



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

CENTRO DE POSGRADOS

LA PRUEBA DEL CURSO CAUSAL

ESPECIALISTA EN DERECHO PENAL

Dr. Fabian Gustavo Gordillo Gallegos

Dr. Jorge Morales Álvarez

Cuenca – Ecuador

2015

RESUMEN

Dado un resultado, si se quiere hacer una imputación jurídica debe existir necesariamente una relación de causalidad con el autor a quien se pretende imputar el resultado, relación de causalidad que debe estar plenamente probada. En el caso ecuatoriano la comprobación del nexo causal, paso de la teoría de las presunciones y los indicios regulada en el Código de Procedimiento Penal, a la teoría de la comprobación a través de hechos reales introducidos por un medio de prueba y no por presunciones regulada en el Código Orgánico Integral Penal. Planteando además la doctrina teorías como “La Ley de Causalidad Natural”, “La Convicción del Tribunal”, “La Libre Valoración”, “El Indubio Pro Reo”, en las que los Jueces pueden apoyarse cuando exista un disenso al momento de valorar las pruebas, que justifiquen el nexo casual.

ABSTRACT

If you want to make a legal complaint, there must necessarily be a causal link with the author who is to be accountable with the result; causation that must be fully evidenced. In Ecuador, the casual link verification goes from the theory of presumptions and evidences regulated in the Code of Criminal Procedure, to the theory of verification through real facts introduced by a means of evidence and not by presumptions regulated by the Organic Code of Criminal Procedure. Moreover, the doctrine raises theories such as "Law on Natural Causation", " Court's Conviction", "Free Assessment", " *In Dubio Pro Reo*", in which judges may rely when there is a disagreement at the moment of assessing evidence that can justify the casual link.




Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, es un análisis de un aspecto que ha provocado, un debate a nivel mundial, de los estudiosos del derecho penal, no solo doctrinarios, sino jueces, abogados, legisladores y también de los científicos de diferentes ramas del saber; pues el avance de la ciencia en los campos de la medicina, la química, la farmacéutica, que responsablemente utilizados benefician a la humanidad, y que han causado mucho daño, cuando gente inescrupulosa los usa, sin respetar la naturaleza humana; proceder que debe ser juzgado, para lo cual el Ministerio Público a través de los Fiscales, deben investigar las actuaciones de quienes provocaron daños a las personas, poniendo los resultados en conocimiento de los Tribunales Penales en la etapa de juicio, para que estos puedan valorarlos y resolver, sin violar la ley y las garantías constitucionales del procesado; con este objetivo se han creado y discutido teorías como, de la Ley de Causalidad Natural, La libre Valoración de la Prueba, el In Budio Pro Reo que serán analizadas en este trabajo, que nos sirve, en el caso del Ecuador para hacer frente a la reforma del nuevo sistema penal, que da inicio con aprobación del Código Orgánico Integral Penal, publicado en Registro Oficial número 180 de fecha 10 de febrero del año 2014.

CAPITULO UNO

LA IMPUTACIÓN EN LOS DELITOS DE ACTIVIDAD.

1.1 LA ACCIÓN.

Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán en su obra Derecho Penal Parte General define a la acción de la siguiente manera “Se llama acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad implica siempre una finalidad. No se concibe un acto de voluntad que no vaya dirigido a un fin”¹. “La acción se realiza en dos fases una interna y otra externa, la fase interna que sucede en la esfera del pensamiento del autor, esté se propone anticipadamente la realización de un fin, esta fase interna tiene también que considerar los efectos concomitantes, que van unidos a los medios elegidos y la consecuencia del fin que se propone; la fase externa, una vez propuesto el fin, selecciona los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo exterior, pone en marcha conforme a su plan, el proceso causal dominado por la finalidad y procura, alcanzar las metas propuestas.”²

En el caso ecuatoriano el Código Penal, anterior al Código Orgánico Integral Penal (COIP), no define lo que es la acción como parte del delito, solo nos da una definición general de este así: “Art 10.- “Infracciones.- Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delito y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar”, ambigüedad que permitía a los jueces, abogados y fiscales interpretar libremente lo que es la acción, sucediendo en el mejor de los casos que los operadores de justicia se apeguen a una de las teorías modernas del delito, ocasionando que se cometan errores al momento de resolver sobre la situación de un procesado, tomando como acción a la mera actividad, sin analizar la fase interna de la acción, pues acogiendo el criterio de la teoría finalista del delito la acción tiene que estar dirigida hacia un fin, caso contrario no estaríamos hablando de un delito.

Continuando con el análisis de la Acción veamos lo que nos dice tratadista Francisco Muñoz Conde “La valoración penal puede recaer sobre cualquiera de estas fases de la acción, una vez que ésta se ha realizado en el mundo externo. Puede ser que el fin principal sea irrelevante

¹ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte General, ob. Cit, pág.242.

² FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte General, ob. Cit, pág. 243

desde el punto de vista penal y que lo importante sean los efectos concomitantes o los medios seleccionados para realizarlo.

Por tanto, cuando se dice que la acción final es la base del Derecho Penal no se quiere decir solo sea el fin de esa acción lo que interesa al Derecho penal, pues este puede estar igualmente interesado en los medios elegidos para conseguir el fin o en los efectos concomitantes a la realización de ese fin. Por eso los tipos legales son, en definitiva los que deciden que partes o aspectos de la acción son o pueden ser penalmente relevantes.”³

Enrique Bacigalupo en su obra “Derecho Penal” “Parte General” al tratar sobre este tema nos ilustra de la siguiente manera “Dicho con otras palabras la caracterización de un comportamiento como acción o como no acción determina si el comportamiento es o no relevante para el Derecho penal. En este sentido el concepto de acción se debe referir a comportamientos de los que eventualmente se puede predicar la culpabilidad del autor.

Durante varias décadas la teoría de la acción fue el centro de las discusiones relativas a la estructura del delito. El enfrentamiento entre los partidarios de las teorías causal y finalista de la acción terminó con la transformaciones sistémicas propugnadas por la última. Desde el punto de vista más superficial la polémica se manifestaba, por un lado, en el lugar sistemático del dolo, que la teoría causal consideraba como una forma de culpabilidad, mientras la teoría finalista proponía su incorporación (como simple dolo de hecho, es decir sin incluir en el concepto de dolo la conciencia de la antijuridicidad) a lo ilícito. Por otro lado, también un aspecto de la imprudencia (la infracción de un deber objetivo de cuidado) debía ocupar un lugar en lo ilícito, permitiendo así que dolo y la culpa (así entendidos) dieran lugar a dos formas de lo ilícito en lugar de dos formas de culpabilidad, como lo sostiene la teoría causal.

Desde un punto de vista profundo esta discusión se refería al problema del sentido de los comportamientos humanos. Mientras que la teoría causal identificaba la acción humana con su aspecto causal naturalístico, la teoría final de la acción se desarrollo en un contexto científico social en el que el sentido social de la acción dependía de la dirección dada por el autor a su acción, y por lo tanto, de la dirección subjetiva de la misma.

³ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte General, ob. Cit, pág 244

La disputa entre ambos conceptos desembocó en el concepto social de la acción que procuro sintetizar aspectos de los otros dos de acuerdo con este “acción es conducta humana socialmente relevante”, es decir, que la acción puede consistir tanto en ejercicio de la actividad final, como postulaban los finalistas como en la causación de determinadas consecuencias (como sostenían los causalistas), en la medida en la que el suceso hubiera podido ser conducido de acuerdo con la finalidad del autor. Pero, este concepto ha sido también fuertemente criticado por su carencia de contenido; una conducta –se dice en este sentido- es socialmente relevante o no si se subsume o no bajo un tipo penal.”⁴

“En la medida en que el concepto de acción se limita a establecer el mínimo común denominador de todas las formas de delito (doloso y culposo, activos y omisivos) su contenido no abarca todos los elementos de un comportamiento humano, sino sólo aquellos que sirven a la función como elemento del delito. En este sentido la teoría de la acción parte de una distinción esencial: la dirección o dirigibilidad de la acción y la dirección o dirigibilidad de los impulsos. Dicho con un ejemplo: la posibilidad o imposibilidad del autor de moverse según las normas del Derecho no es una cuestión que tenga relevancia en el marco de la teoría de la acción. Esta distinción fue formulada inicialmente como consecuencia del concepto “ontológico” de acción (Wezel). Pero en la actualidad este punto de vista no es aceptado y la distinción tiene una fundamentación diversa. Por un lado se sostiene que “es el resultado del intento de formular la especie de las expectativas jurídico penalmente relevantes y sus garantías en el contacto social (Jakobs, 6/22). Por otro se afirma que la distinción tiene su fundamento en la decisión del legislador. Finalmente también se piensa que se trata de una distinción paralela a la existencia entre contenido descriptivo de la norma y de la vinculación al valor motivadora de la imposición de la norma que en cada caso se debe determinar interpretativamente. En todo caso esta distinción cualquiera sea su fundamento último es necesario en un sistema en el que se reconoce dos especies de error (de tipo y de prohibición) con diferentes consecuencias jurídicas (exclusión de dolo y exclusión de culpabilidad), como ocurre con el art. 14CP. Es decir al menos resulta impuesto por el legislador; si además responde a una distinción objetiva es, evidente una cuestión muy problemática.

⁴ ENRIQUE BACIGALUPO, Derecho Penal Parte General, ob. Cit, pág. 240

La acción por lo tanto, es todo comportamiento exterior evitable, es decir un comportamiento que el autor hubiere podido evitar si hubiere tenido un motivo para hacerlo.”⁵

El Código Orgánico Integral Penal, mantiene los criterios enunciados y define a la acción de la siguiente manera:

“Art. 22.- Conductas penalmente relevantes.- Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.

No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales.”

“Art. 23 Modalidades de la Conducta.- La conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión.

No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.”

El autor ecuatoriano Dr. Ramiro García Falconí en su obra Código Orgánico Integral Penal Comentado, hace le siguiente análisis:

“Lo relevante de la teoría comentada, liga el concepto de acción, a la voluntad del autor, lo cual tiene como efecto el considerar como penalmente relevante aquello que es atribuible al autor, lo cual tendrá entre otras consecuencias el traslado del dolo y la culpa a la tipicidad, como veremos posteriormente. La acción debe considerarse como una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menor dominable por la voluntad, lo cual excluye pensamientos o ideologías, así como los actos de inimputables o animales. De igual forma quedan excluidos de punibilidad la resolución de delinquir, si no llega a determinar un comportamiento externo, pues no bastaría que el designio criminal trascendiese en el sentido de que fuera conocido por otras personas, si este no llega a realizar la conducta que ha previsto.” (García Falconí, 2014)⁶.

