevalece sobre el volitivo. El agente no quiere que se produzca el resultado, pero lo acepta como una consecuencia necesaria de su acción. Ejemplo: el acto terrorista de poner una bomba en una manifestación pública; el agente no quiere que muera tal o cual persona, pero acepta los resultados de su acción.

Dolo eventual: El agente se plantea como probable la consecuencia de su acto, pero acepta el resultado. Ejemplo: quien pone un coche bomba en la madrugada en un lugar deshabitado sabe que si alguien pasa por ese lugar al momento de la explosión va a ser afectado, pero no lo hace con la intención de matar a nadie.

3.2.2. Culpa

Atendiendo a las normas penales como protectoras de bienes jurídicos, tenemos que la forma básica de protección es la prohibición de acciones u omisiones tendientes a lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos; estos son los delitos dolosos. Sin embargo, debido a la importancia de determinados bienes jurídicos como la vida o la salud, los

⁸⁶ Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, Bogotá, Temis, 2008, p. 44.

Estados se han visto en la necesidad de ampliar dicha protección, no solo prohibiendo esos actos tendientes a la lesión o puesta en peligro, sino sancionando a quienes han afectado esos bienes jurídicos producto de su falta de cuidado. A estos se los llama delitos culposos⁸⁷.

Las actividades cotidianas de las sociedades modernas demuestran que vivimos en constante riesgo. Desde que nos levantamos y tomamos una ducha ponemos en riesgo nuestra vida, puesto que hay gente que muere por envenenamiento al inhalar el gas con el que se calienta el agua; luego uno sale a la calle en su vehículo o en transporte colectivo, y se expone al riesgo de sufrir un accidente de tránsito. En tal virtud, si quisiéramos proteger de manera segura los bienes jurídicos como la vida, la salud y la integridad física, tendríamos que eliminar todas estas actividades, lo que por supuesto caotizaría al mundo y lo haría invivible.

Las sociedades han convenido en aceptar riesgos tolerables. Así, en el transporte terrestre, es inevitable el riesgo de accidentes de tránsito, sin embargo se han establecido normas que reducen ese riesgo como el límite de velocidad, el respeto a las señales de tránsito, el mantenimiento de los vehículos, etc. Entonces, en razón de la importancia de los bienes jurídico vida, salud e integridad física, se sanciona penalmente la lesión de los mismos producto de no haber respetado el riesgo permitido o haberlo sobrepasado.

La sanción de estas conductas es una extensión de la punibilidad de los delitos dolosos, por tanto, en función de los principios (constitucionalmente reconocidos) de

⁸⁷ Juan Bustos Ramírez, *Derecho Penal Parte General, Obras Completas...*p. 642.

legalidad⁸⁸ y mínima intervención penal⁸⁹, sólo deben ser punibles por culpa, aquellas conductas que estén expresamente señaladas en la ley, así como las que protejan los bienes jurídicos más importantes para nuestra sociedad.

A los delitos culposos se los conoce también como delitos imprudentes o negligentes, estos tienen dos elementos fundamentales: la acción culposa y el resultado que ella ha causado⁹⁰. Y como no es posible determinar en la norma cuándo una conducta es culposa, pues esto dependerá de la casuística, se ha establecido que se incurre en esta modalidad de delito cuando se produce el resultado típico al haber violado el deber objetivo de cuidado. Como el ingeniero que construye un puente con materiales inadecuados, a sabiendas de aquello, y el puente cae sobre un vehículo matando a sus ocupantes; o como el piloto de avión que por no revisar, vuela en condiciones meteorológicas inadecuadas y prohibidas por las leyes de aviación, y producto de aquello mueren pasajeros.

El concepto de cuidado objetivo.

Prácticamente todas las actividades de la vida en sociedad se encuentran normadas, y más aún cuando de estas actividades se desprenden riesgos para los seres humanos. Por tanto, el concepto de cuidado es un concepto objetivo y normativo, por cuanto lo que se debe analizar ante la producción del resultado típico es si el infractor ha actuado o no dentro de los riesgos permitidos. El exceso de riesgo constituye la violación al deber objetivo, por lo que se han creado normas, tanto legales como reglamentarias que rigen la

⁸⁸ Constitución de la República de Ecuador, artículo 76, número 3.

⁸⁹ Constitución de la República de Ecuador, artículo 195.

⁹⁰ Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito...*p. 56.

conducción de los vehículos, los códigos de ética de los profesionales, la *lex artis* de los médicos o las normas relativas a la construcción y las industrias en general.

Así como los delitos dolosos se subclasifican en función del grado de voluntad de realización del tipo, los delitos culposos se dividen en función de la previsibilidad del resultado, de la siguiente manera:

- Culpa consciente: Cuando el sujeto actúa con representación del resultado. Es decir que a pesar de haber previsto el peligro de su actuar culposo o imprudente, este lo realiza. Como el médico que, en su afán de ganar dinero, realiza una operación para la cual no está capacitado o no cuenta con los materiales adecuados. La diferencia con el dolo es que en el delito culposo consciente el infractor no quiere la realización del resultado. El médico no quiere la muerte del paciente, aunque está consciente de que está obrando con falta de cuidado. La culpa consciente suele confundirse con el dolo eventual, puesto que en ambos casos el sujeto no quiere que se produzca el resultado. La diferencia radica en que en el dolo eventual si bien el agente no quiere el resultado, está seguro de lo que puede suceder, mientras que en la culpa consciente el mismo no quiere el resultado y cree además que no va a suceder.
- Culpa inconsciente: Cuando el sujeto actúa sin representación del resultado. No sabe de las consecuencias que pueden tener sus actos. Estos se los conoce como actos negligentes. Por ejemplo, el guardacostas que producto del cansancio se queda dormido y no acude a salvar al bañista que se está ahogando.

Por tanto, son delitos culposos aquellos cuya producción del resultado típico es consecuencia de la violación al deber objetivo de cuidado.

Una última cuestión referente a la punibilidad de los delitos culposos es que, al no ser querido el resultado típico, el grado de reprochabilidad lógicamente debe ser menor que el de los delitos dolosos, es decir, la pena debe ser menor.

3.2.3. Teoría del error

Así como en el acto existen elementos negativos que lo descalifican como acto con relevancia jurídico penal, en la tipicidad también hay elementos negativos que vuelven a la conducta atípica. Esto es lo que se conoce como la teoría del error: “El error es la creencia equivocada o juicio falso de que algo es real o verdadero; es la no coincidencia entre el mundo ideal y el real, entre lo que se piensa que es y lo que en realidad es”.⁹¹

Tradicionalmente se ha hecho referencia al error de hecho y error de derecho como formas de error, sin que exista correspondencia con el error de tipo y el error de prohibición que hoy se maneja. Error de tipo, entonces, no es error de hecho, y error de derecho no equivale a error de prohibición. Esta nueva forma de clasificar al error nace de la insuficiencia de la anterior para entender diversos hechos. En el delito de hurto, por ejemplo, el error sobre la ajenidad de la cosa apropiada, es un error de hecho y a la vez de derecho, toda vez que la ajenidad es un concepto normativo; o el error sobre la edad de la

⁹¹ Alberto Suárez Sánchez, “Aspecto Negativo de la Tipicidad”, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 249-258.

mujer con la que el hombre tuvo relaciones sexuales, es así mismo un error de hecho y un error de derecho a la vez⁹².

Es por ello que se ha dejado de lado esa forma de entender el error y hoy se clasifica en error de tipo y error de prohibición; el cual afecta en el primer caso a la tipicidad y en el segundo a la culpabilidad.

- **Error de Tipo**

Este error recae sobre los elementos objetivos del tipo, es decir sobre el sujeto activo, pasivo, la conducta, el bien jurídico, los elementos normativos, valorativos o las restantes circunstancias que complementan el tipo. El error afecta al elemento intelectual del dolo⁹³. Por ejemplo, la enfermera que cree que está inyectando una medicina, cuando en realidad el enemigo de la víctima ha colocado veneno en vez de medicina. En este caso la enfermera actúa por error, pues si bien producto de su acción está matando a una persona, ella pensaba que estaba inyectando una medicina y no un veneno. Por tanto la enfermera no ha realizado un acto típico de matar, su acción final fue de inyectar la medicina, la conducta entonces es atípica⁹⁴. El error sobre uno de los elementos objetivos del tipo elimina el dolo y por tanto la conducta no es típica o lo que es lo mismo, la conducta no es punible.

Por su parte, el error de tipo se clasifica a su vez en:

- Error de tipo vencible: cuando el error pudo ser evitado.
- Error de tipo invencible: cuando no había forma de evitar el error.

⁹² Alberto Suárez Sánchez, “Aspecto Negativo de la Tipicidad”, en *Lecciones de Derecho Penal...*p. 249.

⁹³ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 458-459.

⁹⁴ Nodier Agudelo Betancourt, *Curso de Derecho Penal: Esquemas del delito*, Bogotá, Temis, 2007, p. 59.

La consecuencia en la tipicidad subjetiva de cada tipo de error es diferente, atiende al grado de reprochabilidad de quien ocasionó la lesión del bien jurídico. Así:

- ERROR DE TIPO INVENCIBLE → ELIMINA EL DOLO Y CULPA: CONDUCTA NO PUNIBLE.
- ERROR DE TIPO VENCIBLE → ELIMINA EL DOLO. ✘ NO LA CULPA: CONDUCTA PUNIBLE

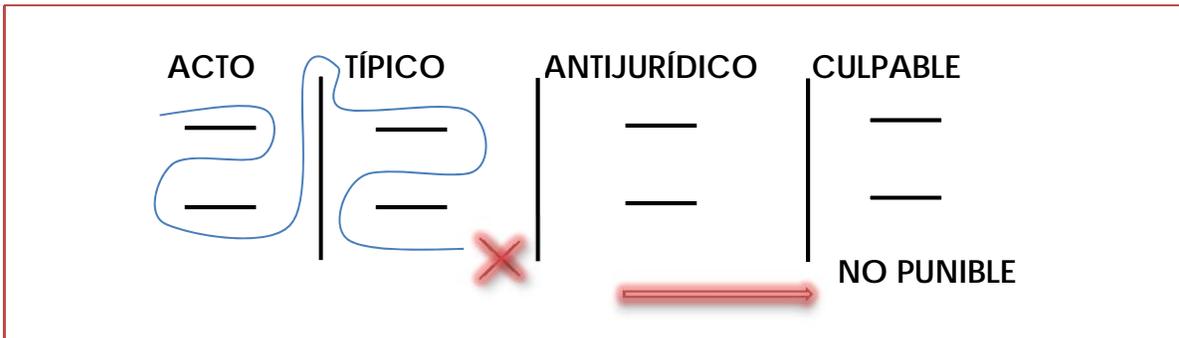


Gráfico 4. Elaboración propia

Estas son consecuencias lógicas derivadas de los conceptos de dolo y culpa. Así, la enfermera que por error invencible mató a su paciente no puede ser sancionada penalmente puesto que ella no realizó el acto de matar sino de inyectar. Del mismo modo, el hombre que se dispone a cazar animales en un parque, y que por error mata a una persona, no responde por el delito de homicidio, pues este no tenía conocimiento de que estaba matando a un ser humano sino a un animal. Sin embargo se trata en este caso de un error vencible, pues a quien se encuentra en un parque generalmente no se le permite cazar animales y si lo hace, debe tener la precaución de verificar a qué o a quién está disparando. En este caso si

bien la conducta no es dolosa, persiste la culpa y el agente debe ser sancionado por el delito de homicidio culposo.

