



1859

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

NIVEL DE POSTGRADO

TESIS PREVIA AL GRADO DE MAGISTER EN CIENCIAS PENALES

TÍTULO:

**“ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO EN LOS
ESQUEMAS CAUSALISTA Y FINALISTA Y SU INFLUENCIA EN
LA FORMULACION DE LA TEORÍA DEL CASO”.**

AUTORES:

Dra. María Cristina Meneses Sotomayor
Dr. Rogelio Castillo Bermeo

DIRECTOR:

Dr. Lenin Cabrera Arboleda, Mg. Sc.

Loja – Ecuador
2011

Dr. Lenin Cabrera Arboleda, Mg. Sc.

DOCENTE DEL NIVEL DE POSTGRADO DEL ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA,

CERTIFICA:

Que la presente tesis de Maestría en Ciencias Penales titulada: **“ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO EN LOS ESQUEMAS CAUSALISTA Y FINALISTA Y SU INFLUENCIA EN LA FORMULACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO”**, elaborada por la Dra. María Cristina Meneses Sotomayor y el Dr. Rogelio Castillo Bermeo, ha sido desarrollada bajo mi dirección, por lo que luego de haber cumplido con los requisitos de fondo y de forma exigidos por el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, autorizo su presentación al respectivo Tribunal para los fines pertinentes.

Loja, enero de 2011

Dr. Lenin Cabrera Arboleda, Mg. Sc.
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Los conceptos, citas bibliográficas, ideas y criterios expresados en la presente tesis, son de nuestra exclusiva responsabilidad en calidad de autores de la misma.

Loja, enero de 2010

f)
Dra. María Cristina Meneses S.

f)
Dr. Rogelio Castillo Bermeo

AGRADECIMIENTO

Dejamos expresa constancia de infinita gratitud a la Universidad Nacional de Loja, y especialmente al nivel de Postgrado del Área Jurídica, Social y Administrativa, en la persona de dignas autoridades.

Manifestamos también nuestra infinita gratitud a todos y cada uno de los brillantes docentes que generosamente contribuyeron en nuestra formación de cuarto nivel en el campo del Derecho Penal y la Criminología. De manera especial agradecemos al Dr. Mgs. Lenin Cabrera Arboleda, magnífico maestro, exquisito amigo y elevado ser humano, que con singular entrega y absoluta calidad académica ejerciera la dirección de la presente tesis.

Nuestra eterna gratitud para todos los que de alguna forma contribuyeron con nosotros para cursar la Maestría en Ciencias Penales.

Los autores

DEDICATORIA

A nuestros familiares, por ser puntal indefectible de nuestros triunfos, y refugio infalible en las derrotas.

María Cristina

Rogelio

SUMARIO DE TESIS

TÍTULO:

“ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO EN LOS ESQUEMAS CAUSALISTA Y FINALISTA Y SU INFLUENCIA EN LA FORMULACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO.”

1. RESUMEN

ABSTRACT

2. INTRODUCCIÓN

3. REVISIÓN DE LITERATURA

CAPÍTULO PRIMERO

ESTRUCTURA DEL DELITO

1.1. CONCEPTO DE DELITO.

1.2. EL COMPORTAMIENTO HUMANO COMO BASE DE LA TEORÍA DEL DELITO.

1.3. LOS SUJETOS DEL DELITO.

1.4. OBJETO DEL DELITO.

1.5. LOS TIPOS DE DELITO.

1.6. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA COMISIÓN DEL DELITO.

1.7. LAS CONSECUENCIAS DEL DELITO.

1.8. TEORÍA DEL DELITO.

1.8.1. TIPICIDAD.

1.8.2. ANTIJURIDICIDAD O ANTIJURICIDAD.

1.8.3. CULPABILIDAD.

1.9. LA IMPUTABILIDAD DE RESPONSABILIDAD PENAL DESDE LOS DIVERSOS ESQUEMAS DEL DELITO.

CAPÍTULO SEGUNDO

ESQUEMAS DEL DELITO

2.1. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO

2.2. ESQUEMAS

CAPÍTULO TERCERO

ESQUEMA CAUSALISTA

3.1. ORÍGENES. CONCEPTUALIZACIÓN.

3.2. FUNDAMENTOS. CATEGORÍAS

3.3. ESQUEMA.

CAPÍTULO CUARTO

ESQUEMA FINALISTA

4.1. ORÍGENES. CONCEPTUALIZACIÓN.

4.2. FUNDAMENTOS. CATEGORÍAS

4.3. ESQUEMA.

CAPITULO QUINTO

TEORIA DEL CASO

5.1. GENERALIDADES

5.2. CONCEPTUALIZACIONES

5.3. CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO.

5.4.- COMPONENTES DE LA TEORÍA DEL CASO Y SU RELACIÓN CON LA TEORÍA
DEL DELITO.

4. MATERIALES Y MÉTODOS.

5. DISCUSIÓN

6. CONCLUSIONES

7. RECOMENDACIONES

8. BIBLIOGRAFÍA

9. ANEXOS

1.- RESUMEN

La presente investigación se orienta a la realización de un profundo estudio de carácter teórico y doctrinario en torno a los esquemas del delito causalista y finalista y su influencia en la formulación de la teoría del caso en el espectro del proceso penal, como un asunto indispensable para que la administración de justicia penal se desarrolle en el ámbito de las más elevadas aspiraciones de la sociedad que se traducen en el principio constitucional de que el sistema procesal sea un medio para la realización de la justicia.

La estructura del presente estudio inicia con la presentación de un breve resumen introductorio que sintetiza los contenidos fundamentales del trabajo, el que para efectos utilitarios es traducido al idioma inglés. A continuación se realiza la introducción del trabajo donde se esbozan algunas ideas generales en torno al mismo. Luego se procede a desarrollar la base teórica de la presente investigación, iniciando con el estudio de lo concerniente a la estructura del delito, empezando por analizar lo referente al concepto del delito y al comportamiento humano como base de la teoría del delito, e inmediatamente tratamos lo que respecta a los sujetos, objeto y tipos de delito, además de las circunstancias de la comisión del delito y las consecuencias de este fenómeno social. Sobre esta base se estudió la teoría del delito y se hace hincapié en los elementos esenciales que le atribuye la doctrina al mismo como son la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Este apartado se complementa con el estudio de la imputabilidad de responsabilidad penal desde las corrientes doctrinarios que proponen los diversos esquemas del delito, especialmente en lo referente a las concepciones causalistas y finalistas.

En el capítulo segundo de la base teórica de la tesis se estudia lo atinente a los esquemas del delito, observando en forma sistemática los planteamientos de las diversas escuelas del Derecho Penal con relación a este tópico. A continuación en los capítulos tercero y cuarto, se aborda el estudio de las teorías causalistas y finalistas del delito, observando en forma detenida lo concerniente a sus orígenes y conceptualización, determinando de manera

concreta sus exponentes teóricos y doctrinarios, el esquema que propone cada corriente y las principales observaciones críticas que se han realizado con respecto a cada teoría. Complementariamente en el quinto capítulo del marco teórico, se estudia lo referente a la teoría del caso, su concepto y generalidades, los pasos que recomienda la doctrina en dicho procedimiento y su relación con la teoría del delito; se realizan algunas observaciones específicas referentes al proceso penal ecuatoriano.

Finalmente se presentan los materiales y métodos que se han utilizado en el presente estudio, y se entabla el proceso de discusión de los resultados del presente trabajo. Como corolario de este estudio se elaboran las conclusiones y recomendaciones a las que nos ha permitido llegar el proceso sistemático que implicó el desarrollo de la presente investigación.

ABSTRACT

This research is aimed at conducting a thorough study of theoretical and doctrinaire about crime patterns and causal finalist and their influence on the formulation of the theory of the case in the spectrum of criminal proceedings, as a matter essential to that the administration of criminal justice development in the area of the highest aspirations of society that are reflected in the constitutional principle that the procedural system is a means of achieving justice.

The structure of this study begins by presenting a brief introduction that summarizes the main contents of the work, which for utilitarian purposes is translated into English. This is followed by the introduction of work which outlines some general ideas about it. Then he proceeds to develop the theoretical basis of this research, beginning with the study concerning the structure of crime, starting by reviewing what about the concept of crime and human behavior as the basis of the theory of the crime, and immediately try Regarding the subject, object and type of crime, and the circumstances of the offense and the consequences of this social phenomenon. On this basis, study the theory of crime and focuses on the essential elements assigned to the same doctrine such as criminality, criminality and guilt. This device complements the study of attribution of criminal responsibility from the current doctrine proposed by the various schemes of the offense, especially with regard to the causal conception and finalists.

In the second chapter of the theoretical basis of the thesis, we consider it pertains to crime patterns, systematically observing the approaches of the various schools of the Criminal Law regarding this topic. Then in the third and fourth chapters are devoted to the study of theories of crime causation and finalists, stopped watching as concerning their origins and conceptualization, concretely determining their theoretical and doctrinaire exponents, the scheme proposed by each current and the main criticisms that have been made with

respect to each theory. Additionally in the fifth chapter of the theoretical framework, we study concerning the theory of the case, the general concept and the steps recommended by the doctrine in this procedure and its relationship to crime theory, is made few specific comments regarding the process Ecuadorian criminal.

Finally, we present the materials and methods that were used in this study, and the proceedings are initiated discussion of the results of this work. A corollary of this study are drawn the conclusions and recommendations that enabled us systematic process involving the design of this research.

2.- INTRODUCCIÓN

Este trabajo es un estudio doctrinario aplicando la Teoría General del Delito, bajo los esquemas causalista y finalista, sobre las reglas de la Teoría del Caso. Tradicionalmente los operadores de justicia se han apartado del estudio doctrinario de los elementos fundamentales de las teorías jurídicas convirtiéndose en simple aplicadores de la norma de manera exclusiva.

Recientemente se ha avanzado con la utilización para la interpretación de las normas constitucionales, las mismas que tienen su inspiración e influencia en la doctrina jurídica. Consideramos que el estudio de la teoría jurídica va a enriquecer la comprensión de la legislación penal y es de factibilidad por la gran cantidad de teoría que se puede encontrar para la investigación.

Además, la formación que hemos recibido en el programa de maestría nos permite hacer un aporte para la comprensión de las teorías del delito, ya que en lo referente a este aspecto existen estudios contemporáneos de gran trascendencia cuando se encuentran en pugna la teoría penal del enemigo y la teoría que se fundamenta en los Derechos Humanos.

Bajo estos parámetros, es menester hablar a manera de introducción y muy sucintamente del derecho penal, debiendo manifestar que: este, es el conjunto de normas jurídicas con las que el Estado prohíbe, mediante la amenaza de la imposición de un castigo, determinadas acciones o comportamientos del hombre (acciones u omisiones) dentro de la sociedad que lo conforma y cuya inobservancia

tiene la consecuencia jurídica de infligir una pena al autor de esas acciones u omisiones, llamados delitos.

Por lo tanto, el Derecho Penal será el sistema de conocimientos científicos relativos al derecho de la pena, entendido como el sistema de normas jurídicas, en fuerza de las cuales el autor de un delito (sujeto activo) es sometido a la pérdida o disminución de sus derechos personales (pena), a fin de preservar la armonía de la sociedad, ya que en caso contrario no podría existir la convivencia de la sociedad y las Instituciones del Estado¹.

Los fines del Derecho Penal, consistentes en la protección de la sociedad de los sujetos que infrinjan las disposiciones legales de este orden; por una parte, previendo sanciones para los infractores de las normas y, por la otra, regulando el procedimiento para la imposición y aplicación de esas sanciones, así como los derechos de los sujetos que han cometido el delito por el cual se ha castigado dentro de ese procedimiento y la forma en que ha de compurgar esa pena o sanción impuesta.

Desde este punto de vista, el Derecho Penal se clasifica en: Derecho Penal Sustantivo y Derecho Penal Adjetivo o Procesal.

El Derecho Penal Sustantivo, es el que se refiere al conjunto de normas jurídicas que prevé ciertas conductas cuya realización, por acción u omisión, por parte del

¹ ARIAS GUERRA, Armando, Ponencia sobre el Delito, Universidad Autónoma de México, 2005.

sujeto, conllevan una sanción. Estas disposiciones se contienen en el ordenamiento legal denominado Código Penal, en éste se contiene la descripción de las conductas cuya realización, por comisión u omisión, se consideran como delito, al igual que las sanciones que corresponden aplicar al sujeto por la comisión del delito.

El Derecho Penal Sustantivo está constituido por el conjunto de disposiciones que se encuentran contenidas no sólo en el Código Penal, sino también en otros códigos y en diversas leyes especiales. Y cada una de estas disposiciones se denomina norma penal.

El Derecho Penal Adjetivo o Procesal, se refiere al conjunto de normas jurídicas que regulan el procedimiento que se ha de seguir para imponer la sanción al sujeto que ha cometido un delito, en cuanto a la comprobación de la conducta tipificada como delito y la responsabilidad del sujeto en ella, es decir, la comprobación de la realización de ese delito por el sujeto a quien se le imputa, los derechos que le asisten al sujeto acusado para defenderse de la acusación y las normas que se han de observar en ese procedimiento; también se refiere a la organización de los tribunales ante los cuales se ha de realizar ese procedimiento, el que ha de aplicar esa pena, como una prerrogativa y facultad exclusiva, así como las circunstancias en que el sujeto ha de purgar la pena que se le llegue a imponer. Las disposiciones legales que se refieren a los puntos antes señalados, se contienen en el Código de Procedimiento Penal.

Para diferenciar al Derecho Penal Sustantivo del Derecho Procesal Penal, lo constituye la función de la norma que se pretenda diferenciar, según que vaya dirigida a establecer las condiciones de existencia de un delito, la especie de éste o las modalidades de la sanción que debe aplicarse por su comisión; o, bien, tienda a regular el conjunto de actividades que tienen por objeto hacer que, una vez que se ha cometido el delito, la sanción establecida en la ley pueda llegar a imponerse al sujeto autor del delito.

En definitiva el objeto del Derecho Penal, como disciplina, es el que efectivamente existe como voluntad del Estado en determinado tiempo y lugar, contenido en el Código Penal, que es el Derecho Positivo. El contenido de esta disciplina, al igual que el de todas las ciencias jurídicas, consiste principalmente en tratar de conocer lo más exacta y completamente posible el significado de las disposiciones que constituyen el Derecho Penal, determinando la naturaleza y alcance de las obligaciones que de ello se siguen, las condiciones que lo hacen surgir y extinguir, los límites de tiempo y de lugar de su validez, los sujetos respecto de los cuales se han impuesto las tales obligaciones, así como las consecuencias que su violación produce.

En cuanto al objetivo del Derecho Penal Procesal, es el de lograr que haya un conjunto de normas realmente eficaces, para poder determinar y demostrar, dentro del procedimiento judicial, la conducta ilícita, al sujeto que se le imputa el delito, ya que la aplicación del Derecho Procesal Penal es un sistema de conocimientos que refleja una realidad objetiva, y precisamente refleja el conjunto

de las normas que constituyen el ordenamiento jurídico vigente (Código de Procedimiento Penal), en un Estado determinado.