⁵ ENRIQUE BACIGALUPO, Derecho Penal Parte General, ob. Cit, pág. 242

⁶ RAMIRO J.GARCÍA FALCONÍ, Código Orgánico Integral Penal, Tomo I, ob. Cit., pág. 248, 249

Y dentro de las conductas penalmente relevantes nuestro Código Orgánico Integral Penal hace referencia a la omisión como una modalidad de conducta, la misma que a la par de la acción deben ser entendidas dentro la moderna teoría del delito, la que establece que no cualquier tipo de omisión es la que debe ser calificada como delito, sino aquella en donde la persona estaba obligada a realizar una acción, como lo manifiesta el Dr. García Falconí “Hasta la fecha se ha mantenido en el Ecuador una concepción naturalista de la omisión, en la que esta es la nada, el no hacer, la única realidad perceptible desde esta perspectiva es una realidad psíquica. Así la omisión se define como un voluntario no hacer algo, que debía haberse hecho y que se exterioriza con un resultado lesionador de un bien jurídico que no debía haberse producido si se cumplía. A partir de la reconceptualización de la norma general y desde la perspectiva de la norma de determinación de conductas los tipos penales de acción son la base de la infracción de una norma prohibitiva de una intervención activa indeseable por su nocividad, mientras que los tipos de omisión son la base de la infracción de una norma preceptiva, que obliga a una determinada cooperación deseable. La omisión se define como la no realización de una acción concreta cuando se tenía la capacidad concreta de llevarla a cabo, pues para determinar la existencia de capacidad de acción hay que tener en cuenta las concretas circunstancias materiales especiales y temporales en que transcurre la conducta omisiva. La causación de un resultado típico por omisión cumple el tipo del respectivo delito, si, primero el omitente tiene que velar jurídicamente porque no se produzca el resultado y, segundo, la omisión de impedir el resultado es equivalente a la realización del tipo mediante un comportamiento activo. En el mismo sentido se define a la omisión como no hacer algo determinado (no significa no hacer nada) esto es la abstención de una acción normativamente determinada, no la ejecución de una acción distinta que pueda sustituirla en el tipo.” (García Falconí, 2014)⁷

El Código Orgánico Integral Penal, en cuanto a la omisión mantiene la misma redacción del Código Penal que regulaba este aspecto de la siguiente manera “Art. 12.- Comisión por omisión, no impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo”, aquí hay que preguntarse, y quién tiene la obligación jurídica de impedirlo, teniendo que apoyarse los operadores de justicia en la doctrina, que nos trae el concepto de “Garante” que no es más que una posición de protección con respecto a bien jurídico, un ejemplo

⁷ RAMIRO J.GARCÍA FALCONÍ, Código Orgánico Integral Penal, Tomo I, ob. Cit., pág. 249,250.

de aulas de universidad era, el de la madre que deja de alimentar a su hijo ocasionando esta falta de acción la muerte del menor, considerando la obligación de la madre con respecto de su hijo de velar por la vida de su hijo, para lo cual tiene la obligación de protegerlo y alimentarlo.

1.2 LA IMPUTACIÓN EN LOS DELITOS DE RESULTADO

Para entrar a analizar el tema de la imputación en los delitos de actividad, debemos recordar que el Código Orgánico Integral Penal acoge la nueva teoría del delito definiendo al mismo de la siguiente manera:

“Art. 18.- Infracción penal.- Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código”

Como ya vimos el primer elemento del delito es la conducta humana voluntaria final, que en el Código Orgánico Integral Penal se encuentra establecida en el Art. 22 como “Conducta penalmente relevante”, que son las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.

El segundo elemento es la Tipicidad, que es la subsunción de la conducta en un tipo penal, tipos que nacen de la necesidad de proteger un bien jurídico determinado como la vida, la honra, la libertad sexual y otros, elemento que en el Código Orgánico Integral Penal consta de la siguiente manera “Art. 25 Tipicidad.- Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes.”, la tipicidad a su vez está compuesta por el Tipo Objetivo y el tipo subjetivo.

El Tipo Objetivo se conforma por la acción, sujetos activo y pasivo, el resultado y la relación de causalidad; en este componente de la tipicidad, el legislador ecuatoriano al estructurar el Código Orgánico Integral Penal, omite en la sección de la tipicidad que va del artículo 25 al artículo 28, regular sobre la relación de causalidad, error que puede derivar en una resolución injusta, al creer principalmente por parte del juzgador que solo con la existencia del sujeto activo y el resultado pueda configurarse la tipicidad, cuando se debe en el juicio penal establecer la relación entre la acción del sujeto activo y el resultado.

El Tipo Subjetivo y como ya vimos al analizar la acción, se forma con el Dolo que es el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y la voluntad de realizarlos, dolo que el Código

Orgánico Integral Penal se encuentra regulados en el artículo 26 como la actuación de la persona que tiene el designio de causar daño; dentro del tipo subjetivo cabe hacer mención al Error de Tipo, que es el desconocimiento de los elementos del tipo objetivo, que si bien antes de la aprobación del Código Orgánico Integral Penal, el proyecto del nuevo código lo acogía, honrando la moderna teoría del delito, pero ya en el proyecto definitivo fue quitado por el legislador sin un fundamento técnico legal, error que va a provocar que los juzgadores al momento de resolver emitan sentencias condenatorias, en contra de personas que por su rusticidad, por ser de otro país o porque simplemente creyeron que su actuación no era un delito, realizaron una acción que les va a traer graves consecuencias jurídicas.

El tercer requisito del delito es la Antijuridicidad, que es la conducta contraria al ordenamiento jurídico en el Código Orgánico Integral Penal regulado de la siguiente manera “Art. 28 Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa un bien jurídico protegido por este Código.

El cuarto y último elemento del delito es el conocido en la doctrina como Atribuibilidad, que es la responsabilidad por el hecho, que se basa en la exigibilidad de otra conducta conforme a los parámetros sociales, y que el Código Orgánico Integral Penal lo define así: “Art. 34.- Culpabilidad.- Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

Dentro de la estructura descrita nuestro tema de investigación se encuentra en el segundo elemento del delito, en la tipicidad, en el tipo objetivo, en donde entre la acción del sujeto activo y el resultado debe haber una relación de causalidad, pero antes de llegar al análisis del tema central, debemos entender, que es la imputación de los delitos de resultado.

El maestro Edgardo Alberto Donna sobre este tema en su obra Derecho Penal Parte General refiriéndose a la imputación, citando a Ricoeur dice “La fuerza de la idea de imputación en el mismo Kant consiste en la conjunción de dos ideas más primitivas, la atribución de una acción a un agente y la calificación moral y generalmente negativa de esta acción”⁸. Entonces la imputación desde el punto de vista penal, no sería otra cosa que la adecuación de la conducta humana al tipo penal. El mismo Donna nos refuerza la idea diciendo que es la relación causal

⁸ EDGARDO DONNA, Derecho Penal Parte General, Tomo II, ob. Cit, pág. 196

natural entre el resultado y la acción del autor, siendo un avance del humanismo, y teniendo una ventaja muy grande como es que, no se le puede imputar al autor hechos en los que no ha participado. Otros autores como Hans Joachim Hirsch, discípulo de Hans Welzel y crítico de la teoría de la imputación objetiva, la reconoce en los siguientes términos “ La teoría de la imputación objetiva tiene el mérito de haber llamado la atención acerca de que la limitación subjetiva practicada por la teoría del injusto personal al concepto de tipo penal tan abierto del causalismo era insuficiente y que se requerían también restricciones en el aspecto objetivo.”⁹

El maestro Claus Roxin nos manifiesta: “La imputación al tipo objetivo solo es un problema de la Parte General cuando el tipo requiere un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y en el espacio de la acción del autor. En los delitos de mera actividad como el allanamiento de morada o el falso testimonio, la imputación al tipo objetivo se agota en la subsunción en los elementos del tipo respectivo que hay que tratar en la parte especial (aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por lo tanto no se produce un resultado separable de ella se diferencia de los delitos de resultado que son aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada especial y temporalmente de la acción del autor”¹⁰ Roxin nos ilustra sobre el tipo de delitos en los que se puede aplicar la imputación al tipo objetivo afirmando además “En cambio, en los delitos de resultado hay que decidir conforme a reglas generales si la lesión del objeto de la acción se le puede imputar como obra suya al inculpado; y si no es así, éste no habrá matado, lesionado, dañado, etc., en el sentido de la Ley. Pues bien tal imputación objetiva es de antemano imposible en los delitos comisivos si el autor no ha causado el resultado. Si. P. ej. No se puede comprobar que un determinado medicamento ha sido causal para los daños corporales sufridos por los pacientes tratados con el mismo, tampoco se puede aceptar que el fabricante haya lesionado a un paciente. En consecuencia la teoría del nexo causal es (al menos en los delitos comisivos que son los únicos que trataremos aquí) el fundamento de toda imputación al tipo objetivo; pues el primer presupuesto de la realización es siempre que el autor haya causado el resultado. Pero con la causalidad de una conducta para el resultado típico aún no se ha realizado siempre el tipo como antes se creía, aun que concurren los

⁹ HANS JOACHIM HIRSCH, Derecho Penal Obras Completas, Tomo I, ob. Cit, pág.62

¹⁰ CLAUS ROXIN, Derecho Penal Parte General Tomo I, ob. Cit, pág 345.

restantes elementos típicos escritos. Así p.ej. también puede faltar la imputación aunque el autor haya causado el resultado, pero esa causación se debe a la pura casualidad.”¹¹

Es importante también referirnos a la posición del maestro Donna cuando rescata el pensamiento de Pufendorf que afirma que la acción debe depender de la voluntad para que ella se lleve o no a cabo, y, contrariamente, no se puede tratar como autor o como causante de la acción al sujeto en cuanto no sea señor de sí mismo, no de la causa. Como también lo afirma Welzel citado por Hans Hirsch “que una acción no podía agotarse en un simple proceso causal, como lo suponía la teoría causal de lo ilícito y el concepto causal de la acción sólo podía ser un suceso dirigido por el ser humano. De esta forma la acción requería, para ser consecuente, la voluntad dirigida al suceso objetivo.”¹²

1.3 EL PROBLEMA CAUSAL

Roxin sobre este tema se refiere de la siguiente manera: “La moderna teoría del conocimiento considera frente a Kant a la causalidad como un fenómeno empírico y que obedece a determinadas leyes, pero por regla general evita los conceptos de “causa” y “efecto” y entiende a la causalidad como predecibilidad de acontecimientos sucesivos”¹³

El maestro Donna nos dice que la relación causal es necesaria e imprescindible, por lo cual dado un resultado debe existir necesariamente, si se quiere hacer una imputación jurídica, una relación causal natural con el autor a quien se pretende imputar este resultado “Sin embargo, la causalidad no es la única condición para la imputación de un resultado. Se requiere adicionalmente, que la relación de causalidad comprobada también satisfaga las exigencias normativas particulares que resulten del respectivo tipo penal y de la teoría general del injusto. Decisiva para la imputación del resultado es sólo la relación de causalidad relevante penalmente, es decir la relación de causalidad típica. De ahí que en el marco de la imputación del resultado típico, deba diferenciarse rigurosamente entre la causalidad del resultado y los criterios normativos, en virtud de los cuales únicamente se puede resolver la pregunta de la

¹¹ CLAUS ROXIN, Derecho Penal Parte General Tomo I, ob. Cit, pág 346.