Pero se debe advertir que no en todos los casos de error de tipo vencible, la conducta debe ser sancionada por culpa, sino únicamente cuando el tipo penal así lo prevea. Por ejemplo el delito de homicidio culposo, pero no en los casos de prevaricato o peculado, por cuanto no están previstas estas conductas como delitos.

3.3. La tipicidad en el Código Orgánico Integral Penal.

En el artículo 19 del COIP se establece como uno de los elementos del delito a la tipicidad, en la que textualmente dice: “Tipicidad.- Los tipos penales describen los elementos estructurales de las conductas penalmente relevantes”⁹⁵.

Del texto se desprenden confusiones conceptuales puesto que tipicidad y tipo son dos cosas diferentes. Tipicidad es la adecuación del hecho a la conducta descrita en el artículo, en tanto que el artículo que describe la conducta se conoce como tipo penal. En todo caso esta es una confusión que no acarrea ninguna complicación a la hora de la aplicación de la ley, su diferenciación puede llegar a resultar innecesaria porque la descripción típica que importa es la que consta en la parte especial del primer libro, es decir en la redacción de los tipos penales, en los cuales deberían constar de manera clara los elementos objetivos del tipo a los que nos hemos referido en líneas anteriores.

Ya en la tipicidad subjetiva es de suma importancia lo que establece el COIP puesto que lo previsto en la parte general del primer libro es lo que determina la aplicación de la

⁹⁵ Asamblea Nacional del Ecuador, Comisión de Justicia, *Borrador, segundo debate, código orgánico integral penal*, 3 de mayo de 2013, Artículo 19.

tipicidad objetiva. En estas circunstancias se evidencia una evolución importante del nuevo COIP con respecto al código penal de 1938, pues se establece dentro de la tipicidad al dolo y la culpa, en los artículos 20 y 21.

En cuanto al dolo, el COIP establece una definición bastante concreta, y creo que suficiente, al decir en el artículo 20, que: “Actúa con dolo la persona que conociendo los elementos objetivos del tipo quiere ejecutar la conducta”. Es decir que se encuentran en esta definición los elementos cognitivo y volitivo, y no se hace una subclasificación del dolo en el dolo directo, indirecto y eventual, como constaba en el primer borrador del COIP entregado a la Asamblea Nacional, lo cual consideramos adecuado, puesto que no existen mayores consecuencias en cuanto a la punibilidad; regularmente los diferentes tipos de dolo merecen la misma sanción penal.

En cuanto a los delitos culposos, el COIP establece en su artículo 21 lo siguiente: “Culpa.- Actúa con culpa la persona que viola un deber objetivo de cuidado, por imprudencia, negligencia o impericia. Esta conducta será punible siempre y cuando se encuentre tipificada como infracción en la ley penal”⁹⁶.

Si bien se integran cuestiones relevantes como el concepto de la violación al deber objetivo de cuidado y el principio de legalidad por el cual solo serán punibles por culpa las conductas que así se encuentren previstas en la ley, esta redacción del concepto de culpa conlleva consecuencias peligrosas para la aplicación de la norma y la contención del poder punitivo, pues atenta contra los principios de materialidad de la acción y necesidad.

⁹⁶ Asamblea Nacional del Ecuador, Comisión de Justicia, *Borrador, segundo debate, código orgánico integral penal*, 3 de mayo de 2013, Artículo 21.

La culpa está compuesta por dos elementos sustanciales, estos son: la violación al deber objetivo de cuidado, y el resultado lesivo producto de lo anterior. En la redacción del artículo se hace referencia únicamente al primer elemento, a la violación al deber objetivo de cuidado, y no al resultado. Por tanto, en teoría, podría ser sancionada una persona sin un resultado, sin que se materialice la lesión, sin lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos; la sola violación al deber objetivo de cuidado es punible, y por tanto se habilita al poder punitivo a intervenir en prácticamente cualquier circunstancia.

Finalmente decimos que esto atenta al principio de necesidad y fragmentariedad del derecho penal, pues la sola violación del deber objetivo de cuidado constituye generalmente una falta administrativa o una cuestión de carácter civil; así, el médico que no atendió un paciente con los instrumentos esterilizados, el ingeniero que al construir un muro utilizó material inadecuado, sin provocar ninguno de ellos un resultado lesivo como la lesión o muerte de una persona, en estos casos se estaría habilitando a la intervención del poder punitivo, cuando es evidente que el derecho administrativo o el derecho civil son suficientes para tutelar los bienes jurídicos.

En cuanto a los elementos negativos de la tipicidad, el COIP se aparta del error de hecho y de derecho e incorpora el error de tipo y de prohibición, el de tipo dentro de la tipicidad, el cual al ser invencible elimina la punibilidad de la conducta y al vencible deja a salvo la responsabilidad por culpa si el tipo penal lo permite. Así se establece en el Art. 23:

“Error de tipo.- No existe infracción penal cuando, por error o ignorancia invencible debidamente comprobada, se desconozcan uno o varios de los elementos objetivos del tipo penal. / Si el error fuere vencible, la infracción persistirá y responderá por la modalidad culposa del tipo penal si aquella existiera. / El error invencible que recaiga sobre una

circunstancia agravante o sobre un hecho que cualifique la infracción, impedirá la apreciación de ésta por parte de las juezas y jueces”⁹⁷.

Por ejemplo: en el caso de error de tipo invencible, como cuando la enfermera inyecta la medicina al paciente y este muere a causa de que su enemigo ha cambiado la medicina por veneno, la conducta de la enfermera no es punible. Ahora, en caso de que el error fuere vencible, como cuando la misma enfermera toma cualquier medicina del mostrador, sin verificar que el paciente sea tolerante al medicamento, y producto de ello muere, la enfermera no responderá por el delito de homicidio tipificado en el artículo 135 del COIP, sino por el artículo 136 referente al homicidio culposo.

Finalmente, en caso de un error de tipo vencible de peculado, como cuando una persona recibe cien mil dólares en su cuenta bancaria sin conocer de donde provienen, y esta se lo gasta, siendo que el dinero provenía de una transferencia ilícita de uno de los ministerios de estado, quien recibe el dinero está inmerso en un error de tipo vencible que elimina el dolo, pero no la culpa, sin embargo el delito de peculado culposo no está tipificado en el COIP; en tal virtud, la conducta no es punible por falta de tipo.

⁹⁷ Asamblea Nacional del Ecuador, Comisión de Justicia, *Borrador, segundo debate, código orgánico integral penal*, 3 de mayo de 2013, Artículo 23.

CAPÍTULO IV

ANTI JURIDICIDAD

Categoría	Principio	Axioma	Constitución
Dogmática			
Antijuridicidad	<u>Lesividad</u>	<i>“No hay necesidad sin daño”</i>	Art. 66 número 5
	<u>Necesidad</u>	<i>“No hay ley sin necesidad”</i>	Art. 76 número 6 y Art. 195

Una vez que se han pasado los filtros del acto y la tipicidad, es decir una vez que se ha determinado que el hecho presuntamente punible se trataba efectivamente de un acto con relevancia jurídico penal (una acción u omisión guiada por la voluntad), corresponde determinar si el acto típico es también antijurídico.

La antijuridicidad es un concepto que se aplica para todo el ordenamiento jurídico y no solo a la esfera de lo penal. Por ello, no hay ninguna necesidad de introducir entre tipo y antijuridicidad un escalón adicional “de la antijuridicidad penal”⁹⁸.

“El derecho penal no crea la antijuridicidad sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos antijurídicos, generalmente los más graves, conminándolos con una pena”⁹⁹. Con esto, resulta en principio ilógico que un acto típico,

⁹⁸ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 557.

⁹⁹ Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, Bogotá, Temis, 2008, p. 65.

como el acto de matar, no sea una conducta contraria al derecho. En efecto, la tipicidad es un indicio de antijuridicidad, y de hecho la mayoría de los casos calificados como actos típicos son a su vez antijurídicos.

Sin embargo, la antijuridicidad implica que la conducta es contraria al derecho, la cual en principio está supeditada a que no hayan causas de justificación que excluyan la antijuridicidad, es decir, situaciones en las cuales la conducta típica sea jurídica, así como en los casos de legítima defensa o estado de necesidad, por ejemplo cuando una persona le quita la vida a otra, mientras se defendía de un ataque de esta contra su vida.

En principio la antijuridicidad se reduce a una constatación negativa, es decir a verificar si no existen causas de justificación que conviertan en jurídica la conducta típica. Sin embargo, para comienzos del siglo XX, el propio Franz Von Liszt “reconoce lo normativo de la antijuridicidad con la diferenciación que hace de los conceptos de antijuridicidad formal y antijuridicidad material, entendiendo por esta, y como complemento de la objetiva contradicción con el derecho, la lesión del interés protegido por la norma”¹⁰⁰.

La antijuridicidad entendida como la contradicción con el derecho no es concebida únicamente como esa antijuridicidad formal que consta en el Código Penal del Ecuador de 1938, es decir, como la ausencia de causas de justificación, sino además como una conducta que lesione o ponga en peligro efectivamente bienes jurídicos, a la cual se la conoce como antijuridicidad material.

¹⁰⁰ Camilo Sampedro Arrubla, “La Antijuridicidad”, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 329.