Bajo este contexto, el presente trabajo, tiene por objeto establecer y determinar cómo la Teoría General del Delito, ya sea bajo el esquema causalista o finalista, aplicando el Derecho Penal, pueden influir en la decisión de los operadores de justicia al momento de aplicar las reglas de la Teoría del Caso, determinada por las partes procesales.

3.- REVISIÓN DE LITERATURA

CAPÍTULO I

ESTRUCTURA DEL DELITO

1.1. CONCEPTO DE DELITO.

Siendo el objeto esencial del presente estudio, los esquemas del delito planteados por las diferentes teorías y su aplicación en la práctica jurídica penal del Ecuador, nos parece de suma importancia empezar analizando el significado de la infracción penal como categoría central del Derecho Penal.

El tratadista argentino Raúl Goldstein conceptúa a la infracción en general como: "Transgresión, violación o quebrantamiento de alguna ley, pacto o tratado. Toda persona es responsable de la infracción de las leyes e incurre en las sanciones que en garantía de su observancia se imponen".²

Entonces, la infracción, hablando en sentido jurídico se refiere al quebrantamiento de una norma legal, es decir al ejercicio de la acción del hombre encaminado en contradicción con lo que el legislador estipula en la norma jurídica.

Concretándose a la infracción penal, Goldstein, expresa: "Cuando la infracción se opera respecto de la ley penal, su concepto equivale al de delito; pero conceptualmente, se la tiene por un grado menor atinente a violaciones de ordenamientos de otra índole, como a disposiciones policiales, administrativas, municipales, etc., y entonces, coincide con el concepto de falta."³

² GOLDSTEIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, p. 429.

³ GOLDSTEIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, p. 430.

La infracción penal, constituye entonces la transgresión de la normatividad penal dictada por el legislador para proteger los bienes jurídicos y los derechos de las personas señalados en los diferentes cuerpos legales que van desde la Constitución, hasta leyes especiales que protegen a determinados sectores sociales específicos, como el Código de la Niñez y Adolescencia, por ejemplo. Sin embargo, algunos tratadistas sostienen que la conducta del sujeto infractor no se contradice con la norma penal, sino más bien se adecúa al tipo penal que describe la conducta delictiva, y por tanto se hace acreedor a la sanción en él señalada, este es el criterio que nosotros compartimos, pues la infracción no supone en realidad un quebrantamiento de la norma penal, sino un acoplamiento de la conducta del sujeto infractor con lo establecido en la respectiva disposición de carácter penal.

Sin duda, el tipo penal señala la conducta infractora, que a su vez se erige como premisa para limitar la acción de los hombres en sociedad. Por ejemplo el tipo penal del aborto, en la legislación penal ecuatoriana, se orienta a sancionar a quien "por alimentos, bebidas, medicamentos, violencias o cualquier otro medio hubiere, intencionalmente hecho abortar a una mujer que no ha consentido en ella"⁴, y para que se materialice la infracción penal es necesario el adecuamiento de la conducta del individuo a la descrita en la norma penal, y de esta manera se cumple el esencial principio de legalidad que legitima el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

⁴ CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a marzo de 2010.

La Constitución de la República del Ecuador, con mucha claridad expresa en el Art. 76, numeral 3, lo siguiente:

"...3. Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley."⁵

Queda claro entonces que la tipificación de la infracción penal (principio de legalidad), constituye la base indispensable para proceder al juzgamiento del sujeto, pues sin ella realmente no existiría conducta punible, incluso se podría decir que la ley penal no prohíbe tal conducta y por tanto tácitamente la permite, aún cuando muchas veces resulta contradictoria a ciertos bienes jurídicos tutelados -al menos teóricamente- por el Estado.

El Código Penal ratifica este principio constitucional, cuando en el Art.2, dispone: "Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.

⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Octubre de 2008.

La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto."⁶

Nuestra Ley positiva penal, se acoge al principio constitucional de legalidad que determina en forma expresa que nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión, si es que previamente la ley no lo contempla como infracción, y se refiere a la necesidad de que la infracción debe ser establecida en la ley penal con anterioridad, pues en caso contrario, daría la impresión que el legislador espera que el sujeto cometa determinadas conductas y luego las tipifica con el ánimo de juzgarlo, cuestión que resulta ilógica, pues si al momento de ser cometido el acto no se encontraba señalado en el Código Penal como infracción, es obvio que el individuo no quebrantó ninguna ley -aunque haya afectado ciertos bienes jurídicos y derechos- de otros ciudadanos, y por tanto no es susceptible de juzgamiento ni de amenaza o aplicación de alguna pena.

Lo expresado cobra más fuerza, cuando el Código Civil en su Art. 8, expresa: "A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley."⁷

El Código Penal, en su Art. 10, señala con absoluta precisión que "Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales".⁸

Queda claro entonces que sin la existencia de un tipo penal que describa específicamente determinada conducta dañosa, es imposible la existencia de

⁶ CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a marzo de 2010.

⁷ CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a enero de 2010.

⁸ CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a marzo de 2010.

la infracción penal, pues la conducta del sujeto, como ya dijimos, sería tácitamente permitida por la ley.

El principio expresado en el Art. 2 del Código Penal, que señala que nadie será juzgado por un acto, si este previamente no ha sido tipificado como infracción, es ratificado exactamente con las mismas palabras en el Art. 2 del Código de Procedimiento Penal.

La infracción penal consiste entonces de la adecuación de la conducta del sujeto delinciente a un tipo penal previamente establecido, y genera por tanto la consecuencia inmediata que es la pena, que se encuentra también consignada con anterioridad para quien incurra en la conducta señalada como infracción.

Una vez que hemos definido el significado conceptual de la infracción penal, nos parece necesario analizar lo referente a la clasificación de las infracciones, tomando como premisa la división que realiza el legislador ecuatoriano en el Art. 10 del Código Penal, el mismo que textualmente expresa:

"Art. 10.- Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y **se dividen en delitos y contravenciones**, según la naturaleza de la pena peculiar."⁹

Tenemos entonces que la primera gran clasificación que realiza nuestro derecho sustantivo penal con respecto a las infracciones es en delitos y contravenciones.

⁹ Idem.

Doctrinariamente, el delito a su vez se clasifica de acuerdo a los siguientes criterios:

- a) Por la gravedad.
- b) Por la acción para perseguirlo.
- c) Por el momento de su descubrimiento.
- d) Por la estructura del acto delictivo.
- e) Por la forma en que se produce el resultado.
- f) Por la duración del momento consumativo.
- g) Por sus efectos.
- h) Por el bien jurídico afectado.

En cuanto a la clasificación de las contravenciones el propio Código Penal señala que para efecto de procedimiento e imposición de penas, las contravenciones se dividen, según su mayor o menor gravedad, en contravenciones de primera, de segunda, de tercera y de cuarta clase; esto de acuerdo a las conductas que el legislador considera menos dañosas que aquellas que las ha tipificado como delitos.

Ahora bien, en base de lo anotado, procedemos a continuar a realizar un breve estudio sobre el concepto de delito:

Para la Real Academia de la Lengua Española, que de hecho, es la máxima entidad en el estudio de nuestro idioma, el delito es la "Acción u omisión voluntaria castigada por la ley con pena grave".¹⁰

El Diccionario Práctico de Sinónimos y Antónimos, sobre la categoría que nos ocupa, señala: "Delito: es el crimen, atentado, falta, culpa, infracción, violación, transgresión, abuso, usurpación, contravención, asesinato".¹¹

Para el maestro italiano Francisco Carrara, insigne tratadista del Derecho Penal, el delito consiste en "La infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable. Y socialmente dañoso".¹²

El doctrinario español Luis Jiménez de Asúa, refiriéndose a esta categoría jurídica penal sostiene que "Delito es un acto típico, antijurídico, imputable, culpable, sancionado con una pena y conforme a las normas objetivas de punibilidad".¹³

Guillermo Cabanellas, otro tratadista que indiscutiblemente se constituye en uno de los principales a nivel latinoamericano, por sus diferentes obras y

¹⁰ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO CASTELL, Tomo 2, Edit., Castell, Madrid-España, 2007, pág. 665.

¹¹ DICCIONARIO PRÁCTICO DE SINÓNIMOS Y ANTÓNIMOS, Edit., Larousse, Bogotá-Colombia, 2007, pág. 114.

¹² CARRARA, Francisco, Programa del curso de derecho criminal, 21ava. Edición, Edit., Universidad Externado de Colombia, 1996, pág. 34

¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La ley y el delito, 21ava, Edición, Edit., Harla, México, 2003, pág. 218.

especialmente por su dedicación al estudio pormenorizado de las diferentes y no pocas conceptualizaciones que el estudio del derecho involucra, definiendo el significado de delito manifiesta: "Etimológicamente, la palabra delito proviene del latín *delictum*, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa."¹⁴

Las corrientes doctrinarias modernas definen al delito como: "La conducta antijurídica y culpable descrita por la ley, a la que ésta señala una sanción penal".¹⁵

Por su parte, Alimena esboza su concepto jurídico de delito y dice: "Una vez escritas las leyes es delito todo hecho prohibido bajo la amenaza de una pena" y añade "debe tener un elemento interior, sin el cual sería un caso fortuito, y un elemento objetivo, un elemento exterior, sin el cual sería un pecado".¹⁶

Luego de haber invocado algunas de las concepciones de los tratadistas y estudiosos del derecho a nivel latinoamericano y mundial, puede observarse que cada tratadista del Derecho Penal, ha intentado estructurar su propia definición del delito conforme a su cosmovisión, su filosofía de la vida, y su entendimiento de la conducta humano como fenómeno social. El resultado de

¹⁴ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II, 22ava. Edición, Edit., Heliasta, Buenos Aires, 2002, pág. 215.

¹⁵ REY LÓPEZ, Manuel. El Delito y la Pena, 4ta. Edición, Edit., Orbe, México, 1999, pág. 22.

¹⁶ GOLDSTEIN, Raúl. Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Edit. Astrea, Argentina, 1999, pág. 112.

intentar tantas definiciones es que estas coinciden y se parecen mucho entre sí, pues generalizadamente todas ellas deben utilizar los mismos elementos esenciales, por ello las definiciones se distinguen no tanto en los aspectos estructurales del delito, sino más bien con respecto al estudio del mismo como manifestación social.

La idea del delito toma su origen en la ley penal. Entre la ley penal y el delito existe un nexo indisoluble, pues el delito es propiamente la violación de la ley penal o, para ser más exactos, la infracción de una orden o prohibición impuesta por la ley; en consecuencia, delito será todo hecho al cual el ordenamiento jurídico penal le adscribe como consecuencia una pena, impuesta por la autoridad judicial por medio de un proceso.

El tratadista español Francisco Muñoz Conde, manifiesta que desde el punto de vista jurídico, delito “es toda conducta que el legislador sanciona con una pena.”¹⁷ Esto es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege*. Pero a su vez, el mencionado tratadista manifiesta que es un concepto puramente formal, ya que nada dice sobre los elementos que debe tener esa conducta para ser castigada por la ley con una pena.

Se dice, además, que el legislador ha querido destacar en estas definiciones aquellos caracteres que le han parecido más relevantes en orden a la

¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito, 4ta. Edición, Edit. Trotta, España, 2001, pág. 37.

consideración de un hecho como delito: que debe tratarse de una acción u omisión, que estas deben ser dolosas o culposas y que deben ser penadas por la ley.

Max Ernesto Mayer define el delito como acontecimiento típico, antijurídico e imputable. Obsérvese que Mayer emplea la palabra imputable en el amplio sentido de culpabilidad, y por ello, en este punto, no difiere esencialmente su concepto del delito del expuesto por Beling; pero su definición nos ha sugerido la necesidad de intercalar un nuevo carácter de las infracciones penales. La imputabilidad, en todo su volumen corresponde a la parte del delincuente más que a la consagrada al delito pero es indispensable aludir a ella en una construcción técnico-jurídica del crimen.

Edmundo Mezger, el famoso penalista que reemplaza en la Universidad de Munich a Ernesto Beling, y cuyo Tratado se tradujo a la lengua española poco después de publicado, reduce la definición a señalar en el delito estos elementos: acción típica, antijurídica y culpable. Para nada alude a las condiciones objetivas de la penalidad, que ha tratar en otro sentido, siendo para él una consecuencia del delito y no una característica.

En cambio, para el tratadista ecuatoriano Ernesto Albán Gómez, la definición de delito contempla dos concepciones: una de carácter formal y otra de carácter material, y al respecto señala:

“Especialmente entre los tratadistas modernos se ha llegado casi a un consenso sobre la forma en que la doctrina penal debe tratar este punto. En cambio, entre los tratadistas más antiguos sí se advierte algunas diferencias significativas, sobre todo en aquellas definiciones que dan énfasis al **sentido formal** del delito y aquellas que lo ponen en el **sentido real o material** del mismo.”¹⁸

El mismo Albán Gómez enseña que las definiciones formales son aquellas que conciben el delito como el **acto legalmente punible**, es decir como el acto que la ley tipifica y sanciona con una pena determinada. De inmediato se advierte que tal concepto, siendo formalmente exacto, en realidad no aclara nada: es una verdadera tautología. Como si a la pregunta ¿qué es el delito? Se contestara: aquel acto que la ley califica como delito y por lo tanto lo sanciona.

A pesar de la evidente futilidad de tales conceptos, hay códigos que los incluyen. Así lo hace, por ejemplo, el propio Código Penal ecuatoriano, que adopta en el Art. 10 una fórmula similar: “**Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones...**”¹⁹.

En cuanto a las definiciones reales o materiales, el Dr. Ernesto Albán Gómez, dice que son aquellas que pretenden descubrir las calidades intrínsecas del hecho delictivo, determinar cuáles son las características de una conducta para ser incriminada y bajo qué consideraciones éticas o culturales, ese acto ha sido

¹⁸ ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General, Corporación MYL, Quito, 2009, pág. 107 -10.

¹⁹ CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a marzo de 2010.

recogido por la ley penal para ser sancionado. Tal cuestión, se argumenta, no sólo debe preocupar al filósofo del derecho, o al legislador en el momento en que expide una ley penal y crea una figura delictiva, sino también al jurista. Este, para entender el significado más profundo del sistema penal, deberá compenetrarse con la esencia del delito, y no limitarse a la formalidad de la ley.

Con estos presupuestos, suele definirse al delito como **aquel acto que ofende gravemente el orden ético-cultural de una sociedad determinada en un momento determinado y que, por tanto, merece una sanción.**

También se hacen objeciones a este tipo de conceptos. Se afirma que ellos sólo son posibles en términos iusnaturalistas, en el campo ideal del deber ser; y que, para tratar de precisar en la práctica su alcance, es necesario salir del ámbito jurídico y entrar en otros terrenos, en el filosófico, en el político, en el histórico o en el cultural. De esta manera, por una parte se producen interminables controversias ideológicas y, por otra, se cae en el relativismo de los acontecimientos históricos, que muestran soluciones penales cambiantes a lo largo de los tiempos y en las distintas sociedades y civilizaciones. Frente a tal relatividad es inevitable llegar a una comprobación: es el legislador quien en último término decide qué conductas son delitos y, para hacerlo, toma en cuenta factores muy diversos y no siempre los que podrían considerarse los más valiosos.