¹² HANS JOACHIM HIRSCH, Derecho Penal Obras Completas, Tomo I, ob. Cit, pág.15

¹³ CLAUS ROXIN, Derecho Penal Parte General Tomo I, ob. Cit, pág, 347

imputación objetiva”¹⁴. Se trata entonces de establecer un resultado como típico, no sin antes despejar la duda sobre la procedencia de su imputación a la conducta del autor.

De la misma manera Enrique Bacigalupo en su obra Derecho Penal, Parte General nos manifiesta “Las teorías clásicas afirman que la relación que permite considerar un resultado acaecido como producto de la acción es una relación de causalidad, es decir, una relación de causa efecto idénticas a las observadas en los casos de la naturaleza. Sin embargo, se distinguió en todo caso con precisión entre ser causal y ser responsable por la producción del resultado, ambas categorías no se superponen. En general, pueden afirmarse que la causalidad establece un límite mínimo de la responsabilidad, pero no toda causalidad implica, sin más responsabilidad, La causalidad requiere, por lo tanto, una limitación, entre los comportamientos causales de un resultado típico sólo alguno culminan en la responsabilidad penal. La teoría de la causalidad, por ello, se completa mediante correctivos de naturaleza no causal, sino normativa, es decir, correctivos que se deducen de la naturaleza de lo ilícito penal. Este conjunto de correctivos de la causalidad da lugar a la teoría de la imputación objetiva. El desarrollo de la cuestión muestra que gran parte de los problemas que se presentan se relacionan con el lugar sistemático en el que debe practicarse la corrección de la causalidad (en el momento de la adecuación al tipo objetivo, en el del dolo o en la culpabilidad)”¹⁵

CAPITULO 2

LA PRUEBA DEL CURSO CAUSAL

2.1 EL CASO ECUATORIANO.

El Código Orgánico Integral Penal en el Libro Segundo Título IV “PRUEBA” Capítulo Primero “DISPOSICIONES GENERALES” sobre el tema en estudio, establece lo siguiente:

“Art.455 Nexo Causal.- La prueba y los elementos de prueba deberán tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada, el fundamento tendrá que basarse en hechos reales introducidos a través de un medio de prueba y nunca en presunciones.”

Artículo que para el presente estudio está relacionado con el Art. 453 del mismo cuerpo de leyes que nos da a conocer la finalidad de la prueba de la siguiente manera:

¹⁴ EDGARDO DONNA, Derecho Penal Parte General, Tomo II, ob. Cit, pág.202

¹⁵ ENRIQUE BACIGALUPO, Derecho Penal Parte General, ob. Cit, pág. 247

“Art. 453 Finalidad.- La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada.”

Recordemos que el derogado Código de Procedimiento Penal, regulaba en el artículo 88, que para que de los indicios, se pueda presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables es necesario: en primero lugar, que la existencia de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho; en segundo lugar que la presunción se funde en hechos reales y probado y nunca en otras presunciones; y, que los indicios que sirvan de premisas a las presunciones sean varios; relacionados, tanto con el asunto material del proceso como con los otros indicios esto es, que sean concordantes entre sí; además que los indicios sean unívocos, es decir que, todos conduzcan a una sola conclusión; y por último que los indicios sean directos, de modo que conduzca a establecerla lógica y naturalmente.

Ya el maestro Luigi Ferrajoli, en su obra principal “Derecho y Razón, Teoría General del Garantismo” nos hacía ver el verdadero valor probatorio del indicio de la siguiente manera “Apartándome del lenguaje corriente propongo llamar prueba al hecho probatorio experimentado en el presente del que se infiere el delito u otro hecho del pasado, e indicio al hecho probado del pasado del que se infiere el delito u otro hecho del pasado que a su vez tenga el valor de un indicio”¹⁶ (Ferrajoli, 1995) y nos pone un claro ejemplo sobre los indicios “¿Que es lo que prueba, por ejemplo, el hecho de que Ticio testifique que ha visto salir a Cayo blandiendo un cuchillo ensangrentado de la casa de Sempronio poco antes de que éste fuese encontrado muerto con una cuchillada en el corazón? Es prueba, más o menos probable según la sinceridad que acreditamos a Ticio, de hecho que este ha visto a Cayo salir con un cuchillo en la mano de la casa de Sempronio poco antes de que este fuese encontrado muerto con una herida en el corazón. Este segundo hecho, sin embargo es sólo un indicio, más o menos probable a su vez según la fiabilidad que atribuyamos a la visita de Ticio, de hecho de que Cayo ha salido realmente de la casa de Sempronio, en las sospechosas circunstancias referidas por Ticio. Y este tercer hecho es de nuevo solamente un indicio, a su vez más o menos probable según la plausibilidad de los nexos causales establecidos por nosotros, del hecho de que Cayo ha asesinado culpablemente a Sempronio. Tenemos, pues, esta breve historia no una sino tres

¹⁶ LUIGI FERRAJOLI, Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal, ob. Cit, pág. 130

inferencias inductivas: la que del testimonio de Ticio induce como verosímil que él ha visto realmente la escena descrita por él; la que de tal indicio induce como verosímil que Cayo ha tenido efectivamente el comportamiento sospechoso referido por Ticio; la que de este indicio más directo induce como verosímil la conclusión de que Sempronio ha sido asesinado por Cayo. Si además no hemos escuchado el testimonio de Ticio de viva voz sino que disponemos sólo del acta en la que ha sido transcrito, también el testimonio resulta degradado a indicio o, si se quiere, a prueba indiciaria, y a las tres inferencias debemos añadir una cuarta; la que va del acta al hecho, del cual el acta es solamente prueba, de que en el pasado verosímilmente Ticio ha declarado cuanto ha sido transcrito sin que sus deposiciones hayan sido malentendidas, distorsionadas o constreñidas.

Ninguna de las conclusiones de estas cuatro sucesivas inferencias o argumentos inductivos es indudablemente verdadera. Sólo se puede decir que cada una de ellas es más o menos razonable, plausible o probablemente verdadera. Ticio podría haber mentido para desviar las investigaciones y cubrirse a sí mismo o a un protegido suyo. Admitido que haya sido sincero, podría haberse engañado por la escasa visibilidad, confundiendo a Mevio con Cayo. Y admitido que haya dicho la verdad, la sospechosa actitud de Cayo se podría explicar por el hecho de que estaba siguiendo al asesino después de haberle desarmado o, quizá, por una desagradable coincidencia. Sin contar con que, si el testimonio se extrae de un acta, Ticio podría no haber declarado en realidad que había visto a Cayo, sino, supongamos, un señuelo parecido a Cayo, y con que su declaración podría haber sido mal entendida por quien tomó la declaración. Es claro que cuanto mayor es el número de las inferencias necesarias para inducir de la prueba la conclusión de la responsabilidad por el delito del que es causa, tanto menor es el grado de probabilidad de la inducción probatoria. Basta en realidad que la defensa aduzca una contraprueba que desmienta una sola de las inferencias de la serie para interrumpir la cadena y desmontar todo el razonamiento. Distinto es el caso en el que son necesarias varias inferencias porque concurren varias pruebas o varios indicios independientes entre sí: varias pruebas de un mismo indicio o varios indicios distintos. En estos casos varias pruebas y/o varios indicios concordantes se refuerzan entre ellos aumentando su probabilidad, mientras que varias pruebas y/o varios indicios discordantes se debilitan recíprocamente reduciendo e incluso anulando cada uno la probabilidad del otro. Las novelas policíacas están llenas de construcciones probatorias aparentemente aplastantes que de pronto, gracias a contrapruebas y contraindicios

mejor organizados se derrumban por el predominio de hipótesis empíricamente alternativas a las acreditadas inicialmente.

Nuestra distinción entre pruebas e indicios, que en la imprecisa terminología corriente podríamos expresar a grandes rasgos con la distinción entre “medios de prueba” y “contenidos probatorios”, es esencial para plantear correctamente la cuestión del tipo de probabilidad que permite, a propósito de una serie más o menos compleja de premisas probatorias o indiciarias, hablar de “prueba” de la conclusión de una inducción judicial. En primer lugar, sirve para aclarar que respecto del delito, las pruebas recogidas en un proceso no son casi nunca pruebas directas sino casi siempre indirectas, es decir pruebas de indicios a su vez directos o indirectos: “probabilidades de probabilidades”, como escribió Francesco María Pagano o, peor, como en el caso aquí ejemplificado del acta testifical, probabilidades (de probabilidades (de probabilidades (de probabilidades (de probabilidades. Por otra parte, mientras las pruebas, al consistir en hechos del presente, son siempre objeto de experiencia directa, no se puede decir otro tanto de los indicios, que consisten siempre en hechos del pasado. Los indicios son, en suma, más directos que las pruebas respecto de la hipótesis explicativa final, pero las pruebas son más directas que los indicios respecto de la experiencia probatoria inicial.”¹⁷ (Ferrajoli, 1995)

En el año 2006, en el proceso No. 24468, la Sala de Casación Penal de La Corte de Justicia Suprema de Colombia, ya advertía sobre el valor de los indicios como prueba, en el proceso penal, de la siguiente manera “En el texto que lleva por título “Proceso Penal Acusatorio Ensayos y Actas, autoría de los Luis Camilo Osorio Isaza y Gustavo Morales Marín, que analiza varios aspectos del sistema con tendencia acusatoria, se hace claridad en cuanto a la naturaleza del indicio y a la posibilidad práctica acudir a ese tipo de reflexiones sobre los medios de prueba en el procedimiento penal para el sistema acusatorio, adoptado con la ley 906 de 2004: “La idea de que las pruebas, son medios aparece consagrada en el nuevo Código de Procedimiento Penal, que afirma que la inspección, la peritación, el documento, el testimonio, los elementos materiales probatorios, o cualquier otro medio técnico, que no viole el ordenamiento jurídico son medios de Conocimiento..... Si las premisas anteriores son verdad, como la experiencia ha indicado que lo son, la prueba es percepción.....Ahora bien la percepción, definida de la manera más sencilla, se entiende como un proceso cognoscitivo