Así, este tercer filtro de contención del poder punitivo, o tercera categoría dogmática del delito, se divide en: antijuridicidad formal y antijuridicidad material, las cuales hacen parte del mismo fenómeno, la contrariedad al derecho¹⁰¹.

4.1. Antijuridicidad formal

Es formalmente antijurídica la conducta que contraviene una prohibición o mandato legal. Así, como decíamos, en principio, es antijurídica la conducta típica por no haber acatado los mandatos implícitos de hacer o no hacer descritos en los tipos penales; sin embargo existen situaciones en las cuales este indicio de antijuridicidad se desvanece por incurrir en causas de justificación, en situaciones en las cuales la conducta típica se convierte en jurídica, amparada por el derecho por diversas razones.

4.1.1. Causas de justificación.

La doctrina ha dirigido sus esfuerzos a sistematizar las causas de justificación con fundamentos válidos para todas las causas de justificación, sin embargo los teóricos han convenido en que cada causa de justificación tiene su justificación autónoma.

La doctrina y la legislación comparada han reconocido las siguientes causas de justificación:

1. Legítima Defensa: Es la lesión de bienes jurídicos en defensa de los suyos propios. Los requisitos para que exista legítima defensa son los siguientes¹⁰²:

¹⁰¹ Zaffaroni sostiene que no existen dos conceptos de antijuridicidad, dice que esta siempre es material y a la vez formal. Material en el sentido que implica una efectiva afectación del bien jurídico para cuya determinación a veces no tiene el legislador otro camino que remitirse a pautas sociales de conducta. La antijuridicidad, dice, siempre es formal porque su fundamento no puede partir más que del texto legal. Ver. Raúl Eugenio Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal, Parte III*, Buenos Aires, Ediar, 1998, p. 570.

- Actual agresión o inminente: La persona que repele la agresión debe estar siendo agredida al momento mismo de su reacción, o la misma debe ser inminente, como quien es perseguido por un sujeto para matarlo.
- Agresión ilegítima: Que el ataque se realice sin ninguna razón válida. Así, es legítima la fuerza empleada por el agente de policía para repeler actos vandálicos.
- Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende: Que quien alega la legítima defensa no haya provocado la agresión.
- Necesidad racional de la defensa: Que no sea evitable o que se evidencie la necesidad de la defensa. Todas estas son circunstancias muy subjetivas que dependerán de la casuística, sin embargo podemos dar un ejemplo de defensa evitable: Cuando una persona es víctima de un asalto en presencia de la policía y la víctima agrede al infractor cuando este ya había sido capturado por el gendarme.
- Racionalidad de los medios empleados para repeler la agresión. Se refiere a la proporcionalidad de los medios empleados para repeler la agresión. La proporcionalidad no implica igualdad de medios.

2. *Estado de Necesidad*: Es la situación de peligro que obliga a una persona a lesionar bienes jurídicos ajenos en defensa de otros bienes jurídicos de menor valor. Los siguientes son los requisitos para que exista estado de necesidad:

- Debe existir un peligro actual o inminente.
- No debe ser evitable de otra manera.

¹⁰² William Monroy Victoria, “Causales de Exclusión de la Antijuridicidad”, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 344.

- Quien alega la legítima defensa no debe haberse colocado imprudentemente en situación de riesgo.
- No se debe tener la obligación jurídica de soportar el peligro.

Por ejemplo cuando una persona rompe los vidrios de un vehículo para rescatar a un niño que se encuentra al interior del mismo con los vidrios cerrados y con síntomas de asfixia.

3. Orden legítima de autoridad competente: Cuando una persona lesiona los bienes jurídicos de otra, a consecuencia de la orden de una autoridad. Los siguientes son los requisitos para que aplique esta causa de justificación:

- Que exista relación jerárquica entre superior y subordinado.
- Que la orden sea legítima, es decir conforme a derecho.
- Que la autoridad de la cual emana la orden esté facultada para hacerlo.
- Que quien ejecuta la orden tenga la obligación de cumplirla.

Un ejemplo de aquello es la privación de la libertad que ejecutan los agentes de policía ante la orden de prisión emitida por un juez penal. Otro es la ejecución del condenado por parte del verdugo en función de la orden del juez que emitió la sentencia, en aquellos países donde aún existe pena de muerte.

4. Cumplimiento de un mandato legal: Cuando la lesión del bien jurídico está expresamente descrita en la ley y obligada al destinatario de la norma. Por ejemplo, el allanamiento de un

domicilio que realiza un agente de policía cuando persigue a quien acaba de cometer un delito¹⁰³.

5. *Ejercicio de una profesión o actividad lícita*: Lo que está permitido por la ley no puede estar prohibido. Así, las lesiones que se provocan producto de una intervención quirúrgica, o las lesiones producidas en deportes de contacto como el boxeo, son actividades que, si bien lesionan la integridad física de otra persona, están amparadas por el ordenamiento jurídico.

6. *Consentimiento del sujeto pasivo*: Esto se da cuando el sujeto pasivo consiente o asiente en la lesión del bien jurídico, el cual solo puede ser de libre disponibilidad, como en el caso de las lesiones ocasionadas por realizarse un tatuaje. No sucede así con los bienes jurídicos no renunciables, como el de la vida; así, el que cumple el deseo de su desdichado amigo y lo mata de un disparo, esta persona tendría que responder por el delito de homicidio.

4.2. Antijuricidad material

Como vimos en líneas anteriores, que la conducta sea contraria al derecho no solo implica la contradicción con la norma, sino sobre todo con la lesión o peligro efectivo de los bienes jurídicos que la ley protege.

Entre los axiomas del garantismo¹⁰⁴, que dan fundamento al régimen penal en el Ecuador —al menos en el deber ser—, los cuales son requisitos necesarios para establecer una sanción penal, es decir, que en ausencia de uno de ellos no estaría habilitado el sistema

¹⁰³ Código de Procedimiento Penal del Ecuador. Art. 194. “La vivienda de un habitante del Ecuador no puede ser allanada sino en los casos siguientes: [...] 2. Cuando se persiga a una persona que acaba de cometer un delito flagrante.”

¹⁰⁴ Axiomas del Garantismo de Luigi Ferrajoli, incorporados a la Constitución de la República de Ecuador, ver páginas 19-21.

penal para aplicar el poder punitivo del Estado, se encuentra el principio de lesividad, derivado del axioma “*no hay necesidad sin daño*”, por el cual no puede haber necesidad de una ley penal y por tanto de pena, si no hay un daño o lesión en contra de los bienes jurídicos.

En el derecho penal tradicional, el principio fundamental sobre el que se fundamenta el ejercicio del poder punitivo del Estado es el principio de legalidad, en virtud del cual el único requisito para la habilitación del sistema penal es la vigencia previa de la norma. En el Estado legal¹⁰⁵ la ley determina la autoridad, la estructura de poder y el contenido de las normas, en este caso las penales, dejando al arbitrio del legislador cuándo y cómo prohibir. En tanto que en el Estado constitucional es la constitución la que determina el contenido de la ley y el ejercicio de la autoridad¹⁰⁶. En el Estado legal era el legislador el que condicionaba el contenido de la norma; en el Estado constitucional es la constitución la que condiciona al legislador en su actividad creadora de las leyes.

Por ello es que el derecho penal de los Estados constitucionales ya no solo se erige sobre el principio de legalidad, el cual sigue siendo un pilar fundamental y requisito *sine qua non* para el establecimiento de una sanción penal; ahora se exige además que se cumpla con el principio de lesividad, por el cual ninguna conducta puede ser punible si no lesiona o pone en peligro efectivo, bienes jurídicos reconocidos constitucionalmente. Es de tanta importancia este principio, que incluso puede dejar de lado al principio de legalidad a la

¹⁰⁵ Refiriéndonos a la evolución en el modelo de Estado, del Estado Absolutista, Estado Legal y Estado Constitucional. Ramiro Ávila Santamaría, en *El neoconstitucionalismo transformador: El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Alberto Acosta y Esperanza Martínez Editores, 2011.

¹⁰⁶ Ramiro Ávila Santamaría, en *El neoconstitucionalismo transformador: El estado y el derecho en la Constitución de 2008...*p. 111.

hora de analizar una conducta presuntamente punible; así, a pesar de que la conducta se encuentre descrita en una ley penal como delito, si esta no lesiona de manera grave o pone en peligro efectivo un bien jurídico reconocido, esta conducta no puede ser sancionada penalmente, llegando incluso a la inaplicabilidad de las normas penales.

Ahora, ¿cuáles son estos bienes jurídicos protegidos? Por el principio de mínima intervención penal o de derecho penal mínimo establecido en el Art. 195 de la Constitución de la República de Ecuador, el derecho penal debe intervenir cuando las restantes ramas del derecho no sean suficientes para tutelar los derechos reconocidos en la constitución.

El principio de utilidad penal, tal como fue formulado por Grocio, Hobbes, Pufendorf, Thomasius, Beccaria y, más extensamente por Benthan, es idóneo para justificar la limitación de la esfera de las prohibiciones penales –en coherencia con la función preventiva de la pena como *precautio laesionum*– sólo a las acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros. La ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por estos efectos lesivos y solo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones.¹⁰⁷

Por lo que al ser la ley penal la forma más grave de la intervención estatal y de control social, por la cual una persona puede incluso ser privada de su libertad de manera prolongada, y considerando además que el fin primordial del derecho penal es la contención del poder punitivo del Estado, a efectos de minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales deben ser aquellas que lesionan de manera grave los bienes jurídicos más importantes para nuestra sociedad. Así, el compañero de aula que toma el borrador de su

¹⁰⁷ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 464-465.

vecino sin su permiso, sin duda está afectando el derecho patrimonial que este tiene sobre el objeto, sin embargo esa lesión por simple lógica no amerita la activación del sistema penal para reivindicar su derecho patrimonial sobre el borrador.

Entonces, en función del principio de lesividad, solo son punibles aquellas conductas que lesionen de manera grave o al menos pongan en peligro efectivo o concreto, bienes jurídicos de relevancia para nuestra sociedad, los cuales por supuesto, los encontramos en la Constitución de la República, particularmente entre los artículos 12 y 82 de la carta fundamental en donde están desarrollados los derechos del buen vivir, los derechos de las personas de atención prioritaria, los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, los derechos de participación, de libertad, de la naturaleza y los derechos de protección. Estos preceptos constituyen un mandato al legislador en la redacción de las normas penales, pues este estará condicionado por la Constitución en la elaboración de los tipos penales.