En los tratadistas modernos, existe prácticamente un consenso en cuanto a la forma en que ha de ser tratado el delito por parte de la doctrina penal. No así,

entre los tratadistas más antiguos donde si se pueden encontrar algunas diferencias significativas en cuanto a las concepciones que defendieron sobre el delito, dichas diferencias se pueden identificar especialmente en aquellas definiciones que hacen atención al sentido formal del delito y a aquellas que lo ponen en el sentido real o material del mismo.

Las definiciones en sentido formal conciben al delito como el acto legalmente punible; es decir, como el acto que la ley tipifica y sanciona con una pena determinada, estudiándolo a partir de dicha premisa.

En tanto que las definiciones reales, pretenden descubrir las calidades intrínsecas del hecho delictivo, es decir, determinar qué caracteres debe reunir una conducta para ser imputable y bajo qué consideraciones éticas o culturales ese acto ha sido recogido por la ley penal para ser sancionado.

De las definiciones anteriores nos detendremos a analizar la que desde nuestro punto de vista puede ayudar a clarificar de mejor manera lo relacionado a la concepción del delito como la principal categoría jurídica del derecho penal.

Al referirnos a la opinión del maestro Francisco Carrara sobre el delito, consideramos importante recalcar que para este autor la fórmula sacramental que se debe utilizar al referirse a dicha categoría, es el conceptuarlo como un ente jurídico, entendiéndose como tal la contradicción entre la conducta

humana y la ley penal. Ahora bien para que esta conducta humana pueda ser calificada como delito, el propio Carrara sostenía que en ella deben confluír dos fuerzas: la física y la moral, considerada cada una de ellas subjetivamente o sea en su causa, y objetivamente o sea en su resultado. De esta manera, en el delito se sumarían cuatro fuerzas: la fuerza física subjetiva, consistente en el movimiento corporal o en el no hacer (en los delitos de omisión) con que se ocasiona el delito; fuerza física objetiva, que es el daño causado, la lesión del derecho del agraviado; o el peligro que ha corrido ese derecho; la fuerza moral subjetiva, que se refiere a la inteligencia y la voluntad con que actúa el ser humano; y por último se encuentra la fuerza moral objetiva, que se enfoca en la alarma y el mal ejemplo que el delito produce en la sociedad. En definitiva se puede señalar que Carrara apunta hacia una definición más bien filosófica que dogmática, utilizando términos poco concretos y más bien abstractos.

Otro de los conceptos que merece especial atención, es el esbozado por el tratadista español Jiménez de Asúa, y respecto a este podemos señalar que el referido autor plantea una definición más amplia y concreta toda vez que considera al acto como una acción u omisión punible, de tal suerte que se ajusta la conducta antisocial del individuo a lo establecido en la ley penal, por lo que en nuestro criterio es el concepto más acertado acerca del delito, ya que incluso en él se pueden determinar sus características.

A manera de síntesis, de todas las concepciones anteriores, podemos señalar que para la mayoría de los tratadistas consultados, el delito consiste en la

negación del derecho, es una violación del orden jurídico, en su aspecto legal, mientras en lo sustancial es un hecho humano social, desencadenado por varios factores de la causalidad.

Hasta aquí se han estudiado los referentes doctrinarios respecto a la concepción del delito, pero no se debe dejar pasar por alto lo que con respecto al delito señala nuestra ley penal, y tratando de encontrar dicha concepción, observamos que el Código Penal ecuatoriano en el Art. 2, señala "Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida...."²⁰

Entonces, primeramente se puede determinar que el delito es un acto o manifestación de conducta (por acción y omisión), que se encuentra expresamente reconocido como tal por la ley penal. De tal manera que ninguna conducta puede ser considerada infractora si es que no se encuentra expresamente descrita con tal calidad en el respectivo ordenamiento jurídico positivo penal.

Nuestro criterio de delito es, que este constituye el acto humano antijurídico que lesiona un bien jurídico expresamente tutelado por el Estado, y se acopla a la conducta hipotética establecida en la ley penal, y por lo tanto la persona

²⁰ CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a marzo de 2010, Quito, 2010.

responsable de la acción u omisión punible, es merecedora de la consecuencia jurídica que ha señalado el legislador para el efecto, siempre que se trate de un sujeto imputable.

Aclaremos que no compartimos el criterio de algunos penalistas clásicos, entre los que se destaca principalmente el maestro Carrara, en cuanto al definir el delito, se manifiesta que este constituye una contradicción entre la conducta del individuo infractor y la ley penal dictada por el Estado para proteger los derechos de los ciudadanos y la vida en sociedad como fin máximo del ente colectivo; pues a nuestro entender, y como claramente lo señala Jiménez de Asúa, el delito consiste más bien en la adecuación de la conducta de un sujeto a la descripción hipotética que realiza la ley penal de la conducta infractora. Evidentemente, la contradicción entre la conducta del sujeto infractor y las leyes que reconocen los derechos de las personas, existe, y precisamente da lugar a que exista a su vez, la antijuricidad como elemento del delito, pero con respecto a la ley penal y la conducta punible, no se puede hablar propiamente de contradicción, sino más bien de adecuación, lo que efectivamente da lugar a la aplicación de la pena, luego de cumplidas las formalidades procesales de ley, a través de las que deberá establecerse la certeza sobre la existencia de la infracción penal, así como de quienes se hallan vinculados a ella como los sujetos responsables, de acuerdo a su grado de participación, que obviamente deberán ser objeto del derecho y deber punitivo del Estado. Así por ejemplo, la Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 66, numeral 29, reconoce el derecho de las personas a la libertad, entonces, la conducta de plagiar a un

ciudadano, que obviamente implica privarlo de su libertad física, resulta absolutamente contradictoria con dicho precepto legal, lo que obviamente varía con respecto al Derecho Penal, donde se produce una adecuación entre la conducta de quien plagia con violencia, amenaza, seducción o engaño a un sujeto libre y el tipo penal que en aras de proteger el derecho a la libertad que reconoce la Carta Política, describe la conducta hipotética del plagio en los siguientes términos: “El delito de plagio se comete apoderándose de otra persona por medio de violencias, amenazas, seducción o engaño, sea para venderla o ponerla contra su voluntad al servicio de otro, o para obligarla a pagar rescate, o entregar una cosa mueble, o extender, entregar o firmar un documento que surta o pueda surtir efectos jurídicos, o para obligar a un tercero a que ejecute uno de los actos indicados, tendientes a la liberación del secuestrado”.²¹

Queda claro entonces, que el delito ocurre precisamente por la adecuación de la conducta de un sujeto, a la descripción hipotética de las conductas que se establecen en el Código Penal y que el Estado reprime con una sanción proporcional al bien jurídico vulnerado así como al daño y alarma social causados, en aras de proteger los derechos de las personas, como principio básico del pacto social.

²¹ CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a marzo del 2010, Quito 2010.

Para tener una idea más clara, con respecto a la definición del delito, vale agregar, que según Francisco Carrara, existen algunos elementos estructurales que deben identificarse perfectamente en el concepto del delito, y que nos parece importante exponerlos en este estudio, en los términos siguientes:

- **Infracción de la ley del Estado:** éste es el punto de partida del concepto, muy en conformidad con el criterio clásico de que lo esencialmente en el delito es la contradicción entre la conducta humana que constituye la infracción tipificada en la ley penal y el ordenamiento jurídico que determina, reconoce y protege los derechos civiles de las personas; aspecto fundamental que, por otra parte, refuerza su carácter formal: el delito es un ente jurídico que solo es tal si la ley previamente lo tipifica.

- **Promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos:** la ley violada por el delito, se presupone mediante su promulgación, que es conocida por todos sobre quienes impera. Su finalidad es proteger la seguridad pública y privada; o, si se quiere, en un lenguaje jurídico más moderno, proteger ciertos bienes o intereses que la sociedad considera especialmente valiosos. En esta frase aparece el carácter material del delito, es decir su razón de ser.

- **Que resulta de un acto:** la infracción de la ley proviene de un acto; y aquí se encuentra, según Carrara, uno de los elementos estructurales del delito: el acto que se acopla a la conducta infractora descrita en la ley penal.

Acto en el cual deben confluír las fuerzas física y moral, apreciadas subjetiva y objetivamente, según se señaló anteriormente. El acto, a diferencia del hecho, es voluntario.

- **Del hombre:** sólo el ser humano puede cometer delitos y, consecuentemente, recibir sanciones. Con ello queda eliminada en forma total la posibilidad, ahora ya absolutamente inaceptable, de sancionar penalmente a animales o cosas.
- **Externo:** la ley no puede sancionar ideas, pensamientos o meras intenciones, es decir lo que pertenece al fuero interno de la persona. La ley penal solo interviene cuando la persona exterioriza sus intenciones o pensamientos, cuando la persona actúa.
- **Positivo o negativo:** ese acto puede manifestarse, no sólo a través de acciones, sino también de omisiones. La acción es lo positivo y la omisión lo negativo.
- **Moralmente imputable:** la culpabilidad de quien realiza la conducta prevista por la ley tiene como base la imputabilidad moral, que se sustente a su vez en el libre albedrío; o sea en la capacidad del individuo infractor de decidir entre el sometimiento a la ley o su violación. La imputabilidad es el elemento central en la teoría clásica del delito; a tal punto que sin ella no se puede sancionar al autor del acto.

- **Socialmente dañoso:** el acto debe cumplir también esta condición, que reafirma el aspecto material del delito, incluido ya cuando se hablaba de que la ley penal ha sido promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos. Aquí se insiste en señalar que el delito es una conducta que atenta gravemente contra la convivencia social, según la escala de valores que una sociedad determinada aspira a defender.²²

Estos son los principales aspectos que hemos estimado oportuno enunciarlos con respecto a la conceptualización y composición estructural del delito como categoría fundamental del Derecho Penal.

1.2. EL COMPORTAMIENTO HUMANO COMO BASE DE LA TEORÍA DEL DELITO.

La norma jurídica penal pretende la regulación de conductas humanas tal como aparecen en la realidad. Dado que el hombre está dotado de una voluntad libre que le permite desarrollar sus facultades naturales, teniendo como única limitante, a esa libertad, su propia naturaleza; pero, en sociedad, esta libertad está forzosamente limitada por el respeto a la libertad de otros hombres; de aquí deriva la necesidad de normas o reglas que garanticen a cada miembro del cuerpo social, con una medida igual, el ejercicio de su actividad y desarrollo. La teoría y existencia de este principio constituye el DERECHO, en su acepción más extensa.

²² Cfr. RÉGIMEN PENAL ECUATORIANO, Corporación MYL, Quito, 2010, págs. 72-74.

La causa de la infracción o de la no observación de las disposiciones de la ley (delito), en perjuicio de la sociedad y de la obligatoriedad de la misma ley por los hombres, obedece a muchos y muy diversos factores, los que se mencionan más adelante; sin embargo, por lo pronto, se adelanta que esos factores tienen origen en la propia naturaleza del hombre y la convivencia estrecha a la que, hoy en día, se ve sometido. Pues, el hombre siempre pretenderá tener un mayor número de satisfacciones que otros, incluso más de los que necesita, por el sólo hecho de acumular riquezas y el poder, que en la sociedad actual, representan una posición admirada y envidiada por algunos de sus miembros, aún cuando no las puede conseguir de manera honesta y legal.

En este sentido, es que el delito es una consecuencia de la convivencia social, que infringe normas legales, en el afán de llegar a obtener la aprobación social, desde el punto de vista económico, y la dirigencia de la misma, como patrón de admiración.

De toda la gama de comportamientos humanos que se dan en la realidad, la norma selecciona una parte que valora negativamente y la conmina con una pena. Es entonces la conducta humana el punto de partida de toda reacción jurídico penal y el objeto al que se agregan determinadas características o elementos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), que convierten determinada conducta humana en delito.

La conducta humana, base de toda reacción jurídico penal, se manifiesta en el mundo externo tanto en actos positivos como en omisiones. Ambas formas de comportamiento son relevantes para el derecho penal; de ahí la distinción entre acciones y omisiones. Sobre ambas realidades ontológicas se construye el concepto de delito con la adición de los elementos fundamentales que lo caracterizan.

La función de elementos básicos de la teoría del delito, aunque solo en la medida que coincida con la conducta descrita en el tipo de la correspondiente figura de delito serán penalmente relevantes. No hay una acción abstracta, prejurídica, de robar o de violar, sino que solo puede calificarse como tal aquella acción que concuerda con la descrita en los códigos. La realidad ontológica del comportamiento humano solo adquiere relevancia jurídico-penal en la medida en que coincida con el correspondiente tipo.

1.3. LOS SUJETOS DEL DELITO.

En lo que concierne a las personas que interactúan en el fenómeno social denominado delito, puede identificarse la convergencia de dos sujetos. El primero, conocido como sujeto activo, que es quien realiza las manifestaciones conductuales descritas en el tipo penal, y el segundo, llamado sujeto pasivo, que es la persona que sufre las consecuencias, o recibe el efecto dañoso, de los actos o manifestaciones punibles ejecutadas por el primero.

El sujeto activo del delito, doctrinariamente, es aquel que realiza los actos necesarios para incurrir en el supuesto hipotético que la ley describe como delito. Es el titular de la conducta que lesiona o pone en peligro de vulneración un bien jurídico protegido por el legislador. La mayor parte de los tratadistas lo califican al sujeto activo como agente, actor o sujeto-agente.

Por regla general se considera como capaz de ser sujeto activo de infracción penal a todas las personas, y por vía de excepción se les niega esa posibilidad a las personas jurídicas –aún cuando doctrinariamente y en determinados tipos de delitos la doctrina moderna se plantea la aptitud de las mismas- y a los menores de edad; obviamente superada la etapa en que se consideró como sujetos activos del delito a los animales, idea absurda que fue preconizada en los tiempos oscurantistas de la santa inquisición.

Se sostiene que en cierto tipo de delitos, como aquellos que tienen que ver con situaciones eminentemente económicas, mercantiles y en general de negocios, es válido afirmar que las personas jurídicas pueden actuar como sujetos activos, pues el argumento es el de afirmar que son delitos especiales que pueden ser cometidos precisamente por las corporaciones, fundaciones, etc. Sin embargo, es claro que la persona jurídica, por calidad de ente ficticio, no puede sufrir una pena corporal, pero como tal, bien podría ser objeto de otro tipo de sanciones, como negación de los permisos de operación, penas pecuniarias, etc., y en el caso de ser dable, las personas naturales que representan a la persona jurídica y las que deliberan los actos que con tal

representación se realizan, serían penalmente responsables por los actos antijurídicos, dolosos o culposos, de carácter especial, que eventualmente pudieran, según algunos autores, cometerse amparados en la imposibilidad de ser sujeto activo del delito de la persona jurídica. Se sostiene por otra parte, que si bien es cierto no pueden ser sujetos activos de delito, si lo podrán ser de contravenciones, y que en uno u otro caso lo que se requerirá es una pena adecuada, como la suspensión de la actividad de comercio, penas pecuniarias y similares.