¹⁷ LUIGI FERRAJOLI, Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal, ob. Cit, pág. 130

sensorial, más o menos empírico, fundamento de conocimiento racional, conceptual y esencial. Por esto es por lo que el indicio no se puede considerar como medio de prueba, sino más bien como una reflexión lógico semiótico sobre los medios de prueba” “El denominado “método técnico científico” en cuanto a la producción probatoria, auspiciado en la academia especialmente por el segundo de los autores mencionados, tiende a que el camino hacia la reconstrucción de la verdad histórica (hechos) se recorra de la manera más acertada posible y del modo menos subjetivo posible, utilizando para ello todos los recursos que las ciencias y las técnicas ofrecen. Así mismo, el método técnico científico, en lo relativo a la apreciación de los medios de prueba, persigue en la mayor medida posible el empirismo y la subjetividad personalísima del juez, efecto para el cual, deberá a la vez analizar con perspectiva técnico científica las condiciones del sujeto que percibe (por ejemplo, el testigo y el perito), del objeto percibido (por ejemplo, las evidencias y los elementos materiales probatorios) y de la manera cómo se trasmite lo percibido (por ejemplo, la declaración y la experiencia). El anterior es el sentido en el cual podría admitirse que el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, trató de perfeccionar o dar más realce a metodología técnica científica para producir y apreciar las pruebas, estableciendo “reglas” relativas a los distintos medios de conocimiento. Y se dice que trató de poner en relieve el aporte científico en la materia probatoria, porque no se trata de un aporte ex novo, pues es innegable que los regímenes procedimentales anteriores ya contenían parámetros de arraigo científico para la producción y apreciación de las pruebas, con el fin de evitar que la sana crítica se confundiera con arbitrariedad, o que fuera reemplazada con la convicción subjetiva íntima desligada de cualquier regla de discernimiento.”¹⁸ (Colombia, 2006)

En nuestro país, en muchos casos el sistema procesal penal no ha cumplido la finalidad de ser un medio para la realización de la justicia, como lo establece La Constitución de la República del Ecuador , sino al contrario, y me fundamento en una sentencia emitida dentro del proceso penal número 154 del año 2012, del Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay, de fecha 25 de Octubre del año 2013, en donde al momento de establece el nexo causal entre la acción del acusado y el resultado, el Tribunal Penal se fundamenta en indicios, expresando que para la validez de los mismos se necesita que, la existencia de la infracción se encuentre comprobada,

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Proceso 24468/2006 Cit, Pág. 55,56,57,58

que la presunción se funde en hechos reales y probados, y nunca en otras presunciones, y que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean varios, concordantes, unívocos y directos, pero al fin seguirán siendo indicios, es decir hechos probados del pasado del que se infiere el delito u otro hecho del pasado, que a su vez tenga el valor de un indicio; en el presente caso se acusa a una persona de cometer violación a un menor de edad con un grado de discapacidad, se prueba la existencia material de la infracción con un examen médico legal; el Tribunal Penal da la categoría de prueba a un indicio, al hecho de que el menor luego de visitar a sus abuelos paternos los fines de semana, el día lunes llegaba enfermo, intranquilo y consumido a la casa de sus abuelos maternos en donde vive, y que en el Instituto donde se educaba se detectó que el menor presentaba una conducta inapropiada que no era normal para su edad, prueba indiciaria que se trata de darle el valor de prueba plena con la realización de un peritaje utilizando muñecos, ya que el menor padece de una discapacidad, que no le permite expresar quien fue el agresor, en donde el menor al aplicarle esta técnica con muñecos, indica las fotos de dos personas, a su abuelo paterno y a su tío materno existiendo contradicción, no existiendo certeza de quien es la persona a la que se refiere el menor; en base de estos indicios y de un análisis pericial contradictorio el Tribunal Penal condena a una persona, sin existir un hecho probatorio practicado en la etapa del juicio del que se infiere que, la acción del acusado fue la que produjo el resultado del delito; tanto el Fiscal, el Juez de Garantías Penales y el Tribunal Penal, mantienen el mismo criterio, de dar valor probatorio a indicios, cuando en otros países como Colombia a la fecha de que se dicta la sentencia analizada y mucho antes ya advertían el problema de fundamentar una resolución en indicios, los mismos que no constituyen medios de prueba, y al no constituir un indicio un medio de prueba no se podría condenar a una persona. En el presente caso el Tribunal Penal se limita a escribir las actuaciones de los sujetos procesales en la audiencia de juicio, convirtiendo a la resolución en una fría construcción teniendo en cuenta una ley o una norma de derecho, unos hechos facticos que adecua a la norma o a la ley.

En nuestro país no existe un criterio uniforme por parte de los jueces al momento de resolver, y de estas falencias no se han preocupado los organismos pertinentes, en otra sentencia de fecha 30 de septiembre del 2014, dictada por el Tribunal Tercero de Garantías Penales del Azuay, proceso 081-2014, por delito de usura real, por la modalidad de préstamo de dinero de un monto total del que se cobraba por adelantado el interés usurario, préstamo que se respaldaba con

cheques, los que debían ser cubiertos posteriormente por la persona beneficiaria del préstamo; pese a que la fiscalía en la audiencia de juicio, presenta pruebas como testimonios de la víctima y de otros testigos que certifican la existencia de préstamos de dinero, estados de cuentas de bancos de donde se sacaba el dinero y se depositaba, cheques que eran depositados en la cuenta del procesado, un informe contable, que demostraban que el procesado se dedicaba al préstamo de dinero, el Tribunal Penal desecha la teoría de la validez probatoria de los indicios, calificando a esta teoría como la doctrina de los indicios de la mala justificación, basándose en que no se establece claramente el monto del interés, lógico por cuanto no se trataba de una letra de cambio, documento en donde debe constar el monto del interés, aquí el tribunal se olvida de que debía aplicar el Art. 88 del Código de Procedimiento Penal vigente para el juzgamiento de este delito, que establece que los indicios para que tengan validez procesal de prueba, sean varios, relacionados, concordantes, directos, aquí en este caso la teoría de los indicios ya no sirve.

Estas formas de actuar de los jueces afectan claramente a la seguridad jurídica del país, restando confianza a los abogados, víctimas, procesados, para asumir o someterse a un proceso penal, el avance de la justicia no está en la cantidad de sentencias que pueda emitir un juez, sino en la calidad de sentencias, con un solo criterio al momento de analizar las actuaciones procesales, sabiendo claramente que es el nexo causal y como debe ser probado, con jueces altamente capacitados para que puedan resolver y si es el caso defender esa resolución.

Entonces es innegable el avance de nuestro Código Orgánico Integral Penal, que manda que el nexo causal, es decir la relación entre el resultado y la acción del autor, deberá basarse en hechos reales introducidos a través de un medio de prueba, de los regulados por el Código Orgánico Integral Penal como son el documento, el testimonio y la pericia; quedando atrás la presunción como base para establecer el nexo causal, debiendo entenderse al indicio, como una reflexión lógico semiótico sobre los medios de prueba.

Es interesante el caso Chileno que más allá de preocuparse, sobre el tema del curso causal en los delitos de resultado, entendidos como aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión, plantea el problema de la prueba del curso causal, para los llamados delitos de peligro que consisten, en que el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de acción; en el caso Chileno, en el año 2006 el anteproyecto del nuevo Código Penal Chileno contiene en el contexto de los delitos de peligro común (Título IX del Libro

Segundo), una disposición de aplicación general que regula la prueba del eventual carácter causal de las conductas en cuestión, respecto de la muerte o lesión de personas determinadas. La producción de imputable de tales resultados mediante las conductas tipificadas en el Título lleva aparejada el agravante de la responsabilidad penal, sea por la vía del régimen concursal general, sea en virtud de reglas especiales de exasperación. En vez de dejar entregada la prueba del presupuesto de tal agravante al simple juego de las disposiciones generales que regulen la prueba, el Foro decidió orientar las diferencias probatorias de los tribunales mediante una regulación específica. La norma en cuestión, Art. 232 del mencionado Anteproyecto de Nuevo Código Penal Chileno, reza de la siguiente manera:

“ Sin perjuicio de las reglas generales, podrá tenerse por probado que la operación de un proyecto o actividad ha producido efectivamente lesiones graves o la muerte de una o más personas determinadas, si se cumple los siguientes requisitos:

- a) Que exista prueba de una o varias personas determinadas estuvieron expuestas al peligro producido por el proyecto o actividad, con anterioridad a sus lesiones o muerte.
- b) Que exista prueba pericial que aporte una explicación general sobre los procesos biológicos, químicos o físicos que desencadenen en las personas la exposición al peligro de que se trate, y
- c) Que exista prueba pericial de que en las personas lesionadas o muertas se desencadenaron similares procesos a los mencionados en la letra anterior, después de su exposición al peligro de que se trate.

Héctor Hernández en su artículo “El Problema de la “causalidad general” en el derecho penal chileno” claramente aborda el tema de la siguiente manera “El aspecto más característico del problema desde el punto de vista estrictamente causal es que las dificultades no se refieren sólo a la comprobación del nexo causal en el caso concreto, entiendo por tal la explicación del mismo mediante la aplicación de una ley causal general. Por el contrario los casos se caracterizan porque a la luz del estado actual de las disciplinas competentes se encuentra en duda el presupuesto mismo de dicha comprobación singular, cual es la propia existencia de una ley causal general aplicable a éste o a otros casos

equivalentes. Por la relevancia asignada a esta cuestión previa de la comprobación causal propiamente tal, es que la problemática en su conjunto ha sido conocida y discutida como la cuestión de la “Causalidad General”, denominación sintética que, si bien no es universal, es empleada hasta hoy por un sector importante de la literatura y ha parecido conveniente acoger también en este trabajo.”¹⁹

El Código Orgánico Integral Penal, con tipos penales de delitos de peligro, como la “Contaminación de sustancias destinadas al consumo humano”, reguladas en el Art. 216 que establece “La persona que altere, poniendo en riesgo, la vida o la salud, materias o productos alimenticios o bebidas alcohólicas, destinadas al consumo humano, será sancionado con pena privativa de la libertad de tres a cinco años”; también el delito que lleva como título la “Producción, fabricación, comercialización y distribución de medicamentos e insumos caducados”, regulado por el Art. 217 que establece, “La persona que importe, produzca, fabrique, comercialice, distribuya o expendá medicamentos o dispositivos médicos falsificados o que incumpla las exigencias normativas relacionadas a su composición, estabilidad y eficacia, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a diez años.”; o como el “Delito contra los recursos del patrimonio genético nacional” regulado por el Art. 248 numeral 2 “Erosión genética: La persona que con sus acciones u omisiones ingrese reproduzca, trafique o comercialice organismos o material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional, que incluyan o no componentes intangible asociado, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años, tomando en consideración el valor de los perjuicios ocasionados.”, nos pone frente al tema en análisis, es decir como probar el nexo causal entre el resultado y la acción del autor, nuestro Código Integral Penal como vimos nos da ya una pauta, estableciendo en el Art. 455, que el fundamento de la demostración tendrá que basarse en hechos reales introducidos a través de un medio de prueba; pero el asunto se complica cuando no se tiene la certeza de la existencia de la relación causal, por lo que se hace imprescindible analizar las teorías más importantes que tratan sobre la prueba en el curso causal.