Sin embargo, siendo el delito y la pena hechos políticos¹⁰⁸, los legisladores pueden decidir hoy o mañana proteger por la vía penal bienes jurídicos que no sean los reconocidos en la constitución; en tal circunstancia, teniendo como fundamento los axiomas del garantismo, que a su vez constituyen los principios rectores del sistema penal: retributividad, legalidad, necesidad, lesividad, materialidad y culpabilidad, esas normas deberán ser inaplicadas por la irracionalidad e ilegitimidad de su prohibición.

Finalmente, si bien la Constitución de la República de Ecuador no tiene en su articulado una redacción expresa del principio de lesividad, este se deriva de uno de los

¹⁰⁸ Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009.

derechos de libertad del que gozan todas las personas en el Ecuador, en función del artículo 66, y que particularmente establece en el numeral quinto: “Art. 66. Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que los derechos de los demás”. En virtud de este derecho, todas las personas están facultadas, en el Ecuador, para realizar cualquier actividad, siempre que no afecte los derechos de las otras personas, recordemos la tan difundida máxima: “el derecho de una persona termina donde comienza el derecho de otra”.

Por ello es que, cuando nos referíamos a los elementos de la tipicidad objetiva, decíamos que el bien jurídico es el fundamento de los tipos penales, así, en principio, únicamente deberían existir tipos penales que tutelén bienes jurídicos reconocidos constitucionalmente, los cuales generalmente son compilados por los códigos penales en función de la importancia de los mismos. Por esta razón, el nuevo Código Orgánico Integral Penal, en la parte especial, empieza con el capítulo de las “Graves violaciones a los Derechos Humanos”, y así va descendiendo según la gravedad de la lesión.

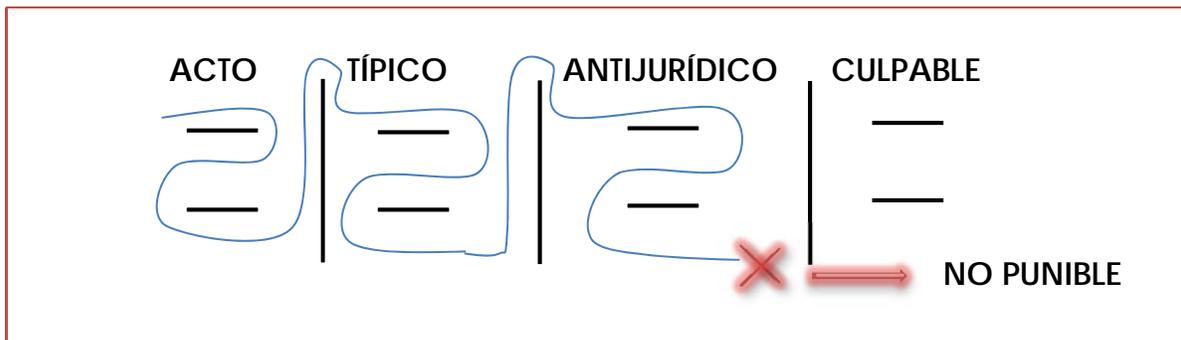


Gráfico 5. Elaboración propia

4.3. La Antijuridicidad en el Código Orgánico Integral Penal

El COIP tiene el acierto de incorporar en su redacción, a diferencia del Código Penal de 1938 del Ecuador, las dos categorías de antijuridicidad, la formal y la material. Así, dentro del capítulo de los elementos del delito, en la sección segunda, se establece:

“**Art. 24. Antijuridicidad.-** Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica debe amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.

Art. 25. Causas de exclusión de la antijuridicidad.- No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa.

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

La persona que se exceda de los límites de las causas de exclusión será sancionada con una pena reducida a la mínima prevista en el respectivo tipo penal.¹⁰⁹”

Sin embargo, a pesar del acierto de incorporar la antijuridicidad material, de la redacción del artículo se desprende que la protección o tutela es hacia los bienes jurídicos que protege “ese código”, es decir que de antemano nos plantea la posibilidad de que en la parte especial estén incorporados delitos cuyo bien jurídico tutelado no sea de los reconocidos en la Constitución de la República, sino los que el asambleísta haya considerado al momento de su elaboración. Es decir que el legislador no se percató del condicionamiento al que está sometido en un Estado constitucional como es el Ecuador de acuerdo con el primer artículo de la Constitución¹¹⁰, sino que por el contrario, cual si fuera

¹⁰⁹ Asamblea Nacional del Ecuador, Comisión de Justicia, *Borrador, segundo debate, código orgánico integral penal*, 3 de mayo de 2013, Artículos 24 y 25.

¹¹⁰ Constitución de la República de Ecuador. Art. 1. “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...”

un simple Estado de derecho, condiciona el contenido de la norma de acuerdo a su voluntad, lo cual representa un retroceso lamentable en la construcción de un Estado democrático, y sobre todo en la elaboración de un régimen penal racional, conforme el diseño del régimen penal establecido en la Constitución de Montecristi y ratificado por el pueblo en referéndum.

Por tanto, no sólo los juristas, sino todas las personas en general, al igual que con el Código Penal de 1938, tendremos que dudar de la constitucionalidad de los tipos penales constantes en la parte especial, cuando es el propio código en la parte general que nos advierte del irrespeto a los principios de necesidad y lesividad reconocidos en la carta fundamental del Ecuador.

En la parte de la antijuridicidad formal y las causas de justificación, se reconocen a las tradicionales como la legítima defensa, estado de necesidad, la orden legítima de autoridad competente y el mandato legal. En cuanto a los dos primeros, se establecen los requisitos que son de aceptación general en la doctrina y la legislación comparada.

Art. 26. Estado de necesidad.- Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos:

Que el derecho protegido hubiere estado en real y actual peligro.

Que el resultado del acto de protección no fuere mayor que la lesión o daño que se quiso evitar.

Que no hubiere otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.

Art. 27. Legítima defensa.- Existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos:

Agresión actual e ilegítima.

Necesidad racional de la defensa.

Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho.

Sin embargo no se considera el ejercicio de una actividad lícita como una profesión, ni el consentimiento de la víctima como causa de justificación, ante lo cual los actores del sistema penal tendrán que ser ingeniosos para dar fundamento a la no punibilidad de la conducta cuando algún paciente se atreva a denunciar al médico por haberle amputado la pierna (no estamos hablando de mala práctica médica), o cuando la persona que en la euforia de la juventud se hizo un tatuaje de grandes proporciones y luego denuncia al artista por haberle afectado su integridad física.

CAPÍTULO V

CULPABILIDAD

Categoría	Principio	Axioma	Constitución
Dogmática			
Culpabilidad	<u>Culpabilidad</u>	<i>“No hay acción sin culpa”</i>	Art. 1 y Art. 66 número 5

La palabra culpabilidad tiene varios significados si atendemos al uso ordinario de la misma, así se la entiende como sinónimo de responsabilidad penal, o de responsabilidad de cualquier acontecimiento no necesariamente jurídico. Sin embargo la culpabilidad a la que nos referiremos en este capítulo es a la culpabilidad como elemento del delito, como la última categoría dogmática del delito, y por tanto como el último filtro que tiene que pasar el hecho presuntamente punible para habilitar el uso del poder punitivo del Estado y, por tanto, la aplicación de una pena.

Según las categorías dogmáticas que hemos analizado, tenemos que hasta ahora se ha configurado el injusto penal, toda vez que estaríamos frente a un acto humano guiado por la voluntad, que se subsume en un tipo penal y el cual es contrario a derecho, por no existir causas de justificación y por lesionar gravemente un bien jurídico reconocido constitucionalmente. Empero, para que esa conducta sea punible, es necesario que el injusto pueda ser reprochado a una persona. Es decir que, estando por ejemplo ante un homicidio, el autor pueda ser responsable de ese acto y por tanto merecedor una pena.

5.1. Concepto de culpabilidad

Son varias las teorías que se han formulado para intentar explicar el concepto de culpabilidad, las cuales varían, por supuesto, de acuerdo a la escuela penal que la propugna: la teoría psicológica (escuela clásica o causalista), que consideraba el nexo entre el autor y el hecho, fundamentado principalmente en los conceptos de dolo o culpa; la teoría psicológico normativa (escuela neoclásica o neokantista), la cual incorpora un elemento valorativo como es el juicio de reproche que hace la sociedad al autor del hecho, además del elemento psicológico antes referido; posteriormente aparece la teoría normativa (finalismo), la cual despoja a la culpabilidad de los elementos subjetivos, es decir del vínculo psicológico entre el autor y el hecho, dando como resultado una teoría por la cual se considera a la culpabilidad como el juicio de reproche que hace la sociedad a un individuo que pudiendo obrar conforme a derecho ha actuado contra derecho.¹¹¹ Finalmente tenemos a la teoría funcionalista (funcionalismo), por la cual no solo la culpabilidad, sino todas las categorías dogmáticas del delito se normativizan y son funcionales a la política criminal, adaptando el concepto de la culpabilidad a los fines de la pena.¹¹²

Como hemos visto a lo largo de estas líneas, el régimen penal que ha sido dibujado en la Constitución de Montecristi nos sitúa ante un concepto de culpabilidad más cercano a la teoría normativa del finalismo, puesto que como vimos en el apartado de la tipicidad, si el sistema normativo está dirigido a las personas, a quienes se les advierte de no incurrir en actos típicos con la amenaza de una pena, no puede entenderse al acto típico únicamente

¹¹¹ Nodier Agudelo Betancourt, *Curso de Derecho Penal: Esquemas del delito*, Bogotá, Temis, 2007, p. 118.

¹¹² Miguel Córdova Angulo, “Culpabilidad” en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 361-363.

como la realización del tipo objetivo, sino sobre todo como la voluntad de realizar esa conducta. Por tanto, esa relación psicológica entre acto y persona –es decir, el dolo y la culpa–, que ha sido acogida en su mayoría por la doctrina, forma parte de la tipicidad y no de la culpabilidad. Y en cuanto a las teorías funcionalistas, las cuales redefinen los conceptos de las categorías dogmáticas del delito en función de la política criminal y los fines de la pena, representan un peligro latente para la función de contención del poder punitivo del Estado, pues quien hace política criminal es el poder político, y es a este precisamente a quien hay que contener. De modo que el ideal de un sistema penal garantista, propio de un Estado constitucional, es el sometimiento del poder a la constitución y no lo contrario, sobrados ejemplos tenemos relacionados al uso y abuso del derecho como los regímenes totalitarios del siglo anterior.