A mi modo de ver, la persona jurídica no puede ser sujeto activo de delito ni de contravención, pues ella vive realmente por la actividad de sus miembros y representantes, quienes actúan son éstos y no ella. Nuestro ordenamiento positivo penal corrobora este asunto cuando en forma clara establece dicho criterio, ya que en el Art. 32 dispone: “Nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia.”²³

Resulta entonces notorio que las personas jurídicas no tienen voluntad y conciencia, pues las cualidades de entender y de querer, de tomar decisiones y deliberar, es atributo exclusivo del ser humano como ente dotado de inteligencia y de capacidad de evolución, esta posición es la adoptada por la mayoría de los expositores como Manzini, Jiménez de Asúa, Cuello Calón, etc. Entonces quienes responderán penalmente por los actos delictivos que fueren

²³ CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a marzo del 2010.

susceptibles de atribuirse a una persona jurídica, son sin duda sus representantes legales o administradores, según les compete. A la persona jurídica como tal se le pueden aplicar sanciones pecuniarias o limitativas del ejercicio de ciertas actividades económicas.

Por otro lado, un ente jurídico no puede sufrir una pena corporal pues únicamente la persona humana como tal puede sufrirla, y es cierto que resultarían sancionados condenatoriamente miembros de la sociedad que no hubieran participado, siendo menester insistir en la imposibilidad que la persona jurídica se la estime como sujeto activo de infracción penal.

Ahora bien, si existe una persona que irroga una acción vulnerante de un bien jurídico, necesariamente tiene que existir otra persona que sufre el menoscabo en el derecho en que se traduce el bien jurídico afectado por la conducta del sujeto activo. Es precisamente, la persona natural o la persona jurídica que sufre la afeción de un derecho tutelado por el Estado, la que recibe el nombre de sujeto pasivo.

El Dr. Alfonso Reyes, con respecto al sujeto pasivo de la infracción penal emite el siguiente concepto: “Entiéndase por sujeto pasivo a la persona titular del bien jurídico que legislador protege en el respectivo tipo legal y que resulta afectada por la conducta del sujeto agente.”²⁴

²⁴ REYES, Alfonso, La Responsabilidad Penal, Edit., Universidad Externado de Colombia, 5ra. Edición, Bogotá, 2001, p. 179.

Esta apreciación del concepto de sujeto pasivo de la infracción penal, nos lleva a la conclusión inicial de que pueden ser tales las personas naturales como las jurídicas, y que resulta indiferente la estimación de particulares condiciones como la edad, sexo, desarrollo psíquico y físico, pero como anotaremos estas circunstancias inciden cuando se trata de determinados tipos penales como por ejemplo en la violación, en que nace una “*praesuntio iuris et de iure*” –sin la posibilidad de prueba en contrario- cuando la víctima tiene menos de doce años de edad; el sexo de la víctima es asimismo determinante, en ciertos delitos, como por ejemplo el estupro, pues en nuestra legislación, solo la mujer puede ser víctima de estupro.

En determinados delitos resulta ser sujeto pasivo el propio Estado, así en aquellos delitos que se vulnera la confiabilidad estatal en el desempeño de cargos públicos y se abusa de los mismos, como en los tipos de concusión, cohecho, peculado, etc., o en delitos contra la administración de justicia.

En ciertos casos aparecen confundidas la situación de sujeto pasivo y de ofendido, en tanto que en otros van a ser personas diferentes, como en el caso del homicidio. En las enseñanzas que vierte el eminente jurista Jorge Zavala Baquerizo en su obra “Tratado de Derecho Procesal Penal”, hace una diferenciación entre el ofendido y el agraviado, reservando la primera consideración para el titular del bien jurídico, y la segunda para la persona en cuyo poder se encuentra la cosa al momento de ser objeto de un delito, como

en el caso del robo, en que podría ser un tercero el titular del derecho de propiedad y efectuarse la sustracción, encontrándose la cosa en poder de otro que la tiene en posesión.

Sujeto pasivo, en nuestro ordenamiento penal, necesariamente es el sujeto titular del bien jurídico afectado. En dicho caso el sujeto pasivo, es necesariamente el ofendido, que en el caso de los delitos contra la propiedad, es precisamente el titular del derecho de dominio del bien que ha sido objeto del acto ilícito, no obstante, podría también sufrir menoscabo en su derecho de posesionario, al ser despojado del bien, quien hace posesión en él sin tener precisamente el derecho de dominio.

1.4. OBJETO DEL DELITO.

El objeto del delito es muy importante, no solamente en la teoría del mismo, sino para la existencia y vida del mismo, incluyendo su comisión o realización. Esto es, el objeto jurídico del delito, es el bien protegido por el derecho y que precisamente por esa razón, se denomina bien jurídico, es decir el quid de la norma, con la amenaza de la sanción, trata de proteger contra posibles agresiones.

A mayor abundamiento, el objeto del delito es sobre lo que debe recaer la acción del agente según la descripción legal respectiva y, por otra, el bien tutelado por las particulares normas penales y ofendido por el delito. De tal enunciación aparecen dos conceptos completamente diferentes, el de objeto material y el de objeto

jurídico del delito, que solo coinciden cuando la ofensa de un bien tutelado por el derecho penal consiste en la modificación de aquello sobre lo cual precisamente se verifica el resultado.

Por lo que hace, el objeto material del delito, éste puede ser la formulación que antecede al que la descripción legal respectiva tiene por tal de donde se infiere que no constituye objeto material, en sentido jurídico, las cosas materiales con que se cometió el delito, o constituyen su producto, o son huellas de su perpetración, pues ellas conciernen al episodio delictivo concreto y no a su abstracta previsión legal.

El objeto material del delito puede ser tanto una persona como una cosa. El estado protege determinados bienes porque ello es necesario para asegurar las condiciones de la vida en común: no protege el interés en la observancia de los preceptos legales; es decir, se protege, por la norma penal, el derecho del particular, ya que no puede considerarse lógicamente que la norma Jurídica, o sea el objeto de la protección, pues la norma no puede proteger el interés en la protección, o sea, en definitiva, no puede protegerse así misma.

Por lo que hace al objeto jurídico del delito, se conviene en que éste es el bien jurídico penalmente protegido que el delito ofende. Un bien jurídico puede ser tanto una persona, como una cosa, como una relación entre personas y una entre personas y cosas; entre estos bienes hay algunos que, por ser vitales para la colectividad y el individuo, reciben protección jurídica por su significación social y a los cuales el derecho acuerda su especial tutela erigiendo en tipos delictivos

algunas formas especialmente criminosas de atentar contra ellos, por tanto, como objetos de interés jurídico vienen a constituir el objeto jurídico que se halla tras cada delito.

La idea del bien jurídico es una de las ideas fundamentales, una de las piedras angulares del Derecho Penal. Ella nos muestra, no solo el objeto de la tutela penal, sino también la verdadera esencia del delito. Si formalmente el delito es violación de una norma jurídica, de índole penal, sustancialmente consiste en la ofensa al bien que esa norma trata de proteger. Dicha ofensa constituye el contenido sustancial del delito y en ella se compendia el denominado daño penal.

En fin, por bien jurídico en el campo del Derecho Penal hay que entender, no ya una realidad natural, social o económica, protegida por el derecho, sino el aspecto central de la finalidad de la proposición normativa, que expresa la razón de ser de la disposición incluida en el sistema de los valores jurídicos, pone atinadamente de relieve que la individualización del bien protegido es el resultado de la interpretación y, como tal, no puede ayudar a esta. Agréguese que no se puede admitir que se fije con un acto de fe la protección de determinado bien jurídico como finalidad de la norma, procediendo después con el método deductivo a individualizar su contenido, sin negar el fundamento mismo de la actividad interpretativa. Esta debe estar, por el contrario, encaminada, con el correcto empleo de todos los instrumentos exegéticos, a indagar la razón de la disposición, es decir, la exigencia social que la ha determinado, en relación con la realidad que ella presupone en el ámbito de la comunidad en que debe tener vigencia.

En conclusión, el delito será la acción u omisión ilícita y culpable expresamente descrita por la ley bajo la amenaza de una pena o sanción criminal. Por tanto, el solo pensamiento de cometer una acción no constituye delito alguno, ya que para la existencia de éste se requiere de una acción u omisión en el mundo físico. Desde luego, esa acción se traduce en un hacer (acción propiamente dicha) o en un no hacer (omisión), que produzcan un resultado en el mundo físico, es decir, consista en una acción u omisión previstas en la ley penal.

Al decir que la acción u omisión deben ser típicas, es que esa conducta debe encuadrarse en la descripción que de ella hace la ley penal; además de la tipicidad, se requiere la antijuridicidad de la misma conducta, es decir, que la conducta sea contraria al derecho, ya que no existe alguna causa legal que justifique la realización de esa conducta, no obstante que la misma sea típica. Por último, además de la tipicidad y antijuridicidad de la acción u omisión, para que constituya delito, esa conducta debe ser culpable, debe poder reprocharse personalmente a quien la haya realizado; es la actuación del sujeto.

De todo lo anterior, aparece, pues, que la culpabilidad presupone la antijuridicidad del hecho y que ésta, a su vez, implica la tipicidad del mismo. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son los caracteres ineludibles de todo delito. Lo que, ahora, nos lleva a analizar la forma de realizarse el delito, es decir, la acción u omisión, como conducta del hombre para la materialización del delito, por medio del siguiente punto, conforme a la clasificación del delito.

1.5. LOS TIPOS DE DELITO.

El delito es un hecho jurídico, es decir, es un hecho que tiene importancia jurídica, por cuanto el derecho le atribuye consecuencias jurídicas, el nacimiento de derechos para el agraviado y para el Estado, como el persecutor de los delitos, y pérdida de derechos para el delincuente.

Como el delito es un hecho jurídico voluntario, supone que él es ante todo un hecho humano y no un hecho natural. Es una acción, un obrar con efectos comprobables en el mundo exterior, y no una simple declaración de voluntad; y es, además, una acción voluntaria y consciente, y por tanto imputable, es decir, referible al sujeto activo como suya. Lo que da lugar a la clasificación de los tipos de delito que hace a continuación:

- 1.- Delitos de acción y de omisión, conforme a la conducta que desarrolla el sujeto activo para realizarlo.
2. Delitos de sólo de conducta y de resultado, en cuanto a la consecuencia que produce el delito.
3. Delitos de daño y de peligro, atendiendo al tipo de resultado que produce el delito.
4. Delitos instantáneos y permanentes, por la continuidad de la conducta que requiere para su existencia.

Son delitos de acción aquellos que se cometen por medio de una conducta positiva, es decir un hacer. Los delitos por omisión se ejecutan por medio de un comportamiento negativo, un no hacer determinada obligación o no ejecutar una acción. Además, existen delitos que, por su índole estructural, exigen para su existencia la incidencia de una acción y luego una omisión, o viceversa.

Los delitos que no necesitan resultado material, ya que la sola conducta del sujeto los realiza, son los que se perfeccionan con el cumplimiento de determinada acción u omisión, cuya consecuencia es la no-observación de una obligación o de un deber, pero cuyo resultado no se manifiesta en el mundo físico con un hecho, de momento, perceptible. En tanto, que los delitos de resultado son los que para su consumación exigen, además, de la conducta del sujeto activo que se produzca determinado efecto, distinto de la omisión o de la acción; el resultado en estos delitos se observa físicamente en el mundo real. Los delitos se clasifican de esta manera, por que se atiende a la estructura exterior de ellos.

Los delitos de daño requieren para su perfeccionamiento jurídico que el bien tutelado, jurídicamente protegido, sea destruido o disminuido; en tanto en los delitos de peligro, basta que el bien jurídico sea amenazado al realizarse la conducta criminosa, acción u omisión, con la causación de un daño o peligro inminente, determinado y grave.

Son delitos instantáneos, aquellos que con la sola realización de la conducta, acción u omisión, por el sujeto activo quedan realizados o tipificados, sin que se

requiera acción posterior para su continuidad o vigencia. Los delitos permanentes, son los que se caracterizan porque el hecho que los constituye o realiza da lugar a una situación dañosa o de peligro, que se prolonga en el tiempo a causa de la continuidad del comportamiento del sujeto. Para la existencia de estos delitos, es necesario que el estado dañoso o de peligro, provenga de la conducta del sujeto activo de manera continua, es decir, que no se agote en un solo instante, sino que prosiga durante determinado tiempo; y que la prórroga de la situación antijurídica se deba a la exclusiva conducta voluntaria del sujeto, que prosigue con ella ininterrumpidamente después de la realización del hecho que constituye el delito.

En este mismo orden de ideas, atendiendo a la duración de las consecuencias del delito, éstas son permanentes; es decir, hay delitos instantáneos y delitos permanentes, en cuanto a los actos de su realización con efectos permanentes, cuya característica es la duración de las consecuencias del delito.

Ahora bien, dentro de las especies del delito, que por ser varias, conforme a los fines que se persigan para su tipificación, o conforme al bien jurídico que tutela la ley, entre otros aspectos, como la que se ha realizado al principio de este acápite, tenemos ahora:

Conforme a su gravedad, tenemos delitos y faltas (contravenciones); habrá delito siempre que se realice la conducta prevista y sancionada por la ley penal o en alguna otra ley especial, en tanto que la falta, no obstante ser una conducta contraria a la ley y sancionada por esta misma, la sanción la aplica una autoridad

u órgano (administrativo) diferente al Poder Judicial o Tribunal, generalmente una autoridad de índole administrativa, como ocurre en nuestro país con las autoridades de policía, esto es intendentes, comisarios y tenientes políticos.

Según la intención con que se comete o realiza la acción que da origen al delito, tenemos delitos con intención o dolosos, culposos o contra la intención y los que son cometidos más allá de la intención o preterintencionales.

Si se ha deseado realizar la acción u omisión para la comisión del delito y previsto el resultado del mismo, se está ante un delito doloso, es decir, existe el designio dañoso de parte del agente, que deliberadamente decide realizar los actos u omisiones necesarios para la materialización de la conducta punible. En tanto, que sí se deseaba realizar la acción u omisión, pero no el resultado del delito, se trata de un delito culposo, siendo en este caso la conducta punible producto de la negligencia o falta de cuidado del agente. Y cuando se ha deseado realizar la acción u omisión y no el resultado como consecuencia, en su integridad, sino un efecto menos grave, se trata de un delito preterintencional.

Los delitos tipo, o también simples o netos, son los que se presentan en su puro modelo legal, sin más características que sus elementos esenciales; y los delitos circunstanciados son los que además de contar con los elementos esenciales, se presentan acompañados de circunstancias o accidentes en sus elementos.

Por su efecto, los delitos se consideran simples y complejos, formales y materiales, de lesión y de peligro. Son simples, o unisubsistentes, en el que coincide el momento ejecutivo y el momento consumativo, se realizan ambos en un sólo acto o momento. Los complejos o plurisubsistentes, son aquellos cuya acción ejecutiva consta de varios actos en que puede integrarse. El delito material es el que se consuma al momento de verificarse el resultado material de éste; en tanto que el delito formal se perfecciona con una simple acción u omisión, haciendo abstracción de la verificación del resultado. Los delitos de lesión o daño y de peligro, ya han sido tratados en párrafos precedentes.