2.2 LA LEY DE LA CAUSALIDAD, NATURAL

¹⁹ HÉCTOR HERNÁNDEZ, El problema de la “causalidad general” en el derecho penal chileno, ob. Cit, pág. 3

Para tratar de entender estos problemas sobre la prueba del nexo causal y para tratar de encontrar una solución, el maestro Donna se basa en las enseñanzas que han dejado sentencias importantes de los tribunales Alemanes y Españoles que no solo han sido analizadas por el Argentino, sino también por otros tratadistas europeos, uno de los casos más importantes es el conocido como El caso “Erdal” o “Lederspray” del pulverizador de cuero resuelto en sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán en materia Penal (BGHSt, 37, 106). Este caso, trata de que ciertas personas se habían enfermado después de haber usado un pulverizador que contenía un determinado protector de cuero, con la característica de que dicho producto había sido utilizado sin que las personas tuvieran problema alguno. En esta causa penal, tanto el tribunal de instancia como el Tribunal Superior alemán estimaron que existía responsabilidad de los acusados.

Para el maestro Donna la causalidad estaba demostrada y se baso para ello en la estrecha relación temporal entre uso del pulverizador y la aparición del edema de pulmón, y por no encontrar otra explicación causal.

Pero el análisis no queda ahí, se examinan otros puntos de vista “Pupe sigue diciendo, comentando el fallo en cuestión, que “si contásemos con una ley general tal vez no sería ya preciso recurrir al método de la supresión mental para establecer la causalidad. Simplemente subsumiríamos el caso en esta ley empírica general de la misma manera que aplicamos una ley jurídica a un caso concreto. Si se demuestra que en el caso concreto se dieron los presupuestos bajo los cuales, según esta ley, se produce edema pulmonar, el pulverizador para el cuero sería considerado causal al mismo. En caso de no contarse con una ley tal, podríamos suponer que quizá igualmente exista. Pero la sola aparición de casos particulares en los que apareció un edema pulmonar poco después del uso de este pulverizante no justifica suponer una ley general, sobre todo cuando en un número mayor de casos su uso no ocasiono edema pulmonar alguno.”²⁰

Hassemer, comentado por el maestro Donna, ha sostenido que, siguiendo “(...) esta línea la jurisprudencia ha flexibilizado las estructuras de la imputación en el ámbito de la causalidad, de modo que se ha deformado el concepto penal de causalidad y subjetivizado la prueba. Y agrega que en los casos de responsabilidad por el producto, que se caracterizan por no ofrecer, o de hacerlo de manera poco fiable, conocimientos empíricos seguros tradicionalmente considerados

²⁰ EDGARDO DONNA, Derecho Penal Parte General, Tomo II, ob. Cit, pág. 212

para la determinación de la causalidad, a la praxis, no le queda más que dos caminos: “o abandonar el concepto de causalidad que tradicionalmente se ha dado en Derecho Penal, a los efectos de incluir estos nuevos problemas, o aplicar el in dubio pro reo, tratando en consecuencia al imputado con el estándar tradicional de la imputación.”²¹ O como manifiesta Rodríguez Montañés citado por Donna “de modo que en verdad, las decisiones judiciales en materia de causalidad se estarían basando más en intuiciones - correctas o no, ésa es otra cuestión- que en auténticos fundamentos de naturaleza probatoria, con lo que de violación de garantías constitucionales fundamentales (básicamente, del derecho a una tutela judicial efectiva: art. 24 CE) esto conlleva.”²²

Comparto, el criterio de Hassemer, comentado por el maestro Donna, el juez al no tener la certeza de poderle atribuirle el resultado una acción al procesado, el juez tiene dos opciones, la una abandonar la teoría del nexo causal, y la otra aplicar el principio in dubio pro reo, esto sería lo lógico dentro del sistema garantista como el que impone la Constitución de La Republica del Ecuador, pero en la practica el garantismo sucumbe, al poder del Consejo de la Judicatura que con resoluciones, doblega la voluntad de los jueces, que ven como un riesgo absolver o confirmar la inocencia de una persona, porque el mejor juez es el que más sentencias firma, el que más personas condena, sin establecer parámetros ciertos y racionales de calificación de las resoluciones, y pobre del juez que trata de imponer la verdad, es suspendido, y destituido en el mejor de los casos, porque finalmente es enjuiciado penalmente.

Finalmente el Maestro Donna se refiere a Volk, que “luego de afirmar que la concausa sólo tiene bajo la premisa de la causalidad conforme a las leyes de la naturaleza entre causa y resultado, termina afirmando que “la dogmática del delito de resultado exige atenerse, en lo que se refiere a la relación entre comportamiento y resultado, a la teoría de la condición conforme a las leyes de la naturaleza. No se debe reemplazar un concepto de causalidad por un procedimiento de falsación a través del cual aquél se reduce a la plausibilidad. Al respecto existen dos razones. No solo porque no permite responder a la cuestión tocante a la cocausación, sino porque

²¹ EDGARDO DONNA, Derecho Penal Parte General, Tomo II, ob. Cit, pág. 214

²² EDGARDO DONNA, Derecho Penal Parte General, Tomo II, ob. Cit, pág. 215

tampoco se puede aplicar al concepto de peligro concreto. Toda teoría que conforma con la causalidad plausible desdibuja la diferencia entre delitos de resultado y de pura actividad.”²³

Lo analizado por el profesor argentino coincide con lo establecido por el profesor Enrique Bacigalupo que plantea “por esta razón en la actualidad las preferencias se inclinan para la llamada ley de la causalidad natural. Según ella la causalidad de una acción respecto del resultado depende de que la conexión de ambos esté respaldada por la existencia de una ley causal natural general, de la que el caso concreto sea una expresión particular. Ambos problemas deben mantenerse estrictamente uno del otro. Debe afirmarse en primer término una ley causal natural general (por ejemplo, que las heridas en el cuerpo bajo ciertas condiciones producen infecciones, que a su vez pueden conducir a la muerte de la víctima) y luego que el caso que se juzga se subsume bajo ella (por ejemplo, que la víctima haya sido herida y que la herida haya producido la muerte). Cuando se dice “ley causal natural” quiere significarse que se ha comprobado un número estadísticamente representativo del caso en los que se repite el mismo resultado y que permite, en consecuencia, suponer una relación causal general.”²⁴

Un caso parecido, traído a colación por el maestro Donna dentro del análisis del problema causal es el llamado caso de “La Colza”, en el que se alteró aceite de colza provocando enfermedad en las personas, pero en este caso a diferencia del anterior, los síntomas de enfermedad eran más frecuentes y se pudo comprobar que las anilinas introducidas eran causa de los síntomas de enfermedad.

“Nos interesa analizar qué dijo el Tribunal Supremo de España. Para ello tomamos, en principio, lo afirmado por Paredes Castañón, según el cual, el Tribunal Supremo formula un concepto válido a cerca de la relación de causalidad: “aquel emitido a partir de la comprobación de una ley causal natural y de la subsunción de un hecho bajo dicha ley”. Además, el tribunal acepta que en este caso el problema se encuentra en materia de causalidad en la ausencia de una ley natural suficientemente aceptada por la comunidad científica. En consecuencia, afirma que en aquellos ámbitos en los que “el conocimiento empírico vulgar resulta insuficiente para emitir una explicación causal suficientemente convincente, y cuando, además, falte en la comunidad científica un consenso bastante acerca de la cuestión, ha de ser el órgano jurisdiccional el que

²³ EDGARDO DONNA, Derecho Penal Parte General, Tomo II, ob. Cit, pág. 216

²⁴ ENRIQUE BACIGALUPO, Derecho Penal Parte General, ob. Cit, pág. 250

decida cuando el número de datos en su poder (éstos si suficientemente probados) constituyan un fundamento suficiente para abrir paso a una proposición afirmativa de causalidad.”²⁵

Y el mismo criterio lo tiene el profesor español Enrique Bacigalupo que afirma “El Tribunal Supremo en su sentencia de 23-4-92 (caso del “síndrome tóxico” o de envenenamiento masivo con aceite de de colza desnaturalizado) ha discutido las diferentes posiciones que existen respecto de la significación normativa de la ley natural de causalidad. En ella (F J 1) se ha establecido que “existe una ley natural de causalidad cuando comprobado un hecho en un número muy considerable de casos similares sea posible descartar que el suceso haya sido producido por otras causas”. Al mismo tiempo el Tribunal Supremo tomo distancia respecto del punto de vista sostenido anteriormente en la STS Nro. 693/86 de 12-5-86, en la que, a propósito de los llamados “cursos causales no verificables”, se afirmaba que la “demostración propia del Derecho “es distinta de la científico- natural en tanto no supone una certeza matemática y una verificabilidad excluyente de la posibilidad de lo contrario, sino simplemente la obtención de una certidumbre subjetiva. Asimismo el TS se distancio de los criterios aplicables para la determinación de la ley natural de causalidad en el STC 105/83, al señalar que ésta no se podía fundamentar en el “común sentir de las gentes” y el error de concepto que subyace en esta sentencia (y en la STS de 29-2-83) al confundirse un problema de motivación con una cuestión de causalidad material.”²⁶

Los colombianos Luis Bernardo Ruiz Jaramillo y Óscar García Arcila en su trabajo “La Relación de Causalidad de la Prueba en la Responsabilidad Médica Administrativa, Estudio de la Jurisprudencia del Consejo de Estado” también afirman que para probar el nexo causal debe existir una ley general de la siguiente manera “Una ley de cobertura se prueba mediante la experiencia científica, y esta debe llevarse al proceso mediante prueba pericial. Contrario al pensamiento de la sentencia 15772 de 2006, epistemológicamente, la prueba indiciaria si bien puede probar el hecho generador y el generado, no tiene idoneidad para probar el nexo entre el uno y otro, ya que no puede establecer la ley de cobertura. El indicio prueba hechos a partir de otros hechos; por lo tanto, hay una imposibilidad epistemológica de utilizar el indicio para probar