A su vez, atendiendo al origen contractualista de las sociedades y al derecho de castigar como instrumento para mantener el orden social¹¹³, ante el injusto penal, es decir ante un acto típico y antijurídico, la sociedad hace un juicio de reproche a este individuo que pudiendo haber respetado el derecho no lo hizo. Esto es la culpabilidad.

5.2. Elementos de la Culpabilidad

La ley penal contiene mandatos y prohibiciones para que los ciudadanos se abstengan de realizar ciertas conductas bajo la amenaza de una pena. Como dice Francisco Muñoz Conde, “lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones

¹¹³ César Bonesana Marqués de Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, Brasil, Editorial Editorial Heliasta, 1993, p. 61.

para que se abstenga de realizar uno de esos haceres posibles que es precisamente lo que la norma prohíbe con la amenaza de una pena.”¹¹⁴

Entonces, para que una persona pueda ser culpable por realizar un injusto penal (acto, típico y antijurídico), y por ende la sociedad esté en capacidad de reprocharle su actuar, debe haber actuado en comprensión de los hechos realizados, consciente de la contradicción con el derecho y de que su accionar pudo haber sido evitado.

5.2.1. Imputabilidad

La imputabilidad o también conocida como capacidad de culpabilidad, es la facultad de comprender la ilicitud del comportamiento y la de determinarse de acuerdo a tal comprensión. Es decir, la imputabilidad está compuesta por un elemento intelectual y un volitivo. El elemento intelectual está dado no por el conocimiento de los hechos, como en el dolo, sino por la comprensión de los actos que realiza. El elemento volitivo, por otro lado, está relacionado con la posibilidad de autodeterminarse o autodirigirse. Por ejemplo el niño de cuatro años de edad que toma el video juego de su compañero de clase, sabiendo que no es suyo y se lo lleva a la casa. El niño actúa de forma dolosa, pues sabe que está llevándose algo que no es suyo; conoce los elementos objetivos del tipo y quiere realizar la conducta. Sin embargo no está en capacidad de comprender aún que las cosas que no son suyas no puede llevárselas.

¹¹⁴ Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, Bogotá, Temis, 2008, p. 103.

Ahora, a quien carece de la capacidad de comprender o de autodeterminarse, no se le puede imputar la realización del injusto penal y por tanto la conducta no es punible. Las siguientes son las causales de inimputabilidad:

- **Inmadurez psicológica**

La madurez psicológica implica un estado de desarrollo completo de la personalidad. Así, pues, es evidente que un niño no está en capacidad de comprender todas las implicaciones de sus actos, las comprenderá con el transcurrir de los años y la educación. Ahora, determinar cuándo una persona está lo suficientemente madura como para comprender las consecuencias de sus actos es una situación muy difícil, pues variará dependiendo de las circunstancias endógenas y exógenas del ser humano. Sin embargo, tomando como referente a la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo primero establece como niños a todo ser humano menor de dieciocho años, la legislación comparada, en su mayoría, ha convenido que la causal de inimputabilidad por inmadurez psicológica se aplica a los menores de dieciocho años.

- **La enajenación mental**

Enajenación o trastorno mental “es cualquier perturbación de la personalidad en sus esferas afectiva, volitiva e intelectual, o en su conjunto, que lleve a la supresión o la disminución de la capacidad de comprender y/o determinarse del sujeto que se juzga.”¹¹⁵ Por tanto la enajenación mental no sólo implica patologías permanentes, sino también

¹¹⁵ Nodier Agudelo Betancourt, “Elementos de la culpabilidad” en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 374.

trastornos transitorios, producto de una sideración emotiva¹¹⁶ (como la muerte de un ser querido o una ruptura sentimental), la embriaguez del sueño o la embriaguez patológica.

En fin, no interesa al derecho penal cuáles son esos trastornos mentales, sino las consecuencias que estos tienen sobre los individuos, por tanto basta para el derecho penal que la persona haya estado padeciendo un trastorno mental al momento de la realización del delito, para que la conducta no sea punible por inimputabilidad.

En este punto no podemos dejar de mencionar el *actio libera in causa*, el cual constituye una excepción a la regla de la inimputabilidad por enajenación mental, así, quien premeditadamente se ha puesto en esta situación, como quien ingiere alcohol o sustancias estupefacientes para cometer un delito, o simplemente las consumió voluntariamente y luego comete un delito, sigue siendo imputable. Imputabilidad que va referida a la acción precedente al acto típico, que fundamenta la punibilidad de la conducta.¹¹⁷

5.2.2. Conocimiento de la antijuricidad del actuar

El artículo 66 numeral 5 de la Constitución de la República de Ecuador, confiere a todas las personas el derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que los derechos de los demás, lo que implica que todas las personas tenemos la posibilidad de realizar todos los actos que consideremos, en tanto no afectemos o lesionemos los derechos de otra persona. Así, quien no conoce que está obrando en contra del derecho, no puede ser objeto del juicio de reproche por parte de la sociedad.

¹¹⁶ Estado de detención súbita y casi completa de las funciones generales orgánicas, generalmente a consecuencia de un choque nervioso traumático, acción de corrientes eléctricas, rayo, apoplejía, etc. Obtenido de: <http://es.thefreedictionary.com/sideraci%C3%B3n>

¹¹⁷ Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito...*p. 118.

El conocimiento de la antijuridicidad del actuar como elemento de la culpabilidad, es el conocimiento de que la conducta realizada es contraria al derecho, es antijurídica. No debe confundirse con el dolo, que es el conocimiento de los elementos objetivos del tipo. Un ejemplo es el achuar¹¹⁸ que contrae matrimonio con una niña de 12 años conociendo su edad pero desconociendo que el tener relaciones sexuales consentidas con una persona menor de 14 años, es un acto sancionado por la ley como delito¹¹⁹.

Ahora, ese conocimiento de la antijuridicidad del actuar no implica el conocimiento de que la conducta esté tipificada en la ley como delito, sino, imaginemos, solo los abogados podrían cometer delitos. No, el conocimiento de la antijuridicidad implica que la persona conozca que está dañando o afectando a otras personas con su accionar. Este conocimiento además, para que se califique de reprochable, debe ser potencial y no suficiente; esto basado en lo que denomina H. Welzel como la *ética de responsabilidad*, por la cual “la persona que vive en sociedad no sólo debe abstenerse cuando sabe que está obrando mal, sino también cuando no está seguro que está obrando bien”¹²⁰.

- **Error de prohibición.**

Para que la sociedad haga el juicio de reproche a una persona por cometer un delito, esta debe haber tenido conocimiento, al menos potencial, de que la conducta era

¹¹⁸ Pueblo indígena de la Amazonía del Ecuador.

¹¹⁹ Código Penal del Ecuador de 1938, artículo 512: “Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:

1o.- Cuando la víctima fuere menor de catorce años.”

¹²⁰ Nodier Agudelo Betancourt, *Elementos de la culpabilidad...*p. 384.

antijurídica. El error de prohibición es precisamente la falta de conciencia o el desconocimiento que la conducta es antijurídica.

El error de prohibición es un concepto que ha sido aceptado en su mayoría por la doctrina penal, sin embargo no deja de ser una de las cuestiones que más controversia han suscitado, pues ha existido siempre en las legislaciones la norma mediante la cual se dice que se presume el conocimiento de las leyes¹²¹, norma que se repite en el Código Penal del Ecuador de 1938¹²² y que, como hemos analizado, al menos a la hora de atribuir responsabilidad penal y aplicar una pena, atenta al principio de culpabilidad, pues no es posible que la sociedad pueda reprocharle a una persona el cometimiento de un delito, si esta no conocía que esa conducta era contraria a derecho, y mal podía abstenerse de ejecutar tal conducta. Pero cuando la Constitución de la República de Ecuador reconoce a todas las personas el derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que los derechos de los demás, y siendo el Ecuador un Estado social de derechos y justicia¹²³, mal podría sancionarse penalmente a una persona en estas circunstancias, lo que conllevaría un acto de injusticia evidente, atentatorio a la dignidad de los seres humanos.

Ahora, el error de prohibición cobra mayor trascendencia en Estados diversos como el Ecuador, que se define a sí mismo como Estado *plurinacional*¹²⁴, lo que implica la

¹²¹ Código Civil del Ecuador, artículo 6: “La ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces.”

¹²² Código Penal del Ecuador de 1938, artículo 3: “Se presume de derecho que las leyes penales son conocidas de todos aquellos sobre quienes imperan. Por consiguiente, nadie puede invocar su ignorancia como causa de disculpa.”

¹²³ Constitución de la República de Ecuador, artículo 1: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”.

¹²⁴ Constitución de la República de Ecuador, artículo 1.

convivencia de las diferentes nacionalidades y el respeto de sus diferentes cosmovisiones. Adicionalmente, y en consecuencia a ello, la propia Constitución de la República reconoce la jurisdicción de los pueblos y nacionalidades indígenas¹²⁵, lo que deja abierta la posibilidad de que existan personas que, con una cosmovisión diferente del mundo de occidente, o del pueblo mestizo del Ecuador, incurran en un injusto penal por un error de prohibición.

El error es concebido como error de tipo y error de prohibición. Error de tipo que excluye el dolo y error de prohibición que excluye el conocimiento de la antijuridicidad del actuar. Así como el error vencible e invencible del error de tipo, el error de prohibición también comprende estas dos categorías; vencible cuando el desconocimiento de la antijuridicidad podía ser evitado, es decir podía conocerlo e invencible, cuando no había forma de que conozca que la conducta era antijurídica.

La consecuencia en el error de tipo era que en el caso de ser vencible se eliminaba el dolo pero no la culpa, y por tanto la conducta era punible; y en el invencible se eliminaba dolo y culpa, y la conducta no era típica, por tanto no punible. En el error de prohibición esto cambia, en base a la *ética de la responsabilidad*¹²⁶, por la cual la exigencia del

¹²⁵ Constitución de la República de Ecuador, artículo 171: “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.”

¹²⁶ Nodier Agudelo Betancourt, “Elementos de la culpabilidad” en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 384.

conocimiento de la antijuridicidad debe ser potencial, el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad, mientras que el error vencible no; la conducta sigue siendo punible, aunque la pena debería ser atenuada.