Según el objeto o fin que persiguen, la perturbación, daño, disminución o destrucción del bien jurídicamente protegido, son delitos contra la cosa pública o el Estado mismo o sus Instituciones y delitos contra las personas privadas, delitos políticos y no políticos.

Según los sujetos que los realizan, los delitos individuales y colectivos, comunes y especiales según la ley que los contenga; y ocasionales y habituales según la constancia con que delinque el sujeto que los realiza.

Según los requisitos para la procedibilidad o persecución de los delitos, conforme al bien jurídico protegido que afectan, de acuerdo a la naturaleza del daño afectación del bien, los delitos son de acción pública (denuncia) o de acción privada (querrela).

1.6. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA COMISIÓN DEL DELITO.

La Real Academia de la Lengua Española, atribuye a la palabra CIRCUNSTANCIA el siguiente significado: “Accidente de tiempo, lugar, modo, etc., que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho.”²⁵

Entonces, el término circunstancia, en sentido general, se refiere al hecho, accidente o manifestación, que está unido a la sustancia misma de un acto o hecho.

El Dr. Guillermo Cabanellas, luego de citar como premisa la definición de la Real Academia de la Lengua Española, presenta algunas acepciones jurídicas del término “circunstancia” de la siguiente manera: “Modalidad de tiempo, lugar, condición, estado, edad, parentesco, salud y demás particularidades que acompañan a un acto jurídico y le dan fisonomía especial. En Derecho Penal, peculiaridad de realización u omisión que agrava, atenúa o exime con respecto a la penalidad. En Derecho Procesal, accidente que concurre y sirve para solicitar la condena o absolución. El libre arbitrio del juzgador lo toma en cuenta o lo deja de lado para el fallo.”²⁶

Nos interesa especialmente la definición de Cabanellas, en cuanto a la circunstancia en Derecho Penal, donde se la reconoce como una condición

²⁵ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO CASTELL, Obra Citada, Tomo 2, pág. 461.

²⁶ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II, Edit. Heliasta, Argentina, 2001, pág. 145.

específica que le da cierta particularidad a la realización de la acción o al ocurrimiento de la omisión que es catalogada por la ley penal como delito, y que en ciertos casos, puede agravar, atenuar o eximir la penalidad que le corresponda al sujeto responsable del acto u omisión punible.

En términos generales la doctrina penal hace alusión a las circunstancias calificantes del delito, en relación con las cuales el tratadista argentino Raúl Goldstein manifiesta lo siguiente: “Circunstancias enumeradas por la ley penal que aumentan o disminuyen la entidad política de los delitos.

Distintas consideraciones son las determinadas, en cada caso concreto, de la existencia de calificantes por agravación o por atenuación.”²⁷

Frente a esta definición el tratadista Carrara, orienta el criterio en el sentido que se entendía que toda la teoría de estas circunstancias se reduce a dos elementos: el daño inmediato y el daño mediato, es decir, que los factores que sirven como piedra de toque son la importancia del bien que el delito ha arrebatado y la alarma social generada por él, la posibilidad de su difusión, el sentimiento de inseguridad, la disminución de la defensa privada. El grado mayor o menor de peligrosidad que revela la comisión del delito, en ciertas circunstancias o en determinados momentos no es tomado en cuenta por el legislador. Estas calificantes pueden constituir circunstancias agravantes o circunstancias atenuantes.

²⁷ GOLDSTEIN, Raúl. Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Obra. Citada, pág. 95.

El mismo tratadista añade lo siguiente: “El agregado de una circunstancia agravante determina la existencia de una figura calificada de ella, la circunstancia agravante es un elemento constitutivo, pero la prueba de su inexistencia deja subsistente la figura simple, el tipo delictivo del que se partió: el homicidio con alevosía subsiste como homicidio simple si no se prueba la alevosía.

El agregado de una circunstancia atenuante crea la figura privilegiada.”²⁸

En relación con el mismo asunto, debemos comentar que el Código Penal italiano divide las circunstancias calificantes en objetivas y subjetivas. Considerándose como objetivas a todas aquellas que conciernen a la naturaleza, especie, medios, objeto, tiempo, lugar, cualquier modalidad de la acción, a la gravedad del daño o peligro o a las condiciones o cualidades de la víctima, por ejemplo, el sabotaje de vehículos de transporte masivo, el hurto con ocasión de desastre o incendio, el robo en despoblado o en banda.

Las circunstancias subjetivas son aquellas que conciernen a la intensidad del dolo, a las condiciones o cualidades personales del delincuente, o a las relaciones que lo vinculan con la víctima.

Es posible de que ocurra el caso de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes en una misma acción delictiva. Rocco indica para tal supuesta

²⁸ Idem.

las reglas siguientes: “el juez puede compensarlas y no aplicar, en consecuencia, ni una ni otra; puede considerar la prevalencia de las agravantes sobre las atenuantes y aumentar el monto de la pena y puede, por fin, hacer prevalecer las atenuantes sobre las agravantes y disminuir la pena.”²⁹

Además de la clasificación ya anotada de las circunstancias que rodean al acto humano que responde a una tipicidad legal de infracción penal, la doctrina identifica también otra clasificación que habla de circunstancias genéricas y circunstancias específicas.

A las circunstancias genéricas se las cataloga como aquellas comunes a cualquier delito, que algunos códigos penales las contemplan en la parte general; en cambio, a las específicas se las identifican como aquellas previstas de manera especial para la calificación de una figura delictiva única. Tal es el caso por ejemplo de las circunstancias genéricas de la infracción que en su primera parte determina el Código Penal ecuatoriano, y que son comunes a todas las infracciones en él tipificadas; cuestión que no ocurre con las circunstancias contempladas en el Art. 450 del Código Penal, que en caso de manifestarse permiten advertir la existencia del delito de asesinato.

Vale comentar que algunas legislaciones no contienen una enumeración de circunstancias calificantes genéricas o comunes a todos los delitos descritos

²⁹ ROCCO, Autor citado por GOLDSTEIN, Raúl. Obra Citada, pág. 95.

en su parte especial sino que señalan una serie de circunstancias de mayor o menor peligrosidad, que atañen al delincuente, no al delito, y que el juez debe tener en cuenta en todos los casos antes de dictar sentencia.

Sin embargo, para efecto de este estudio, nos interesa fundamentalmente analizar lo concerniente a las condiciones objetivas de punibilidad, que no son otra cosa que ciertas circunstancias especiales que no forman parte de la acción del agente, sino que su existencia es parte indispensable de la infracción típica de la infracción.

El penalista Alfredo Etcheberry, en relación con las condiciones objetivas de punibilidad expone la siguiente referencia: “Los autores alemanes dan este nombre a ciertos eventos ajenos a la acción misma, pero cuya concurrencia es indispensable para que pueda entrar a aplicarse pena. Este concepto no debe extenderse exageradamente, pues podría pensarse que son *condiciones objetivas*, ajenas a la acción, circunstancias que ciertamente integran la descripción típica (*estar casado, en la bigamia; ser empleado público, en la malversación; la existencia del feto, en el aborto, etc.*). Hay autores como FONTAN BALESTRA que niegan la autonomía de estas condiciones y las consideran simplemente como parte del tipo.”³⁰

³⁰ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal, Tomo II, 9na. Edición, Editora Nacional Gabriela Mistral, Chile, 2001, pág. 10.

Es claro, que las llamadas en doctrina condiciones objetivas de punibilidad, son ciertas circunstancias específicas anteriores al hecho delictivo, pero que necesariamente deben concurrir al momento de realizarse aquél, pues en caso contrario no existe delito, por lo menos el tipo calificado que requiere indispensablemente de tal circunstancia, pues es claro que es imposible la existencia del peculado sin la concurrencia del funcionario público, así como la existencia del aborto sin que exista el feto.

Etcheberry, con respecto a las condiciones objetivas de punibilidad agrega: “Lo que caracteriza a las condiciones objetivas de punibilidad es el hecho de tratarse de circunstancias que no forman parte de la acción del agente, ni son de las que se supone indispensables para la plena configuración del hecho, sino que su concurrencia aparece como eventual, pero necesaria para castigar la conducta. Consecuencias de estas características son: que la culpabilidad del agente no necesita cubrir las condiciones objetivas de punibilidad. Y que, por otra parte, si ellas no concurren, no puede imponerse pena alguna, ni aún a título de delito imperfecto.”³¹ (El subrayado nos corresponde).

Obviamente, que lo manifestado por Etcheberry, es relativo a la infracción de que se trate, pues si bien es cierto, en algunos casos la no existencia de condiciones objetivas de punibilidad, por la falta de esa circunstancia específica que requieren ciertos tipos penales con respecto al sujeto activo, no determinaría tampoco la inexistencia absoluta de delito, tal sería por ejemplo

³¹ ETCHEBERRY, Alfredo. Obra Citada, pág. 11.

el caso del peculado, en donde el abuso o apropiación de fondos públicos, para constituir tal tipo penal necesariamente requiere que el agente tenga la calidad de funcionario público; sin embargo, esto no significa que si el agente no tiene la calidad de funcionario público, el hecho deja de ser punible, pues es posible la aplicación de otras figuras delictivas, como sería por ejemplo el hurto o robo agravado, según las circunstancias específicas que hayan rodeado al hecho infractor. Pero también, es aceptable la exposición de Etcheberry, cuando se trata de delitos en que de manera absolutamente indispensable se requiere cierta condición objetiva de punibilidad para que exista el delito, tal es por ejemplo el caso de la existencia previa del feto para que pueda existir el delito de aborto, circunstancia ésta que de no concurrir, torna realmente imposible la existencia del delito y consecuentemente anula la posibilidad de punición. Eventualmente podría surgir la figura del delito imposible, como sería el caso de la mujer que sin estarlo cree firmemente que está embarazada, y está convencida por tanto de la existencia del feto en su vientre, y con la finalidad de eliminarlo y provocar su expulsión, ingiere las sustancias abortivas que efectivamente son aptas para causar la muerte del producto del embarazo y provocar su expulsión, pero en este caso, no se puede hablar de la existencia de condiciones objetivas de punibilidad del delito de aborto, sino del delito imposible, que ha generado acalorados debates entre los penalistas, y que no lo analizó en términos amplios por no ser objeto de estudio en la presente investigación.

Nos parece también muy importante en la fundamentación del marco teórico que vengo desarrollando, determinar la clasificación que contempla la doctrina en cuanto a la manifestación de las circunstancias agravantes que pueden identificarse entre los copartícipes de un delito. En este caso se habla de circunstancias de orden personal y de circunstancias materiales o fácticas. Aunque autores como Alfredo Etcheberry, aceptan también la existencia de circunstancias agravantes que siendo de tipo personal pueden ser también materiales o fácticas, hablando de una tercera clasificación que serían las circunstancias mixtas.

El Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, refiriéndose a las circunstancias personales dice que aquellas consisten en “Las condiciones o cualidades que se requieren en un agente para adecuar su conducta en la hipótesis prevista como delictiva por el legislador, como aquellas que se refieren a la calidad de funcionario o empleado público en la comisión del delito de peculado.”³²

Es decir, las circunstancias agravantes de tipo personal son aquellas que atañen y que dependen exclusivamente del agente, equivaliendo obviamente a las condiciones objetivas de punibilidad, que como requisito base para catalogarlas se requiere de su preexistencia con respecto al acto infractor.

³² ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. Manual de Derecho Penal, 2da. Edición, Edit. Edino, Guayaquil, 1998, pág. 169.

El mismo autor, anota el concepto de las circunstancias materiales o fácticas en los siguientes términos: “Son circunstancias materiales o fácticas aquellas que hacen referencia al tiempo, modo o lugar en que se comete un delito, las mismas que se comunican entre los partícipes, sea entre coautores o entre autores y cómplices, siempre que fueren conocidas, como podría ser la situación del cómplice en el delito de robo agravado por lesiones a la víctima. El cómplice responde por el robo agravado en la medida de su participación – complicidad primaria o secundaria- porque las lesiones son fácilmente previsibles.”³³

Entonces, las circunstancias materiales son aquellas estrictamente referidas a los hechos que modifican o caracterizan al acto humano que constituye la infracción, y que por ende son susceptibles de comunicabilidad entre los copartícipes de un delito siempre que se involucren en ella, por ejemplo la circunstancia de nocturnidad y alevosía como circunstancias materiales inherentes al asesinato, que se podrían manifestar en el caso del sujeto que presta las acciones auxiliares para el cometimiento del delito, a sabiendas del carácter violento e irrefrenable del sujeto activo principal (que con seguridad daría lugar a la alevosía) y ser perfectamente previsibles las condiciones temporoespaciales (como podría ser la nocturnidad y el despoblado). En este caso sin duda, es viable la comunicabilidad de las circunstancias en que se cometió el delito, al sujeto que actuó como cómplice de la infracción al prestar su vehículo, sus armas u otro tipo de ayuda para que se cometa el asesinato,

³³ Idem.

pues las circunstancias materiales de la infracción eran perfectamente previsibles, y la conducta del delincuente auxiliar, sin duda dio lugar a la perpetración de la infracción en las circunstancias señaladas.

En cuanto a las circunstancias personales que pueden rodear a un hecho delictivo, la doctrina reconoce a las siguientes:

- a) **Premeditación.-** Es la primera circunstancia de tipo personal, pues el sujeto delincuente elabora la intencionalidad en la estructura interna de su ser, donde aún no es un acto externo, objeto de punición, planifica detalladamente el acto delictivo, y luego materializa la infracción realizando los actos preparatorios que lo conduzcan al delito fin oportunamente premeditado. La premeditación obviamente es una facultad humana estrictamente individual y por tanto no sería aceptable la aplicación del principio de comunicabilidad sobre ella.

- b) **Prevalerse del carácter de funcionario público del culpable.-** Esta circunstancia agravante personal se refiere al aprovechamiento de la calidad de empleado público del agente para facilitar o asegurar los efectos de la infracción. Obviamente no obra en tal sentido en los delitos en que necesariamente se requiere la calidad de funcionario público del agente. Esta circunstancia no puede ser comunicable, pues la calidad de empleado público, es una circunstancia preexistente que solamente atañe a quien le corresponde de manera muy personal.

c) **Cometer el delito con abuso de confianza.**- La confianza es una sensación, sentimiento o percepción que recae exclusivamente sobre una persona con la cual se está ligado por ciertos lazos, relaciones afectivas o familiares, de negocios, mandantes y mandatarios, jefe y dependientes, etc. La confianza, recae exclusivamente sobre un sujeto, aunque pudiera ocurrir el caso, que se coaligan para el cometimiento de un acto infractor algunas sujetos de confianza de la víctima, pero en cuyo caso la circunstancia tampoco se comunica, pues el lazo de confianza no es con respecto al conjunto sino a cada uno de ellos. Es también perfectamente posible de ocurrir que la confianza depositada sobre un sujeto, sea aprovechada por otro que no la posee, para instigar a aquél a delinquir, en conjunto, incitando la deliberación de este, sin que tampoco pueda ser posible la comunicabilidad de la circunstancia del abuso de confianza, que corresponde exclusivamente al primero.

d) **Reincidencia.**- Esta circunstancia agravante personal, tampoco es susceptible de comunicabilidad, pues recae únicamente sobre el sujeto para el cual existe. Así, si Pedro es reincidente por haber recibido con anterioridad sentencia penal condenatoria, por el mismo delito, o por otro distinto, no puede aplicársele dicha agravante a Juan, por haber delinquido actualmente en asociación con aquel, pues dicha circunstancia recae exclusivamente como agravante de la responsabilidad penal de Pedro.