²⁵ EDGARDO DONNA, Derecho Penal Parte General, Tomo II, ob. Cit, pág. 218

²⁶ ENRIQUE BACIGALUPO, Derecho Penal Parte Genera, ob. Cit., pág. 251

aquello que es contrafactual como es el caso de la ley de la cobertura en sí misma considerada.” (Ruiz Jaramillo & García Arcila, 2010)²⁷

2.3 LA CONVICCIÓN DEL TRIBUNAL.

Avanzando en el presente estudio vemos como los criterios se van complementando con el examen de los diferentes casos, admitiendo como vemos, el criterio de los Tribunales más allá de la exigencia de una ley natural, que respalde la prueba de la causalidad, en los casos en los que haya diversidad de criterios de los peritos o de la ciencia sobre un asunto llevado al juicio, siempre que en el proceso se pueda tener los suficientes elementos de convicción para aceptar una relación causal, así lo manifiesta Donna “En este sentido el Tribunal Supremo Alemán (BGH) ha sostenido en reciente sentencia de dos de julio de 1990, confirmatoria en este aspecto de una decisión del Landgericht Mainz – Tribunal de Maguncia- (Caso “Erdal” o “Lederspray”). “que si se ha comprobado de manera jurídicamente inobjetable que la composición del contenido de un producto –aunque no sea posible una mayor aclaración- es causante de daños, no será requisito para la prueba de causalidad que además se compruebe por que dicho producto pudo ser causal de los daños, es decir, cuál ha sido, según el análisis y los conocimientos científico naturales, el fundamento último de esta causalidad”. Sin embargo, se ha exigido que, en el caso de que no se pueda determinar de esta manera, o sea, de acuerdo con métodos y conocimientos científicos naturales, el desarrollo del mecanismo causal, los tribunales “tendrán que haber podido excluir toda otra causa del daño que entre en consideración mediante una ponderación de la prueba jurídicamente inobjetable”. Desde esta perspectiva “el nexo causal entre la composición de un producto y el daño a la salud de sus consumidores se debe considerar comprobado de manera jurídicamente inobjetable, aun que quede abierta la cuestión de cuál es la sustancia que ha desencadenado los daños, siempre y cuando quepa excluir otras causas de éstos que entren en consideración.”²⁸

Héctor Hernández con su tratado “El Problema de la “causalidad general” en el derecho penal chileno”, aporta con un planteamiento más actual sobre leyes determinísticas versus leyes probailísticas, manifestando: “Mas bien lo que se quiere destacar es con total independencia

²⁷ LUIS BERNARDO RUÍZ JARAMILLO, ÓSCAR GARCIA ARCILA, La Relación de Causalidad en la Valoración de la Prueba En la Responsabilidad Médica Administrativa , Estudio de Jurisprudencia del Consejo de Estado, ob. Cit., pág. 21

²⁸ EDGARDO DONNA, Derecho Penal Parte General, Tomo II, ob. Cit, pág. 220

de los grandes cambios paradigmáticos de las ciencias naturales, en el seno de éstas se suele emplear sin que se ponga en duda su validez científica, explicaciones de la realidad tipo probabilístico, esto es, que dan cuenta del hecho que bajo ciertas condiciones un suceso tendrá lugar en un determinado (alto) porcentaje de casos, en oposición a una explicación determinística, conforme a la cual se puede afirmar que bajo ciertas circunstancias el suceso se verifica en todos los casos. Más aún, se puede decir que respecto de la gran mayoría de los fenómenos complejos el elevado número de variables asociados y la consiguiente imposibilidad de controlarlas íntegramente determina que las explicaciones sea necesariamente probabilísticas.

Ocurre entonces que la explicación científica de los fenómenos naturales, en particular la explicación causal de la relación entre dos sucesos es generalmente una explicación probabilística. Tal es el caso paradigmático, por ejemplo, de la epidemiología, de tanta importancia precisamente para la búsqueda y confirmación de las causas de enfermedades, principal manifestación de los nuevos riesgos. Y si esto es suficiente para los estándares de racionalidad de las ciencias naturales desde luego deberá ser suficiente también para los fines del derecho.

Ahora bien, la sola afirmación de la validez científica de las explicaciones probabilísticas ciertamente no libera de los rigores de su verificación, para lo cual será fundamental la estricta observancia de los métodos y de los estándares que rigen en la disciplina en cuestión. Si no obstante la afirmación resulta de mayor relevancia se debe a que se lanza contra la pretensión de imponerle a la decisión jurídica que procura fundarse en una explicación científica estándares irreales, carentes de vigencia en el seno mismo de la comunidad científica. En el proceso penal será entonces posible y legítimo acreditar el nexo causal entre dos sucesos – también en el contexto del fenómeno estrictamente físicos – sobre la base de explicaciones probabilísticas.”²⁹ (Hernández Basualto, 2006)

Es importante traer a colación en esta parte del trabajo al maestro Luigi Ferrajolí quien es más exigente en cuanto a la comprobación del nexo causal y exige que los tribunales penales procedan de la siguiente manera “Para ser aceptada como verdadera, la hipótesis acusatoria no

²⁹ HÉCTOR HERNÁNDEZ, El problema de la “causalidad general” en el derecho penal chileno, ob. Cit, pág. 23

solo debe ser confirmada por varias pruebas y no ser desmentida ninguna contraprueba, sino que también debe prevalecer sobre todas las posibles hipótesis en conflicto con ella, que deben ser refutadas *modus tollens*, según el esquema (e). Cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni la hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme el principio *in dubio pro reo* contra la primera. Este principio equivale a una norma de clausura sobre la decisión de la verdad procesal fáctica que no permite la condena mientras junto a la hipótesis acusatoria permanezcan otras hipótesis no refutadas en competencia con ella. Por eso mientras la hipótesis acusatoria prevalece sólo si está confirmada, las contrahipótesis prevalecen son solo no haber sido refutadas: no desmentirlas, en efecto, aún sin justificar su aceptación como verdaderas, es suficiente para justificar la no aceptación como verdadera de la hipótesis acusatoria. Evidentemente, ni siquiera la falsedad de una contrahipótesis puede ser demostrada de manera concluyente si no estamos seguros de la falsedad de sus implicaciones probatorias y de la verdad de la premisa general que establece tales implicaciones. Sin embargo hace falta que resulte totalmente implausible por incompatible con algunos de los datos probatorios recogidos.”³⁰ (Ferrajoli, 1995)

En el caso del Ecuador al hablar sobre la convicción del juez al momento de la valoración de las pruebas, todavía se estudian los tres sistemas arcaicos como son la prueba tasada o tarifa legal, la libre e íntima convicción, y la sana crítica

Recordemos que la prueba tasada, es el sistema mediante la cual se ha buscado fijar reglas abstractas que preestablezcan el valor de las pruebas, sobre bases jurídicas y lógicas que permitan al juez llegar obligatoriamente a conclusiones uniformes ante el hecho de la presencia o ausencia de aquellas, este sistema ha sido ya superado, pues llevaba muchas veces a una actuación rígida, mecanizada y deshumanizada por parte de los jueces; justamente se han puesto reparos en esto hecho y en el de que el juez aún contra su convencimiento lógico, moral y racional tendría que asumir conclusiones que provoquen un rompimiento entre la justicia y la resolución.

La libre e íntima convicción en donde se deja al juez, la más amplia facultad, para valorar las pruebas, la que se considera no debe degenerar en un libertinaje basado en subjetividades ni

³⁰ LUIGI FERRAJOLI, Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal, ob. Cit, pág. 151

excesivas abstracciones intelectuales; se considera que este sistema conlleva demasiado riesgo ya por la arbitrariedad y el mal uso que se pueda dar a esta amplia facultad o por la inmadurez, falta de estudio o capacidad de algunos jueces, que puede desembocar en fallos totalmente errados con desprecio de las pruebas aportadas y bajo el justificativo de que aquello constituya el resultado de su íntimo convencimiento.

Por el sistema de la sana crítica se considera que la administración de justicia está más segura, porque supone al juez, la obligación de obtener un pronunciamiento, que no caiga ni en el sometimiento mecánico ni en la libertad subjetiva, sino que sea el resultado de un estudio de las pruebas basado en la lógica, la psicología, la experiencia, en otras palabras el fruto de una apreciación cualitativa y no cuantitativa de la prueba, en el Código Penal derogado en el artículo 86 se mantenía este sistema de valoración de la prueba de la siguiente manera, “Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este Código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que se establece el presente artículo”; pero en el caso del Ecuador se cometía el error en una variedad de sentencias, en que los jueces de instancia sin motivación alguna, al estilo repetitivo de frase de cajón o muletilla indemostrada, afirmaban como por arte de magia que “apreciadas las reglas de la sana crítica, los testimonio ora de cargo, ora de descargo no merecen ningún valor probatorio”; pero sin precisar cuáles fueron las reglas de la sana crítica, que se dice haber aplicado, omitiendo en abierto desconocimiento a la lógica y a la argumentación jurídica.

Con la ayuda de algunas universidades que tratan de innovar los contenidos de estudio del derecho; y de pocos profesionales dedicados a la investigación del derecho, que se han preparado en países de Europa, como España o Alemania, el país avanza lentamente hacia la modernización de la justicia, y le cuesta separarse de los sistemas tradicionales tanto del derecho material o sustantivo y del derecho procesal o adjetivo, importante iniciativa es la promulgación del Código Orgánico Integral Penal y el Proyecto del Código Orgánico General de Proceso que esperamos entre en vigencia en los próximos meses.