- ERROR DE PROHIBICIÓN INVENCIBLE → ELIMINA EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD: CONDUCTA NO PUNIBLE.
- ERROR DE PROHIBICIÓN VENCIBLE → NO ELIMINA EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD: CONDUCTA PUNIBLE. ATENUADA.

Con dos ejemplos intentaré esclarecer el error de prohibición:

Un joven ciudadano holandés decide venir a pasar vacaciones al Ecuador, y para ello cree conveniente traer en su equipaje varios kilos de marihuana para su estadía. A su llegada, la Policía Nacional lo detiene en posesión de la droga y le inician el enjuiciamiento correspondiente, a lo que el joven manifiesta que en su país es legal portar esas cantidades de droga y que no sabía que en el Ecuador eso era ilegal. Estamos ciertamente ante un error de prohibición, pues el ciudadano holandés desconocía la antijuridicidad de la conducta, sin embargo, claramente se trata de un error de prohibición **vencible**, pues lo mínimo que se puede esperar de una persona medianamente racional es que antes de portar droga en uno u otro país, se cerciore de la licitud o ilicitud de esta conducta. Por lo tanto el joven es responsable por un delito de posesión de sustancias estupefacientes y debe recibir una pena reducida por estar inmerso en causal de error de prohibición vencible.

Veamos otro ejemplo. En una comunidad achuar de la provincia de Morona Santiago, dos familias consienten el matrimonio de sus hijos, el varón de 18 años de edad, y la mujer de un poco menos de catorce años. Efectivamente se realiza la ceremonia nupcial tradicional de la comunidad y la pareja consume el matrimonio en su primera noche. La fiscalía de la provincia se entera del acontecimiento y decide iniciar un proceso penal contra el joven, acusándolo por el delito de violación, pues en el Ecuador el tener una relación sexual consentida con una persona menor de 14 años constituye el delito de violación.

Los hechos nos sitúan aquí también en un caso de error de prohibición, pero la respuesta a este conflicto no es tan clara como en el ejemplo anterior, y eso es precisamente lo controvertido del error de prohibición. Ante el hecho de que las comunidades achuaras han mantenido por cientos de años la costumbre de arreglar los matrimonios de sus hijos, los cuales suceden a temprana edad, como en casi todas las comunidades indígenas del Ecuador, es evidente que esa es su forma de concebir el mundo, y que por tanto su actuar se desarrolló conforme a su derecho. En tal virtud, estamos frente a un caso de error de prohibición invencible y por tanto la conducta no es punible.

Como vemos, son situaciones que pueden suceder y de hecho suceden, principalmente en los lugares donde hay una convivencia más cercana entre el mundo mestizo y las nacionalidades indígenas. Ahora, si usted quiere un ejemplo más claro, piense en cualquier injusto penal en el que puedan incurrir los pueblos no contactados, como los *tagaeri* y *taromenane*, como el dar muerte a sus enemigos en venganza por la muerte de uno de los suyos.

Hasta ahora nos hemos referido únicamente al error de prohibición **directo**, por el cual se desconoce que la conducta sea constitutiva de delito, pero también existe el error de prohibición **indirecto**, el cual versa sobre la existencia, límites o presupuestos de una causa de justificación que autorice la acción. Por ejemplo, la persona que encuentra en flagrante adulterio a su pareja, y pensando que se encuentra amparada por la “legítima defensa del honor conyugal”¹²⁷, da muerte a la pareja; o la orden de prisión dictada un juez de lo civil (sin competencia para aquello) y ejecutada por un agente de la policía; éste cree que está actuando por orden legítima de autoridad competente.

5.2.3. Exigibilidad de otra conducta

El último elemento de la culpabilidad, por el cual la sociedad está en capacidad de hacer el reproche a quien ha realizado un injusto penal (acto, típico y antijurídico), es la exigibilidad de otra conducta; es decir, que quien realizó el injusto, haya estado en capacidad de obrar conforme a derecho y sin embargo obró contra él.

En principio, el cumplimiento de los mandatos o prohibiciones establecidos en la ley penal, debe ser exigido a todas las personas. Sin embargo, existen circunstancias en las cuales no puede hacerse ese juicio de reproche debido a que el común de las personas habría actuado de la misma forma, es decir, habría realizado el injusto penal. Por ejemplo nadie está obligado a realizar actos heroicos, así el guardacostas que estando en servicio observa que un bañista se está ahogando en un fuerte torbellino de agua, producto del cual

¹²⁷ Causa de justificación que se encontró vigente en el Ecuador, artículo 22 del Código Penal, derogado por la Ley No. 2, publicada en Registro Oficial 45 de 23 de Junio del 2005.

muere, el guardacostas a pesar de incurrir en una omisión típica y antijurídica, no será responsable si el torbellino ponía en riesgo su vida. En estas circunstancias, no le era exigible cumplir con su obligación legal.

Además de la no obligación de realizar actos heroicos, existen otras dos situaciones en las que no es exigible obrar conforme a derecho, estas son:

- **El estado de necesidad disculpante**

El estado de necesidad es en principio una causa de justificación, por el cual se lesiona un bien jurídico en el afán de proteger otro de superior valor. El estado de necesidad disculpante es en cambio aquella situación en la que los bienes jurídicos que colisionan son del mismo valor y en la que es comprensible la realización del injusto penal. En el estado de necesidad como causa de justificación, no hay injusto penal, por cuanto la conducta es jurídica, está amparada por el derecho. Mientras que en el estado de necesidad disculpante, existe el injusto penal, pero este no es culpable, por la imposibilidad de reprochar al autor por su ejecución. Por ejemplo el caso del naufragio en el que existe una tabla capaz de salvar a uno solo de los náufragos; si uno mata al otro para conservar su vida, estamos claramente frente a una causa de exclusión de la culpabilidad.

- **El miedo insuperable.**

Cuando nos referíamos a la fuerza como causal de ausencia de acto, dijimos que esta únicamente atañe a la fuerza física, puesto que la fuerza moral no afecta a la voluntad de la persona, es decir al dominio de su actividad o inactividad corporal. La fuerza moral, es la coacción o el miedo infundido al sujeto, por el cual este decide realizar un injusto penal. Pero para que la conducta no sea reprochable, debe tratarse de un miedo insuperable,

es decir de una situación en la que existan fundadas razones para temer. Por ejemplo, como habíamos dicho, la persona que realiza una transacción bancaria electrónica ilícita mientras es apuntado con un arma en su cabeza.

Estos son ejemplos de causas por las cuales no le es exigible a una persona actuar conforme al derecho. Podrán existir otras situaciones las cuales se verán en la casuística. Así, por ejemplo, varias legislaciones contemplan la disposición legal que establece la no punibilidad del encubrimiento en delitos cometidos por parientes.

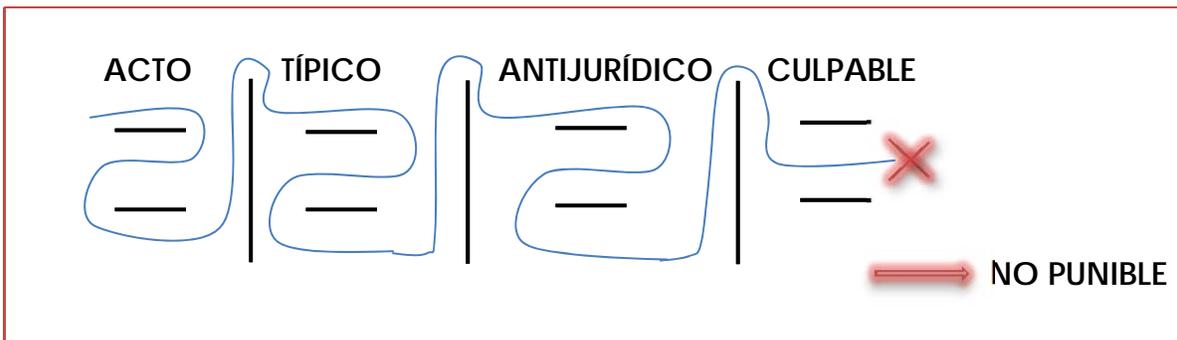


Gráfico 6. Elaboración propia

5.3. La culpabilidad en el Código Orgánico Integral Penal

La culpabilidad está normada en la sección tercera del capítulo correspondiente a los elementos del delito, entre los artículos 28 a 34 del libro primero del Código Orgánico Integral Penal. Allí se define a la culpabilidad de la siguiente manera: “Art. 28. **Culpabilidad.-** Para que una persona sea considerada responsable penalmente debe ser imputable, es decir, actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.”¹²⁸

¹²⁸ Asamblea Nacional del Ecuador, Comisión de Justicia, *Borrador, segundo debate, código orgánico integral penal*, 3 de mayo de 2013, Artículo 28.

Reconocemos como un acierto el hecho de haber incorporado en el COIP una descripción expresa y metodológica de los elementos del delito, como el acto, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sin embargo, así como en los elementos ya analizados, en esta definición de culpabilidad también se evidencia un desconocimiento técnico y una redacción inadecuada, que conllevan riesgos en la aplicación de las leyes penales.

En el ámbito de la culpabilidad, para que una persona sea responsable por el injusto, veíamos que era preciso que la misma sea imputable, que opere en conocimiento de la antijuridicidad del actuar y que le sea exigible otra conducta. Sin embargo, en el artículo 28, al pretender definir el contenido de la culpabilidad, se confunde el concepto de imputabilidad con el conocimiento de la antijuridicidad del actuar.; se dice que es imputable la persona que actúa en conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

Volviendo al ejemplo del achuar que mantiene relaciones sexuales con una niña menor de catorce años, en el que habíamos sostenido que se trataba de un error de prohibición invencible y que el individuo no tenía el conocimiento de la antijuridicidad del actuar, podríamos decir que bajo lo considerado en el artículo 28, el achuar sería “inimputable”. Pero ¿qué habría sucedido si el achuar mataba a su vecino? ¿En ese caso la persona se convierte en imputable?

En la legislación comparada y en el Código Penal de Ecuador de 1938, a los inimputables no se les impone una pena, sino medidas de seguridad. A los inimputables, según el artículo 28 del COIP, a quienes desconocen la antijuridicidad de la conducta, ¿tiene algún sentido imponerles una medida de seguridad? Pues no, no tiene ningún sentido. Quienes no son culpables por el desconocimiento de la ilicitud del acto no

representan un peligro para la sociedad, no así quienes cometen infracciones penales por un trastorno mental.