Las circunstancias materiales son por excelencia comunicables, pues su naturaleza las convierten en susceptibles de ser conocidas e incluso compartidas por quienes se coaligan para cometer un determinado acto delincuencial.

1.7. LAS CONSECUENCIAS DEL DELITO.

En este punto corresponde referirnos a las consecuencias legales de la comisión del delito, desde dos aspectos: el legal de la comisión del delito en sí mismo y las que son propias del sujeto activo del delito, además de las que repercuten en el mundo físico por la comisión del delito, como un hecho que puede apreciarse por medio de los sentidos.

Desde el punto de vista del suceso en el mundo físico, la comisión del delito sucede con la realización de un hecho físico, que puede apreciarse fácilmente, como en el caso del delito de homicidio o de lesiones, no así cuando el delito es de mera conducta, caso en el cual sólo pueden apreciarse las consecuencias del delito ligadas a otro hecho físico, como el caso de las calumnias, donde el desprestigio del sujeto pasivo, en caso de darse, depende de la apreciación subjetiva del sujeto pasivo y de la sociedad.

En este caso, es que la consecuencia del delito será aparte de la que prevé la misma ley penal, pues si bien es cierto que se castiga el hecho, desde el punto de vista jurídico, el suceso en el mundo físico no puede remediarse sólo con una

disposición legal. Tal es el caso de los delitos de homicidio o de lesiones, a manera de ejemplo, en los que no obstante se castigue al causante del daño en los bienes jurídicos que protege la ley, como la vida humana en el caso del homicidio, o la integridad del cuerpo y la salud del individuo en el delito de lesiones, no puede darse o reintegrarse el suceso a su estado anterior, pues la vida perdida ya no se recupera, y cuando las lesiones dejan secuela por imposibilidad de recuperar los miembros lesionados, la consecuencia del delito en el mundo físico es irreparable.

El hecho que sucede en el mundo físico que da origen al delito, adquiere el carácter de jurídico, por tener consecuencias en el mundo jurídico o del derecho penal, ya que con ese hecho físico se actualiza la hipótesis normativa prevista en la ley penal, con lo cual se convierte en jurídico, con las consecuencias que ya se han apuntado al realizarse el delito.

En conclusión, las consecuencias del delito en el mundo físico, dependerán del tipo de delitos que se cometa, es decir de resultado o de mera conducta, en los que la apreciación de las consecuencias variarán; pero siempre habrá consecuencias en éste, como ya fue apuntado.

Ahora, por lo que respecta a las circunstancias de comisión del delito, son las propias que rodean al hecho delictivo, los que constituyen los elementos del mismo, tales como el cuerpo del delito, la conducta típica, antijurídica y culpable, así como la presunta responsabilidad del sujeto activo en el ilícito. Son propiamente las circunstancias que rodean la comisión del delito.

La comisión del delito no es únicamente el suceso previsto en la ley penal, con la afectación del bien jurídico protegido, sino que éste está rodeado de varias circunstancias, tales como la elección de los medios adecuados para lesionar ese bien, que la conducta a desarrollar no tenga alguna excluyente de responsabilidad o inimputabilidad, que no incidan en el sujeto activo; además de que real y efectivamente se obtenga el daño deseado del bien jurídico. Ya que en caso contrario, podemos estar frente a una conducta que no obstante pretender sea delictuosa no constituya delito por la ausencia de éste, como fin.

Lo anterior es entendible, ya que si se pretende causar la muerte a un individuo, estaremos ante el delito de homicidio, pero para ello se requiere que el sujeto a quien se desea privar de la vida, tenga ésta precisamente, vida, pues no se puede matar a un muerto, debe de poseer el bien jurídico protegido por la ley penal, para que pueda darse el resultado previsto, la privación de la vida; de igual manera, que el medio a utilizar o emplear para la comisión del delito sea el idóneo, pues no se puede matar a un individuo con solo desearlo, ya que tiene que emplearse algún medio u objeto apropiado para ello, en este caso el objeto con el que se ejecutará el delito tiene importancia. Y, por último, que efectivamente se realice la conducta que produzca como resulta el delito, es decir, se realice la acción de privar de la vida al individuo, es la realización material del delito.

De no darse las tres circunstancias anteriores, no existirá el delito, ya que no se producirá el resultado previsto en la ley penal, ya sea por la falta de la realización

de la conducta adecuada, por la falta del objeto jurídico protegido o por la falta de los medios adecuados a tal fin. En este caso, estaremos ante la tentativa de la comisión de un delito, el de homicidio conforme al ejemplo, o ante un delito imposible, ya que no se dan los elementos del mismo previstos en la ley penal.

Ahora respecto del delito imposible, este se da por la falta o la inexistencia del bien jurídico protegido por la ley penal, en el caso del delito de homicidio la falta de vida en el individuo, de cuya vida se desea privar; ya que no obstante que el sujeto muera, puede ser que al momento de pretender privarlo de la vida ya esté muerto, o la causa de la muerte sea una diferente a la que se hubiere empleado para cometer el delito de homicidio.

Por lo que respecta a las circunstancias propias del sujeto activo del delito, estas se refieren al motivo, causa o conducta que desarrolle el sujeto para la comisión del delito; es decir, el deseo o ánimo de cometer efectiva y realmente el delito, o solamente de pretender amenazar con cometerlo y, en último caso, cometerlo pretendiendo haberlo realizado sin ánimo alguno de hacerlo.

A partir de estos supuestos es que cobra validez la clasificación de los delitos conforme a la conducta desplegada para su comisión; delitos dolosos, culposos y preterintencionales. Resultando dolosos, aquellos en los que se realizó la conducta conveniente, utilizando los medios idóneos, para obtener el resultado deseado, la comisión del delito ya previsto. Lo que no sucede en los delitos culposos, en los que se presenta el resultado, el delito, sin que se haya deseado cometerlo; pero

que, sin embargo, debido a la conducta negligente que observa el sujeto se da el resultado que prevé la norma penal como delito.

1.8. TEORÍA DEL DELITO.

La Teoría General del Delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito. Hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos delictivos unos de otros; un asesinato es otra cosa que una estafa o un hurto; cada uno de estos delitos presenta peculiaridades distintas y tiene asignadas, en principio, penas de distinta gravedad. Sin embargo, tanto el asesinato, como el hurto o la estafa tienen características que son comunes a todos los delitos y que constituyen la esencia del concepto general del delito. El estudio de estas características comunes corresponde a la teoría general del delito, es decir, a la parte general del derecho penal.³⁴

Conducta.- La conducta es el pilar fundamental y la base del delito; dato natural del que podemos predicar en determinadas circunstancias y condiciones su tipicidad (adecuación a un tipo penal), antijuridicidad (contrariedad con el ordenamiento jurídico) y culpabilidad (juicio de reproche por la posibilidad de actuar conforme a derecho); características normativas o

³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría general del delito, Segunda Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá – Colombia, 2005, pág. 1.

valorativas que afirmadas con relación a una conducta determinada permiten calificar a la misma como "delito".

Desde un punto de vista realista, la conducta consiste en un hacer voluntario final, concepto del que queda excluida la omisión (el no hacer) que sólo tendrá relevancia jurídico penal a partir del análisis de la característica denominada "tipicidad". En puridad de conceptos hablar de hacer voluntario y final es un pleonismo puesto que todo hacer por el sólo hecho de ser voluntario ya es final y, a la inversa, la finalidad forma parte inseparable de la voluntariedad de la conducta. No existe un hacer voluntario que no tenga una determinada y concreta finalidad.

Todos los tipos penales de la parte especial de nuestro Código Penal están necesariamente referidos a un autor ("el qué...", "quiénes....", los "que...", etc.) y, por lo tanto, a una conducta determinada que se encuentra literalmente mencionada mediante un verbo típico (matar, apoderarse, etc). Por lo tanto, el aspecto relevante en el análisis práctico de la solución de casos o problemas consistirá en la falta o ausencia de conducta en todos aquellos supuestos en los que el ente materia de nuestro examen no presente todos los elementos objetivos y subjetivos que son necesarios para afirmar la existencia de una conducta.

Excluida la conducta no tiene sentido entrar al análisis de los restantes caracteres del delito puesto que nos habremos quedado sin la base o sustrato estructural de la dogmática jurídico penal.

El sustento legal para excluir la responsabilidad penal en los casos de ausencia de conducta lo encontramos en el art. 42 del Código Penal³⁵, que regula la autoría, teniendo en cuenta que sin conducta no hay autor y que el calificativo de autor precisamente corresponde a quien intervino en el mundo exterior mediante su conducta, y en el correspondiente tipo de la parte especial que resulte de aplicación para el caso en análisis, por cuanto todo tipo presupone un autor y todo autor presupone una conducta.

En cuanto a la ausencia de conducta porque no están dados los elementos o aspectos objetivos de la misma (exterioridad), en cuanto fenómeno manifestado en el mundo exterior que produce determinadas consecuencias o efectos, el ejemplo característico lo encontramos en todos aquellos supuestos en los que se pretende responsabilizar penalmente a una persona por fenómenos psicológicos que permanecen en la interioridad de su conciencia, como es el caso de sus ideas, deseos y pensamientos. Para que exista conducta, estas ideas, deseos y pensamientos, necesariamente tienen que manifestarse en el mundo exterior y no quedarse recluidos en la interioridad del sujeto al que pertenecen. Situación diferente es aquella en la que existe la

³⁵ CODIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Actualizado a marzo de 2010.

manifestación externa de la finalidad pero no corresponde a todos los elementos exigidos por el tipo penal, en cuyo caso sólo estará ausente la tipicidad de la correspondiente conducta.

En cuanto a la ausencia de conducta porque no están dados los elementos o aspectos subjetivos de la misma (finalidad), en cuanto a la programación de fines y medios para alcanzarlos, los ejemplos característicos los encontramos en la fuerza física irresistible o vis absoluta (persona que es empujada por otra contra una vidriera de un comercio, quedando como resultado roto el cristal, para el tipo penal de daño simple), ya sea que provenga del hecho de un tercero o de una fuerza de la naturaleza; los movimientos realizados durante el sueño fisiológico o un estado de inconsciencia por efecto de narcóticos (madre que se duerme al lado de su hijo recién nacido y lo asfixia); movimientos realizados en estado de sonambulismo o de hipnosis (sonámbulo o hipnotizado que da muerte a una persona), aun cuando en estos últimos casos se discute si se trata de una situación de ausencia de conducta o de inimputabilidad (que excluiría la culpabilidad de la conducta).

1.8.1. TIPICIDAD.

La tipicidad consiste en la adecuación de la conducta a un tipo penal. A los efectos de la imposición de una pena, no interesan las conductas antijurídicas y culpables que no sean típicas porque no están contempladas en el catálogo de delitos del Código Penal. Del universo de hechos ilícitos, el

legislador penal, mediante la técnica del tipo legal, selecciona todos aquellos hechos que por la gravedad o la forma de afectación del bien jurídico protegido, considera merecedores de pena. Por esto el Derecho Penal, a diferencia de otras ramas del derecho, es considerado como un sistema cerrado o discontinuo de ilicitudes en el que no cabe la extensión de la responsabilidad penal por medio de la analogía o de otra técnica de interpretación similar que no se ajuste a los contenidos expresamente establecidos en los correspondientes tipos penales.

Jiménez de Asúa, sostiene que la tipicidad "es un concepto muy discutido en el Derecho Penal moderno, entre otras razones porque guarda relación con el Derecho Penal liberal, del cual es garantía, que se vincula con el principio del «*nullum crimen sine praevia lege*». Tomando lo que dice Beling, creador de la teoría, se argumenta que la vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que por dañar la convivencia social se sancionan con una pena, estando definidos por el código o las leyes, para poder castigarlos. Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo, es lo que constituye la tipicidad. Por tanto, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito". Añade que en la tipicidad no hay "tipos de hecho", sino solamente "tipos legales", porque se trata de la conducta del hombre que se subsume en el tipo legal"³⁶

³⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Teoría del Delito, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2003, pág. 69.

La tipicidad hace referencia concreta a la normatividad que determina el carácter de delictiva o no de una conducta que pudiera ser considerada socialmente extraña, es decir se hace estricta referencia a la ley; pero para que exista esta tipicidad, es necesario que paralelamente exista la inspiración de orden doctrinario y jurídico, la antijuricidad de la acción, la contradicción entre la conducta tipificada y la aspiración a preservar los bienes jurídicos comunes que corresponden a un ente social. La conducta típica y antijurídica, indudablemente conlleva la culpabilidad que lo convierte al sujeto en responsable frente al Estado, por los males causados a la sociedad que este protege, a través de la vulneración de las normas legales y de los bienes jurídicos que aquel se ha comprometido a proteger como un deber primigenio y básico, que resulta de vital importancia para el pacto social.

Como no es suficiente el ordenamiento jurídico y para salvaguardar los intereses sociales, formular prevenciones genéricas, se encuentra en la necesidad de concretar en disposiciones penales cuáles son las conductas violatorias de normas jurídicas que merecen una sanción penal, como dice Welzel destacando la importancia del tipo penal a partir de Beling, "el tipo es la materia de la prohibición de las disposiciones penales; es la descripción objetiva, material, de la conducta prohibida".³⁷

³⁷ VARIOS AUTORES, Régimen Penal Ecuatoriano, Corporación MYL, Actualizado a enero de 2010, p. 147.

Pero no toda conducta típica debe ser reputada como antijurídica, por regla general lo es entendiendo a la antijuricidad como la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto, más puede acontecer que esa conducta que realiza el tipo de una norma prohibida (como "no matar"), estará permitida como causa de justificación cuando concurren los requisitos de la legítima defensa.

El tipo penal, entonces, es el dispositivo legal que describe la conducta conminada con pena. Según la finalidad de la conducta existen tipos penales dolosos y culposos; según la forma de individualizar las conductas prohibidas existen tipos penales activos y omisivos; categorías típicas que se combinan dando lugar a tipos penales activos, dolosos y culposos, y tipos penales omisivos, dolosos y culposos. Por otra parte, los tipos penales contienen diferentes elementos entre los que cabe destacar los descriptivos, normativos y subjetivos que se caracterizan por su mayor o menor precisión, mayor o menor complejidad, para identificar la conducta punible.

Básicamente, los tipos activos se caracterizan por describir a la conducta prohibida merecedora de pena (Ej: Homicidio), en cambio los tipos omisivos describen a la conducta debida, resultando prohibida y merecedora de pena toda conducta distinta de la debida (Ej: Denegación de auxilio). Un caso especial es el de la omisión impropia, en el que sin estar expresamente descrita la conducta debida, por la especial posición de garante del autor, su

conducta equivale a una conducta prohibida de un tipo penal activo (Ej: Comisión por omisión).