Al analizar la convicción del Tribunal en la valoración de las pruebas debemos hacer mención al silogismo jurídico, que es la tesis según la cual la decisión judicial es el resultado de la subsunción de los hechos bajo la norma jurídica, la premisa mayor está constituida por la norma jurídica que establece un hecho que tiene determinadas consecuencias jurídicas, norma jurídica

que debe tener validez en el tiempo o en el espacio, el juez no puede ignorar la existencia de la norma o negarse a reconocer la existencia de una norma jurídica en vigor, o considerar como una norma jurídica una norma que no está ya o que no ha estado nunca en vigor, el juez además debe interpretar correctamente el contenido y el significado de la norma penal; la premisa menor es una proposición, según la cual el hecho ha tenido lugar en un determinado momento y lugar y pertenecer a la clase de hechos previstos por la norma que constituye la premisa mayor, el juez debe calificar claramente los hechos constatados los mismos que deben tener trascendencia de derecho; y, la conclusión es la decisión judicial en que el caso concreto se vincula a las consecuencias jurídicas establecidas por las norma jurídica, en esta parte del silogismo, el juez está obligado a sacar una conclusión que derive, lógicamente de la premisa mayor y de la premisa menor, esta es una de las tesis para la resolución de los procesos penales, que se ha venido manteniendo en nuestro país, pero la valoración de las pruebas y la resolución va más allá del esquema del silogismo el juez o el tribunal debe manejar varios conceptos como el del delito que esta formado a su vez de los conceptos de acción, tipo, antijurídico y atribuible, otros conceptos como los de autores, partícipes, relación de causalidad, concurso de delitos, certeza, prueba plena, los que en su conjunto constituyen el objeto de estudio del derecho penal.

2.4 LIBRE VALORACIÓN VS IN DUBIO PRO REO

El nexo causal entre conducta y resultado constituye un elemento del tipo objetivo de los delitos de resultado, al menos de aquellos cuyo resultado consiste en una modificación del mundo físico. Consecuentemente, el juicio de tipicidad a título de consumación supone la efectiva concurrencia del elemento en la especie, lo que en términos prácticos implica su prueba en el proceso criminal. Y es precisamente esta prueba la que suele enfrentar dificultades en los contextos causales complejo, cuando a su respecto se produce disenso en el ámbito de la ciencia respectiva.

La libre valoración de la prueba y la convicción personal del juez como fuente de la decisión en materia probatoria tiene como uno de sus límites mínimos el que no puedan contradecir los conocimientos científicos afianzados, lo que si bien afirma al mismo tiempo la vigencia general del principio respecto del caso inverso no reglado expresamente de ausencia de tales conocimientos afianzados, es evidente que da cuenta de la relevancia que la ley asigna a la opinión científica en materia probatoria (confirmando así lo sostenido supra 1) con lo cual

sugiere restricciones a la libre valoración también respecto de estos casos, concordantes, por lo demás, con las exigencias generales de fundamentación racional de la sentencia (al respecto infra 5 y 6).”³¹

Como puede apreciarse el principio de libre valoración de la prueba puede representar, en el mejor de los casos, sólo un punto de partida y el contexto para una tarea dogmática aún pendiente. Con todo, parece más adecuado y ajustado a la ley este punto de partida que aquel otro que pretende que en caso de disenso científico sólo quepa el tribunal, casi de modo automático, negar la prueba del nexo causal. Las líneas argumentativas para fundar esta consecuencia han sido en lo fundamental dos, aparentemente contradictorias, pero que en lo fundamental comparten la concepción de un tribunal absolutamente condicionado a la existencia de conocimientos científicos consolidados.

La primera línea argumental, fundada por Armin Kaufmann, sólo venían en consideración como leyes causales, esto es, como normas de complemento aquellas reconocidas por una opinión científica afianzada, cuya efectiva existencia y carácter era lo único que en este contexto le cabía comprobar al tribunal. En caso de ausencia de una ley causal reconocida en esos términos, simplemente no era posible la subsunción.

En general y al margen de la amplia acogida de los resultados a que conduce, el punto de partida de Kaufmann no ha tenido mayor resonancia en la literatura. Sobre todo se pone en duda que las leyes causales generales pueden considerarse elementos constitutivos del tipo legal y que los tipos de resultado operen como tipos en blanco. Básicamente se opondría a ello el carácter fáctico de las leyes de la naturaleza, carácter en virtud del cual los tipos penales no pueden estar constituidos por dichas leyes, aunque naturalmente pueden –como hacen– remitirse a la misma. Desde la perspectiva ahora de las consecuencias, también se ha hecho notar críticamente que, si bien al tratarse de una cuestión de derecho material la cuestión quedaría sustraída del ámbito de aplicación del principio de libre valoración, la consecuente y supuestamente clásica, restricción de las facultades de disposición del juez se vería anuladas por la vigencia del principio *iura novit curia*, conforme al cual el derecho no requiere prueba, sino

³¹ HÉCTOR HERNÁNDEZ, El problema de la “causalidad general” en el derecho penal chileno, ob. Cit, pág. 16

que es aplicado soberanamente por los tribunales, con lo cual los posibles límites se traspasan del ámbito de comprobación de lo fáctico al de la interpretación normativa.

La segunda línea argumental que consagra a la inmensa mayoría de quienes niegan la posibilidad de aceptar la existencia del curso causal en estos casos, tiene una clara orientación procesal, entendiendo que el tribunal está obligado a absolver por aplicación prácticamente evidente del principio *in dubio pro reo*. A decir verdad, el argumento no puede consistir en la invocación del *in dubio pro reo*, pues dicho principio o, más bien, dicha regla sólo resuelve qué debe hacerse cuando el tribunal penal no logra formarse una convicción en ningún sentido, pero nada dice respecto de la cuestión que lógicamente le antecede y le sirve de presupuesto, que es, precisamente, cuándo ha de entenderse que se está en presencia de un *non liquet*. En rigor el verdadero argumento consiste en negarle al tribunal toda probabilidad de arribar a una convicción en el contexto de un disenso científico, pues se considera que al hacerlo este se arrojaría competencias que no le incumben, lo que necesariamente conduciría a decisiones carentes de fundamento racional. En otras palabras si los científicos especialistas- únicos competentes para pronunciarse al respecto- dudan, al tribunal no le cabe sino dudar y – en cuanto en derecho penal la duda favorece siempre al imputado – absolver en consecuencia.

Esta tesis no es de recibo. Desde luego porque implica establecer que son los científicos y no los jueces quienes resuelven lo que es el derecho, con lo cual, paradójicamente, se termina sepultando la necesaria delimitación de competencia que los partidarios de esta tesis dicen defender. Ciertamente el tribunal no puede pretender mayor competencia que los miembros de la pertinente comunidad científica para resolver cuestiones propias de la disciplina, imponiendo su propia opinión de *lego* al respecto. Pero si puede- y debe- discernir, oyendo precisamente a los especialistas, si el disenso es uno tal que en verdad expresa un déficit de información insalvable para fundar una decisión racional y legítima.

Al respecto se debe tener presente que la existencia de ciertos grados de disenso es una situación normal en la actividad científica, de modo que la ausencia de unanimidad no puede per se representar un obstáculo para considerar como científicamente demostrado un hecho, al mismo tiempo, debe trazarse necesariamente una distinción entre los casos estándar en los que la cuestión se encuentra “resuelta” por el mundo científico, al punto que, por ejemplo, la solución puede encontrarse en la literatura usual de referencia, y aquellos respectos de los cuales los

especialistas todavía se encuentran “trabajando” en la cuestión. En estos últimos casos se imponen la tarea de invitar a los especialistas, con ocasión del caso concreto, al debate y a la eventual formación de una opinión dominante convincentemente fundada. Desde luego puede ocurrir que ello no sea posible y que el desconocimiento sea tal que solo dé lugar a la formulación de hipótesis vagas y sin apoyo en antecedentes sólidos de la especie, circunstancia en la cual necesariamente habrá que tener por no acreditado el nexo causal. Pero esta consecuencia sólo se puede extraer del análisis de los antecedentes del caso concreto.

En último término, la consecuencia práctica de la tesis en comento sería que el derecho penal simplemente deje de tener aplicación en áreas complejas de actividad donde no existan certezas equivalentes a las que rigen en la solución de los casos tribales. Si bien se ve, esto es algo radicalmente distinto a la aceptación y defensa irrenunciable de los costos del *in dubio pro reo* en casos concretos, pues se trata de una decisión estructural respecto de áreas completas de actividad, precisamente aquéllas en que se generan los nuevos riesgos de afectación de bienes jurídicos. Una tal prescindencia en bloque y a priori, carece, sin embargo, de sustento normativo y resulta simplemente intolerable desde un punto de vista político-criminal. Al respecto no puede dejar de considerarse que en muchos de estos casos la realización de actividades de todo factibles y conducentes al más seguro esclarecimiento de la relación causal enfrenta obstáculos éticos que en definitiva son insuperables, como es que debe excluirse a priori la experimentación en seres humanos de productos positivamente sospechosos de provocar daños a la salud o aun la muerte de personas, lo que sin duda ha influido en la determinación del estándar de prueba requerido.

Esta conclusión debería ser evidente aun desde la perspectiva tradicional de las prácticas probatorias. En efecto, puede sostenerse que la prueba en el proceso penal nunca funciona sobre la base de certezas sino sólo con grados más o menos altos de plausibilidad, como lo muestra especialmente el rol prominente que en la prueba penal le corresponde a la llamada “prueba indiciaria”, esto es, a las inferencias realizadas a partir de hechos conocidos, probados mediante “prueba directa”, sin perjuicio de resaltar que respecto de la prueba indiciaria parece más correcto hablar de convicción que de demostración. Así es relativamente normal que se funde una condena por homicidio aunque no exista testigos no registros presenciales, sobre la base de evidencia que demostraría tanto la necesaria intervención de terceros como que el condenado

estuvo en el lugar de los hechos (por comparación, por ejemplo, de fibras) en el rango de tiempo en el cual éste se produjo, sumado a la existencia de posibles motivos para la comisión del hecho (peleas previas, amenazas). Etc. En un caso así no existe certeza, pero sí la base suficiente para una conclusión altamente plausible, la que en general bastará para legitimar un pronunciamiento condenatorio.³²

No puede aceptarse, entonces, las pretensiones de independizar completamente las exigencias de la convicción judicial de estándares de racionalidad científica, específicamente de aquellos que rigen en las ciencias naturales y ciencias del espíritu, con la consecuencia de hacer bastar para los efectos del proceso penal una “certeza subjetiva”, aparentemente del todo ajena a la certeza objetiva que propugnaría las primeras. Los mencionados límites de la dependencia de la convicción judicial respecto del conocimiento científico sólo nos recuerdan las diversas funciones y, consecuentemente, los diversos alcances de la prueba de ambos ámbitos, pero en absoluto permiten desprestigiar la racionalidad de dicho conocimiento y su aporte fundamental a la racionalidad y legitimidad de los fallos judiciales

Esta Idea es abordada por el maestro español Enrique Bacigalupo, cuando manifiesta “Por otra parte, se sostiene que los tipos de resultado de lesión no están constituidos por proposiciones sobre la causalidad y que éstas no son requisitos típicos. Lo que estos tipos penales requieren es la causalidad misma en el caso concreto. De acuerdo con ello, la causalidad, como tal es el objeto tanto de la prueba como de la convicción del Tribunal. Por tanto, los Jueces podrán admitir determinadas proposiciones sobre la causalidad en la medida en que su convicción sobre las mismas se mantenga dentro de los límites que se han establecido para la formación de la convicción en conciencia. Cuando en el proceso no se ha podido alcanzar por los miembros del Tribunal, un consenso, pero no obstante ello el Tribunal tiene la convicción de la existencia de la causalidad, es indudable, se afirma, que no se puede suponer una vulneración del principio in dubio pro reo, pues este sólo exige que el juez no haya tenido dudas. Consecuentemente, si el Tribunal no tiene dudas será libre de aceptar la causalidad, sobre la que los peritos no han logrado aunar sus opiniones, en la medida en que ello no implique apartarse de conocimientos científicos o principios generales de la experiencia. Naturalmente que si no existe una tesis reconocida como válida por los especialistas será indudable que el Juez que admita la

³² HÉCTOR HERNÁNDEZ, El problema de la “causalidad general” en el derecho penal chileno, ob. Cit, pág. 20

causalidad en el caso concreto no habrá ignorado conocimientos científicos reconocidos ni principios generales de la experiencia.”³³

Al respecto, del principio in dubio pro reo en el Código Orgánico Integral Penal, se encuentra regulado en los numerales 2 y 3 del Art. 5 de la siguiente manera:

“2. Favorabilidad en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción.

3. Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable”

El ecuatoriano Ramiro García Falconí, sobre este principio nos ilustra de la siguiente manera “siendo este un principio probatorio del proceso penal, según el cual ante la duda se debe decidir a favor del acusado. No obstante, el principio in dubio no es una regla para la apreciación de las pruebas solamente, pues también se aplica sólo después de finalización de la valoración de la misma. En caso de duda siempre se interpretará a favor del infractor, este principio constitucional garantiza la presunción de inocencia.

Este principio se encuentra establecido de forma expresa en la Constitución de la República, pero se puede derivar indirectamente del principio de culpabilidad, porque este es la parte negativa del principio de inocencia y el in dubio pro reo es parte del principio de inocencia; pues sí, de acuerdo con él, una condena exige que el tribunal este convencido de la culpabilidad del acusado, toda duda en ese presupuesto debe impedir la declaración de culpabilidad.

En la CRE, se establece el Principio de in dubio pro reo y se lo llega a definir en el en el Art. 76.5. Este principio es tratado en la teoría de los derechos fundamentales y el derecho procesal moderno, considerándose como un componente sustancial. Ya lo dijo Beccaria, para quien “determinar la casi prueba, la semi prueba, como si un hombre decía pudiese ser seminocente o semireo, es decir semipune o semiabsoluble”, donde también agrega “parece como si las leyes o el Juez tuvieren interés en no buscar la verdad, sino en probar el delito, como si no hubiere

³³ ENRIQUE BACIGALUPO, Derecho Penal Parte General, ob. Cit, pág. 254

peligro mayor de condenar a un inocente cuando la probabilidad de la inocencia supera a la del delito.

Lo anterior se infiere del principio de inocencia subyacente, cuya importancia consiste, por ejemplo, en que el imputado no debe probar su coartada o hacerla creíble, sino que al contrario, a él le debe ser probado que en el momento del hecho estuvo en el lugar del crimen o que ha participado en el hecho de otra forma. También cuando subsiste la duda sobre la existencia de causa de exclusión de la punibilidad sea esta como defensa legítima o enajenación mental o de excusas absolutorias como, según la opinión dominante, el desistimiento voluntario de la tentativa o como dice la norma constitucional en caso de haber duda sobre la aplicación de una norma, se aplicará la menos grave o dañosa.”³⁴ (García Falconí, 2014)

Con grandes esfuerzos, mucha inteligencia, alto grado de paciencia apoyándose en las actuaciones y técnicas especiales de investigación que regula el Código Orgánico Integral Penal como el reconocimiento de lugar, la obtención de muestras, de fluidos corporales, componentes orgánicos y genético moleculares y principalmente con la pericia, la fiscalía y los órganos de investigación de la policía deben acopiar evidencias de las circunstancias relacionadas con el hecho delictivo o con los hechos, para que el tribunal penal pueda fundamentar su decisión en pruebas concluyentes, es decir la responsabilidad del proceso penal no debe pesar solamente en los hombros de quien tiene la responsabilidad de analizar las pruebas y resolver, la responsabilidad es compartida principalmente con el fiscal, quien es el principal encargado de llevar adelante el ejercicio de la acción penal materializándose dicho ejercicio al momento de resolver el inicio de una investigación previa o de un proceso penal como tal, cuando a consideración del fiscal existen elementos suficientes sobre la existencia de la infracción y de la responsabilidad de la persona que participo en la ejecución de la conducta penalmente relevante, caso contrario el Tribunal Penal, como hemos venido analizando no le queda más que ratificar la inocencia del procesado, y en caso de duda aplicará el principio in dubio pro reo, lo más favorable al reo, encasillando su actuación en la ley, la doctrina, la jurisprudencia, debido a la falta de capacidad e irresponsabilidad del fiscal que en vez de abstenerse de acusar, lo hace pero sin fundamentar la acusación en medios de prueba, como el testimonio, los documentos y la pericia.

³⁴ RAMIRO J.GARCÍA FALCONÍ, Código Orgánico Integral Penal, Tomo I, ob. Cit., pág. 66

Entonces con el Código Orgánico Integral Penal, la Fiscalía y la acusación particular, no solo están obligadas a probar la existencia material de la infracción, sino también la relación de causalidad con el procesado, con los medios de prueba que establece el Código Orgánico Integral Penal, y no con indicios como se venía sosteniendo en el Código Penal derogado; y, a los tribunales penales les toca conocer y valorar las pruebas y en caso de que no existan pruebas, en base del principio in dubio pro reo tienen que ratificar la inocencia del procesado.

CONCLUSIONES

- Con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal el Ecuador acoge la Teoría Finalista del Derecho Penal, basada en que el hombre prevé las consecuencias posibles de su actividad, finalidad que fue equiparada al dolo, por lo que una acción penalmente relevante debe dirigirse a la realización del tipo penal, lo cual trae como consecuencia que el dolo y demás elementos subjetivos del injusto pertenezcan al tipo.
- Ahora bien esa acción penalmente relevante dirigida a la realización de un tipo penal, debe ser atribuida a un agente, este proceso se conoce como imputación es decir la relación causal natural entre resultado y la acción del autor, teoría conocida como nexo causal, teoría recogida también por el Código Orgánico Integral Penal.
- Los tribunales penales ecuatorianos están obligados a abandonar la teoría procesal de comprobación del nexo causal en base de indicios regulada por el Código Penal derogado, y deben ponerse a la par de los tribunales penales de países como Colombia, Argentina, España, Perú y adoptar la teoría de la prueba del nexo causal a través de los medios de prueba, teoría que se encuentra establecida en el Código Orgánico Integral Penal.
- Que el Código Orgánico Integral Penal, no rescato la norma del Artículo 86 del Código Penal derogado, que regulaba que la valoración de las pruebas realizadas por el juez o tribunal penal debían hacerse de acuerdo a las reglas de la sana crítica, por lo que la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana es la que deberá establecer el contenido y la forma de aplicación de las tan ponderadas reglas de la sana crítica, al momento de resolver la situación del procesado en el juicio penal.
- Que el principio in dubio pro reo como garantía constitucional, sigue precautelando la libertad de todos los procesados, exigiendo principalmente a los acusadores, fiscales, policía judicial, mayor preparación, modernización para poder cumplir las exigencias de las nuevas reglas procesales establecidas en El Código Orgánico Integral Penal, evitando el desperdicio de recursos.

- El Consejo de la Judicatura, debe empezar un estudio sobre cuáles son las teorías de la valoración de la prueba en los juicios penales, que los jueces ecuatoriano han venido aplicando en sus resoluciones, y cuáles son las dificultades que pueden afrontar los jueces al aplicar la teoría finalista del derecho penal al momento de realizar la valoración de la prueba.

BIBLIOGRAFIA

Bacigalupo, E. Derecho Penal, Parte General. Editorial Ara. Lima (2004).

Colombia, C. S. (2006 de Marzo de 2006). *camilosierra.webnode.es/news/sentencia-24468-csj-penal-prueba-de-oficio-en-el-proceso-penal/* . Recuperado el 11 de Abril de 2014, de www.google.com

Donna, E. Derecho Penal Parte General. Editorial: Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires (2008). Tomo II.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal* . Madrid: Trotta.

García Falconí, R. (2014). Código Orgánico Integral Penal Comentado. En R. García Falconí, *Código Orgánico Integral Penal Comentado* (pág. 941). Lima : ARA Editores .

Hernández Basualto H. El problema de la “causalidad general” en el derecho penal chileno. www.políticacriminal.com. Recuperado el 15 de mayo del 2011.

Hirsch, H.J. Derecho Penal, Obras Completas. Rubinzal – Culsoni Editores. Buenos Aires (1999). Tomo I.

Muñoz Conde, F. y García Arán M. Derecho Penal, Parte General. Editorial Tirant Lo Blanch. España (2000).

Pérez Barberá, G. Infracción punible de deberes de tolerancia: El problema de causalidad. www.bibliotecadigital.uns.ar. Recuperado el 15 de mayo del 2011.

Roxin, C. Derecho Penal, Parte General. Editorial Rodona Industria Gráfica. Madrid (1997). Tomo I.

Ruiz Jaramillo, L. B., & García Arcila, Ó. (21 de Octubre de 2010). www.corteidh.or.cr. Recuperado el 3 de Noviembre de 2014, de www.corteidh.or.cr: <http://www.corteidh.or.cr>

Salvador Coderch, P. Causalidad y Responsabilidad. Barcelona (2002). www.indret.com . Recuperado el 15 de Mayo del 2011.

INDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	2
CAPITULO I	
LA IMPUTACIÓN EN LOS DELITOS DE ACTIVIDAD.	
1.1 LA ACCIÓN.	3
1.2 LA IMPUTACIÓN EN LOS DELITOS DE RESULTADO	8
1.3 EL PROBLEMA CAUSAL	11
CAPITULO 2	
LA PRUEBA DEL CURSO CAUSAL	
2.1 EL CASO ECUATORIANO	12
2.2 LA LEY DE LA CAUSALIDAD NATURAL	20
2.3 LA CONVICCIÓN DEL TRIBUNAL	25
2.4 LIBRE VALORACIÓN VS IN DUBIO PRO REO	29
CONCLUSIONES	37
BIBLIOGRAFIA	39
INDICE	40