Con seguridad, el legislador no pretendía decir lo que dice el artículo 28, por eso nos pone en una situación tan difícil de explicar. Si el legislador se animó a definir conceptualmente, o a través de los elementos que la componen, la culpabilidad, debió establecer los tres estudiados en este trabajo, para después determinar cuándo se configuran los mismos.

Por otro lado, el artículo 29 del COIP establece: “**Causas de inculpabilidad.-** No existe responsabilidad penal en los casos de error de prohibición invencible y trastorno mental, debidamente comprobados.”¹²⁹

En este punto el legislador ha determinado cuáles son las causas de inculpabilidad, a partir de los elementos negativos de sus componentes, es decir, de la imputabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad del actuar. Metodología que para efectos de responsabilidad penal no tiene ninguna consecuencia práctica, por lo que lo consideramos acertado. Dice el artículo que no serán culpables, es decir que la sociedad no podrá hacerles el juicio de reproche, aquellos que padezcan un trastorno mental y los que obraren por un error de prohibición invencible.

Preocupa y llama la atención el hecho de que no se menciona la exigibilidad de otra conducta como presupuesto de la culpabilidad, con lo que el Estado estaría en obligación de sancionar a quien la sociedad no le exige un comportamiento diferente del realizado, por ejemplo, en caso de miedo insuperable por coacción moral o en caso de estado de necesidad

¹²⁹ Asamblea Nacional del Ecuador, Comisión de Justicia, *Borrador, segundo debate, código orgánico integral penal*, 3 de mayo de 2013, Artículo 29.

disculpante, o incluso en el encubrimiento de familiares. Es decir, ¿con qué ética el Estado sanciona penalmente a quien la sociedad no le reprocha por su accionar?

En cuanto al error de prohibición, nos parece pertinente y necesaria su incorporación en el COIP, más aún cuando la Constitución de la República se autodefine como un estado intercultural y plurinacional, con lo cual se admite que en esta convivencia de diferentes cosmovisiones es posible la comisión de injustos penales por el desconocimiento de la antijuridicidad del actuar, lo cual de ninguna manera puede ser reprochado por la sociedad.

En el artículo 30 del COIP se define al error de prohibición de la siguiente manera:

“Error de prohibición.- Existe error de prohibición cuando la persona, por error o ignorancia invencible, no comprende la ilicitud de la conducta.

Si el error fuere invencible no habrá lugar a la responsabilidad penal.

Si el error fuere vencible se aplicará la pena mínima prevista para la infracción.”¹³⁰

No nos satisface del todo la redacción de este artículo, pues hace referencia a que existe error de prohibición por la “falta de comprensión”, siendo la comprensión una cuestión de capacidades psíquicas, como las que carecen los inimputables por trastorno mental. Quien actúa en error de prohibición, no es que no comprende, sino que NO CONOCE que la conducta es antijurídica.

A pesar de estas peligrosas confusiones entre inimputabilidad y desconocimiento de la antijuridicidad del actuar, reconocemos como positiva la introducción del error de prohibición como causa de inculpabilidad, así como las consecuencias que se han

¹³⁰ Asamblea Nacional del Ecuador, Comisión de Justicia, *Borrador, segundo debate, código orgánico integral penal*, 3 de mayo de 2013, Artículo 30.

establecido en los casos de error de prohibición vencible e invencible; manteniendo la punibilidad con responsabilidad atenuada en el primero y descartando la responsabilidad penal en el segundo.

En el artículo 29 se establece como causa de inculpabilidad al trastorno mental, el cual está definido en el artículo 31 que dice:

“**Trastorno mental.**- La persona que al momento de cometer la infracción no tenga la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, en razón del padecimiento de una trastorno mental, no será responsable de la infracción. En estos casos la o el juzgador dictará obligatoriamente una medida de seguridad.

La persona que, al momento de cometer la infracción, se encontrare disminuida en su capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, tendrá una responsabilidad penal atenuada, que no podrá ser menor que el mínimo de la pena previsto.”¹³¹

Como habíamos visto, el trastorno mental es una causa de inimputabilidad, y por tanto de inculpabilidad. Este, creemos, se encuentra bien desarrollado en el COIP, pues incorpora con claridad los elementos intelectual y volitivo, es decir, la incapacidad de comprensión del hecho y de determinarse conforme a dicha comprensión. Es adecuada, además, la terminología que se utiliza, pues al derecho penal no le interesa la conceptualización de los trastornos mentales, sino los efectos que estas afecciones producen. Por otro lado, se reconoce que en caso de trastorno mental, al no ser posible el

¹³¹ Asamblea Nacional del Ecuador, Comisión de Justicia, *Borrador, segundo debate, código orgánico integral penal*, 3 de mayo de 2013, Artículo 31.

juicio de reproche, se establece la facultad de interponer una medida de seguridad, ¿qué medida? no lo dice, pero se entiende que es la que los especialistas consideren de acuerdo a cada paciente.

Son causas de trastorno mental la embriaguez y la intoxicación por sustancias estupefacientes. Así, en circunstancias normales, la incapacidad de comprender provocada por situaciones tales debería ser causa de inimputabilidad. Sin embargo, considerando que el consumo de alcohol y drogas es una conducta generalizada en la sociedad, se hace necesario un tratamiento singularizado, que se encuentra en el artículo 32 del COIP:

“Responsabilidad en embriaguez o intoxicación.- La embriaguez o de la intoxicación por sustancias catalogadas sujetas a fiscalización del sujeto activo de la infracción, se observarán las siguientes reglas:

1. Si la embriaguez o la intoxicación por sustancias sujetas a fiscalización que derive de caso fortuito o fuerza mayor, privó del conocimiento al autor, en el momento en que cometió el acto, no habrá responsabilidad;
2. Si la embriaguez o la intoxicación por sustancias sujetas a fiscalización, no era completa, pero disminuía grandemente el conocimiento, habrá responsabilidad atenuada imponiendo el mínimo de la pena establecida en el tipo penal;
3. La embriaguez o la intoxicación por sustancias sujetas a fiscalización no derivada de caso fortuito o fuerza mayor, ni excluye, ni atenúa, ni agrava la responsabilidad;
4. La embriaguez o intoxicación por sustancias sujetas a fiscalización premeditada, con el fin de cometer la infracción, o de preparar una disculpa siempre es agravante.”

Este artículo es igual al número 37 del Código Penal de 1938, en el que adecuadamente se establece: la eximición de la responsabilidad penal cuando el trastorno

mental sea por caso fortuito o fuerza mayor; la atenuación de la pena si el trastorno no es completo; la intrascendencia de la embriaguez o intoxicación en la culpabilidad, si esta fue voluntaria; y finalmente la agravación de la pena si fue premeditada.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- En función de su origen contractualista, los Estados tienen la facultad de castigar a las personas a fin de mantener la convivencia en sociedad, sin embargo es imprescindible imponer límites al poder punitivo a través de un programa penal que establezca de manera clara y racionalmente justificada *cuándo prohibir y cuándo y cómo castigar*.
- El sistema penal que ha sido dibujado en la Constitución de la República del Ecuador, es un sistema de derecho penal mínimo –garantista de los derechos de los ciudadanos–, en el cual exista la certeza de que ningún inocente sea castigado, incluso bajo el riesgo de que un culpable resulte impune. Los principios del garantismo penal, han sido recogidos como derechos y garantías en la Constitución de la República, constituyen el deber ser, lo que debe observar el legislador a la hora de dictar el nuevo régimen penal en el Código Orgánico Integral Penal.
- La teoría del delito, es la herramienta de la que se vale la técnica del derecho, para darle racionalidad al ejercicio del poder punitivo del estado. La teoría del delito es una propuesta metodológica que nos permite determinar cómo se aplica la ley penal en un caso concreto. Tiene como objeto analizar y estudiar los presupuestos jurídicos de la punibilidad de un comportamiento humano que son: Acto, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Este análisis debe realizarse de forma escalonada, y si no cumple los requisitos para pasar al siguiente filtro, entonces se hace innecesario el análisis de los posteriores. De tal forma que únicamente cabe la

responsabilidad penal y la correspondiente aplicación de una pena cuando el hecho haya pasado la totalidad de los filtros.

- Es un acierto el hecho de haber incorporado en el COIP una descripción expresa y metodológica de los presupuestos de la punibilidad o elementos del delito, como el acto, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; sin embargo se evidencia un desconocimiento técnico y una redacción inadecuada, que conllevan riesgos en la aplicación de las leyes penales.
- En la categoría del acto, en ninguna parte del articulado se hace referencia a la voluntad humana como condición necesaria para hablar de acto con relevancia penal, únicamente se refiere a la “conducta” como elemento del delito. Por lo que se sugiere incorporar un artículo en el que se establezca claramente que no serán punibles aquellas conductas que no sean producto de la voluntad humana.
- No se dice nada sobre el mundo de lo interno como causa de justificación, con lo que se deja la puerta abierta para que en la parte especial, la de los delitos en particular, se tipifiquen como delitos el SER y no el HACER; por ejemplo la coincidencia o no ideológica no con tal o cual organización. La sugerencia es incorporar como causa de ausencia de acto, al mundo de lo interno como los pensamientos, emociones, deseos, sentimientos, actitudes.
- Se incorpora la responsabilidad de la persona jurídica, la cual es incompatible con los principios constitucionales de materialidad de la acción, de culpabilidad y con los fines de la pena. Y más allá de cuestiones aparentemente formales, se atenta al principio de estado de inocencia cuando existe la posibilidad cierta de sancionar a

un inocente y dejar en la impunidad al verdadero responsable del delito. Se recomienda no atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, y en su defecto incorporar las figuras de autoría mediata clásica y autoría mediata por aparatos organizados de poder.