En cambio, los tipos dolosos se caracterizan por describir a la conducta cuya finalidad coincide con la realización de todos los elementos constitutivos del tipo penal; en este caso, la finalidad en sí misma es el dato determinante de la prohibición; admite diferentes grados según se trate de dolo directo de primer grado (el autor persigue directamente la producción del resultado); dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias (el autor persigue un resultado que conllevará necesariamente la producción de otro); y dolo eventual (el autor no persigue directamente el resultado pero lo acepta en su voluntad al actuar de manera indiferente frente a la lesión del bien jurídico protegido). Los tipos culposos se caracterizan por describir a la conducta cuya finalidad no coincide con la realización de todos los elementos constitutivos del tipo penal, pero cuya forma de ponerla en práctica o llevarla a cabo, viola un deber de cuidado, determinando la producción del resultado típico; la finalidad en sí misma no es el dato determinante de la prohibición, sino la forma o modo de obtenerla.

Para que una conducta sea típica tienen que estar presentes todos y cada uno de los elementos del correspondiente tipo penal, los objetivos y subjetivos. Es suficiente la ausencia de cualquiera de éstos para que esa conducta resulte atípica y, por lo tanto, no constituya delito.

En cuanto a la ausencia de tipicidad de la conducta porque no están dados los elementos objetivos, constitutivos del tipo penal, se pueden presentar diferentes situaciones, entre las que cabe destacar la falta o ausencia de tipo por inidoneidad del objeto, del sujeto activo o del pasivo (Ej: homicidio de un cadáver, prevaricato cometido por un particular, estupro de un hombre), y la ausencia de resultado típico, en cuyo caso, podría quedar un remanente de tipicidad por tentativa, si se trata de un tipo penal doloso. Otro caso importante de atipicidad se presenta en aquellas situaciones en las que no existe un nexo causal adecuado entre la conducta y el resultado, como son los supuestos de aberración por desvío del curso causal, error en el golpe y en el objeto. En ciertos casos, la conducta resulta atípica de un tipo en particular, pero típica de otro que exige menos elementos (Ej: robo con relación al hurto).

En cuanto a la ausencia de tipicidad de la conducta porque no están dados los elementos subjetivos, los casos más importantes son los de incapacidad psicológica para conocer los elementos objetivos del tipo penal (autismo) y de comportarse de acuerdo a este conocimiento y los de error de tipo. Tratándose del error de tipo, si el autor yerra de manera invencible sobre alguno de los elementos constitutivos del tipo penal su conducta no sólo será atípica del correspondiente tipo doloso sino también del equivalente tipo culposo; por el contrario, si yerra de manera vencible, tomando en cuenta sus cualidades personales y demás circunstancias del hecho, su conducta atípica del tipo doloso puede ser calificada como típica del tipo culposo equivalente.

En este contexto es importante distinguir el error de tipo, del error de prohibición; el error de tipo versa sobre los elementos constitutivos del tipo penal, el de prohibición recae sobre la antijuridicidad de la conducta; en el error de tipo el autor no sabe lo que hace, en el de prohibición sabe lo que hace pero no lo considera contrario a derecho. (Ej: el cazador que dispara a un hombre creyendo que apunta su arma a un oso no sabe que se trata de un hombre y, por lo tanto, no tiene la finalidad de matarlo - error de tipo -; en cambio, la víctima de una agresión que dispara su arma contra la persona que considera es la autora del ataque, sabe que se trata de un hombre y quiere dirigir su conducta contra este hombre, pero considera que lo hace legítimamente o de forma no contraria a derecho porque no se da cuenta de que en realidad no es su agresor - error de prohibición).

Problemas especiales de la tipicidad que, por su extensión, importancia y complejidad, justifican un curso complementario de capacitación, son los relativos a la tentativa, participación criminal y concurso de delitos, de cuyo análisis exhaustivo recién se tendrá una idea acabada acerca de la problemática integral de la tipicidad.

1.8.2. ANTIJURIDICIDAD O ANTIJURIDICIDAD.

La antijuridicidad consiste en la contradicción de la conducta típica con el ordenamiento jurídico considerado globalmente. La antijuridicidad no es un concepto específicamente penal, sino que corresponde a la teoría

general del hecho ilícito. Por esta razón, se considera que el Derecho Penal es eminentemente sancionador y secundariamente constitutivo, en este último caso, tratándose del ilícito de la tentativa y de los delitos de peligro.

Por el principio de unidad del ordenamiento jurídico no se puede admitir la existencia de contradicción entre sus diferentes disposiciones, razón por la cual, es suficiente que exista una disposición perteneciente a cualquier rama del Derecho que permita la realización de la conducta típica para que esta resulte justificada y, por lo mismo, exenta de responsabilidad penal.

En el aspecto finalista y material, la antijuridicidad conlleva la afectación del bien jurídico protegido por la conminación penal específica, ya sea en su modalidad de daño o lesión (delitos de resultado) o en la de peligro y perturbación (delitos de peligro y tentativa). El bien jurídico penalmente protegido cumple la función de determinar el sentido y alcance de la prohibición, sin cuya existencia la antijuridicidad devendría en un concepto meramente abstracto y formal, caracterizado únicamente por el incumplimiento del deber o por la imposición del deber por el deber mismo (concepto autoritario del Derecho Penal). El sentido teleológico del bien jurídico cobra su máxima expresión en el Derecho Penal cuando se trata de casos que involucran una colisión de bienes jurídicos protegidos, en los que solamente es posible salvar uno de estos a costa del sacrificio del otro, en cuyo caso resulta primordial determinar cuál es el valor jurídico preponderante para establecer si

la conducta en cuestión resulta conforme a derecho, o solamente inculpable, o, en el peor de los casos, culpable pero con una culpabilidad disminuida.

En cuanto a la ausencia de antijuridicidad de la conducta existen varias causales reguladas en el Código Penal, constituyendo la relativa al ejercicio de un derecho, oficio o cargo, cumplimiento de la ley o de un deber, la de mayor contacto con las restantes ramas del ordenamiento jurídico que, en los casos ocurrentes, obligará a realizar una minuciosa investigación para descubrir su existencia, sentido y alcance (Ej: la influencia del deber de educar a los hijos menores); Otras causales de justificación como la legítima defensa que requiere además de la agresión injusta y actual la necesidad de la defensa y la racionalidad o proporcionalidad del medio empleado para defenderse o el estado de necesidad justificante cuya diferencia con el exculpante o disculpante se basa en la preponderancia del bien jurídico que se salva a costa del que se lesiona (Ej: daño a la propiedad para salvar la vida de un menor amenazada por el incendio de la casa en la que se encuentra).

Como principio general, lo importante para afirmar la existencia de las causales de justificación, consiste en la coincidencia de sus elementos objetivos y subjetivos (en este contexto podemos hablar de un tipo permisivo). Basta que falte cualquiera de estos para que la conducta típica resulte antijurídica. Por ejemplo, si en la legítima defensa no se trata de una verdadera agresión sino de la broma pesada de un amigo (ausencia de elemento objetivo), podrá existir legítima defensa putativa (error de prohibición) que

tenga efecto a nivel de culpabilidad de la conducta, pero la misma no por ello dejará de ser antijurídica. A la inversa, si existe verdadera agresión de un enemigo, pero por las circunstancias de hecho, el autor ignora esta situación y por esto su finalidad no fue la de defensa sino más bien la de ataque contra esta misma persona (ausencia de elemento subjetivo), la conducta típica no estará justificada sino más bien resultará antijurídica.

Otro aspecto importante en este punto consiste en la capacidad psicológica necesaria para reconocer los elementos objetivos de la causa de justificación y para comportarse de acuerdo a esta comprensión; caso contrario los sucesos tendrán una mera significación objetiva, a lo sumo, casual o coincidente, pero no responderán a una verdadera voluntad del autor de conducirse conforme a las prescripciones del derecho.

Según la teoría predominante la conducta típica y antijurídica constituye un injusto penal aún cuando no sea culpable; injusto penal que tiene importantes efectos en materia de participación criminal, por la teoría de la accesoriadad limitada, y en cuanto a las indemnizaciones civiles que correspondan por los daños causados.

1.8.3. CULPABILIDAD

La culpabilidad consiste en el juicio de reproche al autor por su conducta típica y antijurídica sobre la base de que en las circunstancias

concretas en las que se manifestó su conducta le era exigible una conducta distinta conforme a derecho.

El principio de culpabilidad tiene dos manifestaciones: una a nivel de tipicidad, según el cual no existe responsabilidad penal si el resultado no le puede ser imputado al autor del hecho por lo menos a título de culpa, razón por la cual no deberían existir delitos calificados por el resultado; si existen, los correspondientes tipos penales serían inconstitucionales; otra a nivel de culpabilidad, según el cual no existe responsabilidad penal si el derecho no le puede exigir al autor, considerado como hombre medio o normal, tomando en cuenta las condiciones y circunstancias de su conducta, un comportamiento diferente, ajustado a derecho.

La culpabilidad como característica del delito es reprochabilidad:

- i) A quién se reprocha: al autor de una conducta típica y antijurídica,
- ii) Porqué se le reprocha: porque le era exigible un comportamiento adecuado a derecho,
- iii) Sobre qué base se le reprocha: tomando en cuenta elementos objetivos y subjetivos que configuran las circunstancias reales y personales en las que se desarrolló su conducta.

La culpabilidad es un juicio de valor que relieva de manera preponderante la personalidad del autor con relación a las exigencias del derecho. Si bien el

autor y su conducta son elementos imprescindibles del análisis dogmático penal, en el estrato de la culpabilidad cobran mayor énfasis las condiciones y características personales del autor como son las referidas a su imputabilidad o capacidad penal de culpabilidad, que al constituir en muchos casos un estado del autor, no se circunscriben a la concreta conducta realizada, sino que trascienden este contexto espacial y temporal.

En cuanto a la ausencia de culpabilidad del autor de la conducta, resulta importante destacar todas aquellas situaciones en las que por sus condiciones mentales o psicológicas el derecho no puede razonablemente exigirle la comprensión de la antijuridicidad de su conducta o un comportamiento conforme a esta comprensión. En estas circunstancias, una comprensión de la antijuridicidad de su conducta o un comportamiento de acuerdo a esta comprensión significaría por parte del autor un esfuerzo de tal magnitud que pocas personas en sus mismas condiciones serían capaces de realizarlo.

Esta valoración puede variar según el tipo penal que se esté considerando (no es lo mismo el grado de comprensión para un complejo delito económico que para un asesinato) y según el tipo de enfermedad mental e intensidad de la misma que aqueja al autor. Necesariamente tiene que hacerse caso por caso y de acuerdo con las pericias forenses disponibles sobre este particular, tomando en cuenta que lo decisivo no consiste en establecer si el autor, al momento del hecho, padecía o no una enfermedad mental, sino el esfuerzo

que realizó, por esta razón, para comprender la contrariedad a derecho de su conducta o para comportarse de acuerdo a esta comprensión.

Idéntica valoración cuando estamos en presencia de un estado de necesidad disculpante o exculpante, siempre que el bien que se salva no sea desproporcionadamente de menor valor con relación al bien que se lesiona, y con el añadido de lo explicado para el estado de necesidad justificante en cuanto a la existencia de los elementos objetivos, reconocimiento de los mismos y finalidad de actuar en consecuencia con ellos. Lo propio con el error de prohibición, en la medida que sea invencible para que excluya la culpabilidad; caso contrario, solamente tendrá el efecto de disminuirla pero no de anularla, con el consiguiente reflejo en la medición de la pena.

Por último, una vez afirmada la existencia de un delito, por la presencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, todo lo referente a las condiciones legales para la efectiva imposición de una pena, a los tipos o clases de penas y a los criterios para su medición, tratándose de penas flexibles, corresponde al estudio de la teoría de la coerción penal y no a la teoría del delito.

1.9. LA IMPUTABILIDAD DE RESPONSABILIDAD PENAL DESDE LOS DIVERSOS ESQUEMAS DEL DELITO.

Según el maestro español Jiménez de Asúa, la "imputabilidad" se refiere a la "Capacidad para responder; aptitud para serle atribuida a una persona una

acción u omisión que constituye delito o falta. La relación de causalidad moral entre el agente y el hecho punible."³⁸

Para el penalista argentino Dr. Raúl Goldstein la imputabilidad es "Calidad de imputable. Imputar es atribuir, achacar algo a alguien, hacerlo responsable de ello.

Imputarle un delito es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias; pero, para que esa imputación surta efectos legales, el sujeto debe contar con cierta capacidad para poder responder."³⁹

La imputabilidad viene a ser por tanto, la capacidad de ser penalmente responsable, o dicho con la sobriedad con que Liszt la define, "la facultad de obrar normalmente"⁴⁰. La culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres ideas se consideran a menudo equivalentes y las tres palabras sinónimas, equívoco respecto del cual pone en guardia Jiménez de Asúa.

La imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona. La responsabilidad resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable quien tiene capacidad para sufrir las

³⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Lecciones de Derecho Penal, Tomo I, 11ava. Edición, Edit. Oxford, México D.F., 2003, p. 191.

³⁹ GOLDSTEIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 416.

⁴⁰ Ibidem, p. 416.

consecuencias, ser culpable de la comisión de un delito y de él. La culpabilidad es un elemento característico de la infracción de carácter normativo, puesto que no se puede hacer sufrir a un individuo las consecuencias del acto que se le imputa más que a condición de declararse culpable de él.

El modo de concebir la imputabilidad varía según las corrientes doctrinarias. Se dice que su fundamento reside en la imputabilidad moral, cuando se tiene al individuo por un ser inteligente y libre y por lo tanto responsable de sus actos: si carece de estas facultades, resulta inimputable (escuela clásica).

Cuando se atiende en cambio, a la defensa social y a la peligrosidad, se dice que todos los delincuentes son responsables por el hecho de vivir en sociedad; no hay penas, sino sanciones, y su base es la peligrosidad, como en la tesis positivista.

Al contrario, la inimputabilidad "es la falta de capacidad para receptor responsabilidad penal. Dicha incapacidad en el derecho penal universal suele tener como causas las siguientes: la minoría de edad del que cometió la conducta tipificada como delito, la enfermedad mental, la privación de la facultad de entender por razón de enfermedad o privación del sentido."⁴¹

La inimputabilidad, desde nuestro punto de vista tiene su razón de ser en la base doctrinaria de la responsabilidad, pues son presupuestos fundamentales

⁴¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Obra Citada*, p. 193.

para que un sujeto sea responsable el que éste al momento de cometer el delito haya gozado de entera libertad de obrar y plena conciencia en torno al acto que realiza, en caso contrario no existen las condiciones objetivas de punibilidad.

Es bajo estas concepciones, que en todas las legislaciones penales del orbe se considera que los menores de edad, los enfermos mentales y en fin todas las personas que por cualquier razón se encuentran privadas de su libertad de obrar y su capacidad de entender, son inimputables.