- En el COIP se descarta expresamente la posibilidad de la omisión impropia culposa, siendo que en gran medida los delitos culposos de mala práctica profesional, se dan por vía de omisión mas que de acción. Se recomienda el tratamiento autónomo de las categorías dogmáticas del delito, sin hablar de la “omisión dolosa”, sino simplemente de la omisión, la cual al ser el primer elemento del delito, después será analizada y calificada con las restantes categorías dogmáticas como tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.
- En cuanto a la tipicidad el COIP acertadamente la entiende compuesta por elementos objetivos y subjetivos, haciendo una adecuada descripción del dolo, a partir del conocimiento de los elementos objetivos del tipo y la voluntad de realizar la conducta.
- La culpa está compuesta por dos elementos sustanciales, estos son: la violación al deber objetivo de cuidado, y el resultado lesivo producto de lo anterior. En la redacción del artículo correspondiente del COIP se hace referencia únicamente al primer elemento, a la violación al deber objetivo de cuidado, y no al resultado, con lo que se atenta contra los principios de materialidad de la acción y necesidad, por tanto, en teoría, podría ser sancionada una persona sin un resultado, sin que se materialice la lesión, sin lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos; la sola

violación al deber objetivo de cuidado es punible, y por tanto se habilita al poder punitivo a intervenir en prácticamente cualquier circunstancia. Se recomienda que en la redacción de la culpe, se incorpore al resultado como condición necesaria para la atribución de responsabilidad por culpa.

- El derecho penal de los estados constitucionales ya no solo se erige sobre el principio de legalidad, el cual sigue siendo un pilar fundamental y requisito *sine qua non* para el establecimiento de una sanción penal; ahora se exige además que se cumpla con el principio de lesividad, por el cual ninguna conducta puede ser punible si no lesiona o pone en peligro efectivo, bienes jurídicos reconocidos constitucionalmente, los cuales los encontramos en la Constitución de la República, particularmente entre los artículos 12 y 82 de la carta fundamental en donde están desarrollados los derechos del buen vivir, los derechos de las personas de atención prioritaria, los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, los derechos de participación, de libertad, de la naturaleza y los derechos de protección. Estos preceptos constituyen un mandato al legislador en la redacción de las normas penales, pues este estará condicionado por la Constitución en la elaboración de los tipos penales.
- El COIP tiene el acierto de incorporar en su redacción, a diferencia del Código Penal de 1938 del Ecuador, las dos categorías de antijuridicidad, la formal y la material. Sin embargo, a pesar del acierto de incorporar la antijuridicidad material, de la redacción del artículo se desprende que la protección o tutela es hacia los bienes jurídicos que protege “ese código”, es decir que de antemano nos plantea la

posibilidad de que en la parte especial estén incorporados delitos cuyo bien jurídico tutelado no sea de los reconocidos en la Constitución de la República, sino los que el asambleísta haya considerado al momento de su elaboración. Por tanto, no sólo los juristas, sino todas las personas en general, al igual que con el Código Penal de 1938, tendremos que dudar de la constitucionalidad de los tipos penales constantes en la parte especial, cuando es el propio código en la parte general que nos advierte del irrespeto a los principios de necesidad y lesividad reconocidos en la carta fundamental del Ecuador. Para guardar coherencia normativa entre lo prescrito por la Constitución de la República y el COIP, se recomienda que en la redacción de la antijuridicidad material se refiera a los bienes jurídicos reconocidos “constitucionalmente”.

- En cuanto a la culpabilidad, en el COIP existen peligrosas confusiones entre inimputabilidad y desconocimiento de la antijuridicidad del actuar.
- Preocupa y llama la atención el hecho de que no se menciona la exigibilidad de otra conducta como presupuesto de la culpabilidad, con lo que el Estado estaría en obligación de sancionar a quien la sociedad no le exige un comportamiento diferente del realizado, ¿con qué ética el Estado sanciona penalmente a quien la sociedad no le reprocha por su accionar? Se sugiere incorporar como causa de inculpabilidad, la no exigibilidad de otra conducta.
- En cuanto al error de prohibición, nos parece pertinente y necesaria su incorporación en el COIP, más aún cuando la Constitución de la República se autodefine como un estado intercultural y plurinacional, con lo cual se admite que

en esta convivencia de diferentes cosmovisiones es posible la comisión de injustos penales por el desconocimiento de la antijuridicidad del actuar, lo cual de ninguna manera puede ser reprochado por la sociedad.

BIBLIOGRAFIA

- Albán Gómez, Ernesto, *Régimen Penal Ecuatoriano*, Quito, Ediciones Legales S.A., 1997.
- Agudelo Betancourt, Nodier, *Elementos de la culpabilidad en Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Agudelo Betancourt, Nodier, *Curso de Derecho Penal: Esquemas del delito*, Bogotá, Temis, 2007.
- Agudelo Betancourt, Nodier, *Los “inimputables” frente a las causas de justificación e inculpabilidad*, Bogotá, Temis, 2007.
- Amadeo, Sebastián José, *La Acción en la Teoría del Delito*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2007.
- Ávila Santamaría, Ramiro, *¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?*, en *Foro: Revista de Derecho*, No. 8, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar Corporación Editora Nacional
- Ávila Santamaría, Ramiro, *Anteproyecto de Código de Garantías Penales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Ávila Santamaría, Ramiro, *El Neoconstitucionalismo Transformador: El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Alberto Acosta y Esperanza Martínez Editores, Quito, 2011.
- Bacigalupo, Enrique, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Temis, 1996.
- Barbosa Castillo, Gerardo, *Teoría del Delito, Tipo Objetivo en Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Bettioli, Giuseppe, *Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Temis, 1965.

- Bonesana, César, Marqués de Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, Brasil, Heliasta, 1993.
- Bustos Ramírez, Juan, *Derecho Penal Parte General, Obras Completas*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2008.
- Cancio Mella, Manuel, *¿Derecho Penal del Enemigo?*, Cuadernos Civitas, Primera edición, Madrid, 2003.
- Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Tomo I, Bogotá, Temis, 1956.
- Castro, Sandra Jeannette, *Tipo Subjetivo en Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Cesano, José Daniel, *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- Córdova Angulo, Miguel, *Culpabilidad en Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Donna, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena*”, Buenos Aires, Astrea, 2003.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995.
- Jiménez de Asua, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Tomo VII*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1970.
- Jakobs, Gunther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Lombroso, César, *Los Anarquistas*, Buenos Aires, Jucar, 1978.
- Mir Puig, Santiago, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

- Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, Buenos Aires, Julio César Faira, 2003.
- Monroy Victoria, William, *Causales de Exclusión de la Antijuridicidad, en Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*, España, Fundación Universitaria de Jerez, 1985.
- Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, Bogotá, Temis, 2008.
- Orts Alberdi, Francisco, *Delitos de comisión por omisión*, s.l., Gheresi editor, 1978.
- Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del Delito*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, Quito, Editorial Libresa, 2000.
- Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Editorial Civitas, 1997.
- Roxin, Claus, *Teoría del tipo penal*, Buenos Aires, Depalma, 1979.
- Roxin, Clause, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, Reus, 1981.
- Roxin, Clause, *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- Sampedro Arrubla, Camilo, *La Antijuridicidad, en Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Suárez Sánchez, Alberto, *Aspecto Negativo de la Tipicidad, en Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Urbano Martínez, José Joaquín, *Concepto y función del Derecho Penal, en Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Welzel, Hanz, *Teoría de la Acción Finalista*, Buenos Aires, Astrea, 1951.

Welzel, Hanz, *Derecho penal parte general*, Buenos Aires, Roque Depalma, 1956.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1998.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009.

Zambrano Pasquel, Alfonso, *Temas de ciencias penales*, Quito, Offset Graba, 1996.

Normas

Constitución de la República de Ecuador, 2008

Código Penal de Alemania

Código Penal de Argentina

Código Penal de Colombia

Código Penal de Costa Rica

Código Penal de Ecuador

Código Penal de España

Código Penal de Guatemala

Código Penal de Perú

ANEXOS

Anexo 1

ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA DEL DELITO			
<p style="text-align: center; font-weight: bold; margin: 0;">ACTO</p> <p>➤ ACCIÓN</p> <p>➤ OMISIÓN</p> <p>ELEMENTOS NEGATIVOS DEL ACTO/ CAUSAS DE AUSENCIA DE ACTO:</p> <ul style="list-style-type: none"> • HECHOS DE LA NATURALEZA • MUNDO DE LO INTERNO • ESTADOS DE INCONCIENCIA • FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE 	<p style="text-align: center; font-weight: bold; margin: 0;">TÍPICO</p> <div style="display: flex; justify-content: space-between;"> <div style="width: 45%;"> <p>➤ TIPICIDAD OBJETIVA</p> <p>ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ SUJETO ACTIVO ▪ SUJETO PASIVO ▪ VERBO RECTOR ▪ OBJETO ✓ MATERIAL ✓ JURIDICO ▪ ELEMENTOS NORMATIVOS ▪ ELEMENTOS VALORATIVOS ▪ OTRAS CIRCUNSTANCIAS QUE COMPLETAN EL TIPO </div> <div style="width: 45%;"> <p>➤ TIPICIDAD SUBJETIVA</p> <p>➤ DOLO { CONOCER QUERER</p> <p>➤ CULPA: Resultado por violación al deber objetivo de cuidado</p> <p>❖ ERROR DE TIPO</p> <ul style="list-style-type: none"> • VENCIBLE, ELIMINA EL DOLO PERO NO LA CULPA. • INVENCIBLE, ELIMINA EL DOLO Y LA TIPICIDAD. </div> </div>	<p style="text-align: center; font-weight: bold; margin: 0;">ANTI JURÍDICO</p> <div style="display: flex; justify-content: space-between;"> <div style="width: 45%;"> <p>ANTI JURIDICIDAD FORMAL</p> <p>CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. LEGITIMA DEFENSA 2. ESTADO DE NECESIDAD 3. ORDEN LEGITIMA DE AUTORIDAD COMPETENTE 4. MANDATO LEGAL 5. EJERCICIO DE UNA PROFESIÓN 6. CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA </div> <div style="width: 45%;"> <p>ANTI JURIDICIDAD MATERIAL</p> <p>PRINCIPIO DE LESIVIDAD</p> </div> </div>	<p style="text-align: center; font-weight: bold; margin: 0;">CULPABLE</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. IMPUTABILIDAD <ul style="list-style-type: none"> ➤ CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD: ❖ MENOR DE 18 AÑOS ❖ TRANSTORNOS MENTALES 2. CONOCIMIENTO DE LA ANTI JURIDICIDAD DEL ACTUAR: <ul style="list-style-type: none"> • ERROR DE PROHIBICIÓN 3. EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA <p style="text-align: right; font-style: italic; margin-top: 10px;">Pablo Encalada Hidalgo</p>