La ley se promulga para el sujeto capaz, para el jurídicamente imputable. El es el destinatario de todas las normas catalogadas en la parte especial de los códigos penales. Pero no por eso dejan de considerarse algunas situaciones personales, relevantes y concretas, que tratan al individuo en función de su capacidad de delinquir. Son los casos de inimputabilidad reseñados que expresamente contempla la ley penal, a quienes excluye de la punición. Se declara "no punibles", entre otros casos evidentemente fuera de lugar, a determinados inimputables, como el que sufre de insuficiencia o alteración de sus facultades mentales, o al que al delinquir no reúne los presupuestos de voluntad y conciencia (conocimiento) que exige la ley.

En su relación con la culpabilidad, la imputabilidad tiene función relevante. En la concepción psicológica es un presupuesto; en la normativa, es un elemento.

Los psicólogos fundamentan la culpabilidad en un elemento intelectual, teniendo por imputable al que está en condiciones de conocer el deber.

Podemos concluir entonces, que la imputabilidad es la posibilidad, condicionada por la salud mental y la capacidad del autor de obrar según el justo conocimiento del deber existente. O, como dice Mezger, imputabilidad es la capacidad de comprensión.

Desde nuestro punto de vista, la tipicidad hace referencia concreta a la normatividad que determina el carácter de delictiva o no de una conducta que pudiera ser considerada socialmente extraña, es decir hacemos estricta referencia a la ley; pero para que exista esta tipicidad, es necesario que paralelamente exista la inspiración de orden doctrinario y jurídico, la antijuricidad de la acción, la contradicción entre la conducta tipificada y el deber del Estado de preservar los bienes jurídicos comunes.

La conducta típica y antijurídica, indudablemente conlleva la culpabilidad que lo convierte al sujeto en responsable frente al Estado, por los males causados a la sociedad que éste protege, a través de la vulneración de las normas legales y de los bienes jurídicos sociales.

La culpabilidad es la reprochabilidad de la resolución de la voluntad, porque el autor habría podido adoptar en reemplazo de la resolución de voluntad antijurídica -sea dolosa o culposa la realización del tipo-, una resolución

conforme con el Derecho. Como apunta Welzel, "solo lo que haya hecho de sus dotes y sus disposiciones o como las haya empleado, en comparación con lo que hubiera podido y debido hacer de ellas o como las hubiera podido o debido emplear, sólo esto puede serle computado como mérito o reprochado como culpabilidad."⁴²

Cuando se destaca la voluntad como presupuesto del juicio de reproche, afirmamos categóricamente que sólo el hombre, ser dotado de inteligencia y voluntad, es sujeto de culpabilidad y por ende de responsabilidad penal. No pueden ser sujetos de responsabilidad penal las personas jurídicas o corporaciones porque no tienen capacidad de voluntad, en esto hay que recordar que nuestro Código Penal en el Art. 32, dice: "Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia"⁴³, esto es que sólo el hombre como ser dotado de conciencia y voluntad es capaz penalmente, es decir es imputable.

La imputabilidad consiste entonces en la capacidad que tiene el sujeto para responder penalmente por las conductas antijurídicas por él ejecutadas, o en la capacidad legal que le asiste para receptor el juicio de reproche proveniente de la sociedad, y expresado en el deber del Estado de procesarlo, a fin de determinar lo concerniente a la responsabilidad penal que le corresponde.

⁴² WELZEL, Hans, El Nuevo Sistema de Derecho Penal, 9na. Edición, Edit. Lex, Barcelona, 2005, p. 97.

⁴³ CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a Marzo de 2010.

El concepto semántico de la responsabilidad se traduce en la "obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado", y concretándonos en la responsabilidad penal es aquella que "se concreta en la aplicación de una pena, por acción u omisión -dolosa o culposa- del autor de una u otra."⁴⁴

Justamente, la imputabilidad hace alusión a la capacidad del sujeto para receptar tal obligación de responder por los daños y perjuicios inferidos así como por las consecuencias punitivas que devienen del acto ilícito.

El modo de imputar no tiene siempre la misma fundamentación en todos los sistemas penales: unas veces el derecho exige una íntima vinculación entre el sujeto y su hecho, de modo que no existe responsabilidad sino cuando el hecho está arraigado en lo más íntimo de la personalidad del sujeto: en su pensamiento y en su voluntad; otras veces le bastaba al Derecho una mera atribución física y exige la responsabilidad con absoluta prescindencia de las intenciones, pensamientos o voliciones del sujeto.

La primera se llama responsabilidad subjetiva o culpable; la segunda, responsabilidad objetiva o sin culpa. Para la Escuela Clásica, que por obra de Carrara pone como fundamento del hecho del castigo la imputación civil, que atribuye la violación jurídica al hombre que la cometió con voluntad inteligente, no es admisible la responsabilidad sin culpa.

⁴⁴ ZAVALA, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo VI, Edit. Edino, Guayaquil, p. 211.

No ocurre lo mismo con las doctrinas penales que separándose de ideas abstractas de reparación y de justicia, fundan el derecho de castigar en la necesidad de la defensa social. En éstas, basta la comisión de un hecho prohibido para que, sin necesidad de investigar la voluntad de su autor, se lo recluya: si sufre de trastornos mentales; si es menor en un establecimiento correccional; si está alcoholizado en un asilo especial, etcétera.

La escuela lombrosiana sustentaba el principio absoluto y exclusivo de la responsabilidad objetiva, esto es, nacida del resultado, sin estimar para nada la intención del agente.

Si el derecho de castigar, decía Ferri, "es una simple función defensiva y no retribución jurídica de la culpa por el castigo, es indudable que podrá ejercérselo en el caso de que ciertamente no exista culpa ni responsabilidad moral, pero hay un daño, un peligro social. Esta concepción tiene asidero en los códigos civiles y se introduce como un avance legislativo; en los penales se presenta a propósito del homicidio involuntario, de la responsabilidad civil por el hecho de otra persona, del hecho de un animal, etcétera."⁴⁵

El derecho de la sociedad a defenderse de los individuos que le perjudican o amenazan, es independiente de la responsabilidad moral de ellos. Todo

⁴⁵ CITADO POR WELZEL, Hans, El Nuevo Sistema de Derecho Penal, Ob. Cit., p. 97.

consiste en adaptar a las diversas categorías de acciones los medios más oportunos de la defensa social.

Todo hombre es responsable siempre frente a la sociedad de cualquier acción que haya realizado; tal el principio de Ferri. De donde todos los sujetos, normales o anormales, menores o adultos, están sujetos al imperio del Derecho Penal represivo porque si el cual es, en sentido lato, deficiencia orgánica de la mentalidad social del individuo, el hecho cometido por el enfermo de la mente que viola la ley criminal, es delito. La extensión así dada al concepto de culpa, que se diluye en una suma de condiciones sociales, prescindiendo de todo carácter exclusivamente jurídico justifica, no sólo el abandono de la noción de culpa, sino también el de la idea de la imputabilidad. Esta afirmación es tan cierta, que existen casos, como dice Prins, en que la ley penal castiga la simple violación material de las prescripciones legales y hace completa abstracción de los elementos psíquicos internos.

Es de vital importancia, la capacidad para receptor responsabilidad penal por parte del sujeto, pues si este por enfermedad, por falta de madurez o por evidente alteración de sus facultades psíquicas no obró con plena voluntad y conciencia (conocimiento), no es responsable penalmente, pues de acuerdo a la normatividad legal pertinente no puede convertirse en receptor de responsabilidad penal, y por tanto tampoco puede recibir el reproche social a la conducta considerada como contraria a la aspiración del ente colectivo, denominado culpabilidad.

Según los clásicos de la doctrina penal, la imputabilidad radica en la libertad moral, en el libre albedrío que asiste al individuo. Será imputable el hombre que es moralmente libre y capaz de decidirse entre el cumplimiento de la ley y su violación. Para ello deberá tener inteligencia y voluntad, suficientes para conocer y decidir, o si se quiere, capacidad para comprender el medio circundante y su propia realidad en relación con ese medio, y para decidirse en conformidad con esa comprensión. En definitiva debe ser una persona con madurez y normalidad psicológica. La imputabilidad penal entonces no será otra cosa que la imputabilidad moral aplicada al delito.

El Código Penal del Ecuador en el Art. 32 se muestra claramente partidario de este punto de vista, según allí se determina nadie puede ser reprimido penalmente si no hubiere cometido el acto con voluntad y conciencia (conocimiento). Y que nuestro derecho penal participa plenamente de este criterio se confirma cuando establece a continuación aquellos casos en que una persona no es imputable.

Hay otros autores (como Von Liszt o Mezger) que negando el libre albedrío como fundamento de la imputabilidad penal, creen que esta consiste en la capacidad de un individuo de conducirse socialmente, de conocer los deberes que el orden jurídico le impone y de responder a sus exigencias, quienes carecen de los requisitos psicológicos necesarios para conducirse socialmente, serán entonces personas inimputables.

Bajo uno u otro fundamento, el concepto de imputabilidad es aceptado unánimemente por la doctrina y todos los autores consideran que se trata de un primer nivel de la culpabilidad.

El Art. 32 del Código Penal ecuatoriano dispone: *"Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia."*⁴⁶

La legislación ecuatoriana considera entonces como elementos indispensables para determinar la imputabilidad del sujeto la concurrencia de voluntad y conciencia (conocimiento) en el momento del cometimiento del acto punitivo. Pues de otra manera no es posible imputar responsabilidad penal al sujeto infractor, y consecuentemente tampoco es capaz para la recepción del juicio de reproche social en que se traduce la culpabilidad.

De esto se deduce, que una vez cometida la infracción penal, previo a la determinación de la responsabilidad penal del individuo, es necesario establecer la capacidad para ser sujeto de punición, si es que obviamente puede determinarse que este actuó con voluntad y conciencia (conocimiento), facultades éstas, que como veremos más adelante, requieren la concurrencia de ciertos atributos para su existencia.

⁴⁶ CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a marzo del 2010.

El Art. 33 del Código Penal, dispone: *"Repútanse como actos conscientes y voluntarios todas las infracciones, mientras no se pruebe lo contrario; excepto cuando de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto, pueda deducirse que no hubo intención dañada al cometerlo."*⁴⁷

De hecho entonces, la legislación penal ecuatoriana presume la concurrencia de voluntad y conciencia (conocimiento) en todas las infracciones. La no existencia de estos elementos requiere prueba en contrario. Por ejemplo, el infractor menor de edad, que según la misma legislación no es sujeto de imputabilidad, deberá probar tal situación ante los jueces tribunales y competentes, a fin de que no se ejerza la acción penal, pues, por efecto de la misma ley, no es susceptible de punibilidad, sino de la adopción de medidas especiales que se encuentran contempladas en el Código de la Niñez y Adolescencia.

Se exceptúa de la concurrencia de voluntad y conciencia (conocimiento) al cometer el acto punitivo, de acuerdo al Art. 33 del Código Penal, cuando de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto, pueda deducirse que no hubo intención dañada al cometerlo, es decir, cuando no ha existido dolo, sino una reacción natural, instintiva de quien comete el acto tipificado como delito. Tal es el caso, por ejemplo, del que mata en uso de su derecho a la legítima defensa, o de la mujer que hiere, golpea o mata, ante su pudor gravemente amenazado.

⁴⁷ Ibidem.

De hecho, el Código Penal Ecuatoriano, considera por regla, tres excepciones a la imputabilidad penal: Los menores de edad, los dementes y los sordomudos.

Establece también el legislador en nuestra ley penal el principio de que la enfermedad imposibilitante de las facultades volitivas del sujeto, lo convierte a este en inimputable, pues estima que en este caso el individuo se halla imposibilitado de entender y querer, que son expresiones obviamente de quien se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales y volitivas. Se determina incluso en el segundo inciso del Art. 34 del Código Penal, el procedimiento que deberán adoptar los jueces cuando el acusado de un delito se encuentra en estado de alienación mental.

Contempla también nuestro Código Penal lo referente a la actuación del sujeto activo de una infracción, por efecto de la inducción engañosa de otro individuo, determinando la inimputabilidad de quien lo comete en este caso, y la consecuente imputabilidad de responsabilidad penal al sujeto que lo induce mediante artificios al cometimiento del delito. En este caso el legislador considera que la voluntad y conciencia (conocimiento) del sujeto que comete el delito, se vio subyugada al engaño de quien deliberadamente, y con evidente dolo, busca el cometimiento del delito, y para esto, valido de ciertas circunstancias, como por ejemplo la rusticidad del otro individuo, lo induce al cometimiento de un acto reprimido como delito.

El tratadista alemán Gunther Jakobs, considera que el defecto cognoscitivo, es decir, la falta de conocimiento sobre un determinado asunto, se trata más o menos de un error de tipo, por cuanto dicha perturbación tiene un efecto exonerado; es decir, el agente actúa con falta de conocimiento sobre el hecho delictivo, como ocurriría por ejemplo, cuando una persona acepta el encargo de llevar una encomienda a España, sin saber que en el paquete respectivo, quien le solicita el favor, ha camuflado cocaína, existiendo en dicho caso absolutamente falta de conocimiento (defecto cognoscitivo) de parte del agente, así como también falta de voluntad con respecto al delito, pues su voluntad era llevar la encomienda a él entregada, bajo la presunción clara de que se trata de productos lícitos.

Jakobs sostiene: “Se afirma que es específicamente el principio de culpabilidad el que requiere que queden impunes aquellas personas que yerran de manera inevitable acerca de las consecuencias de su comportamiento, y que esto también ocurra en el caso de quienes yerran de manera evitable, o que éstos de algún modo reciban una pena inferior a la de los autores que obran con dolo – después de lo expuesto hasta el momento, queda claro que esa afirmación, en el mejor de los casos, es una definición, y en el peor, encubre determinadas finalidades, pero en todo caso no constituye la fundamentación de la relación entre conocimiento y culpabilidad, error o inocencia- o En este sentido, y como he expuesto, la inevitabilidad de un error, solo constituye un argumento en el ámbito de la imputación, si se parte de que la realidad es susceptible de ser dominada; una realidad concebida de esa

manera no necesita de la imputación de consecuencias fortuitas, más aún, que se imputase en ese caso, tendría efectos disfuncionales, ya que al imputarse ese tipo de consecuencias se tamblearía el eje de la representación vigente de la realidad, esto es, que la realidad puede planificarse.”⁴⁸

Lo dicho por el tratadista Jackobs nos permite establecer con absoluta certeza de que es indispensable la concepción de hecho infractor en los procesos mentales (cognoscitivos) del sujeto para que este sea imputable, determinando incluso la imputabilidad con respecto a las conductas típicas por culpa, es decir, cuando la conducta infractora se materializa por causa de falta de precaución del sujeto para evitar un error previsible que dé lugar a las consecuencias dañosas; hablándose también del error inevitable, es decir, aquél que no pudo ser racionalmente previsto por el agente. Es claro, que no puede existir imputabilidad penal en el caso del yerro inevitable, pues como bien señala Jakobs, para ello sería necesario la concurrencia de verdaderas cualidades adivinatorias en el caso del infractor, cuestión que es humanamente imposible en el caso del error inevitable, lo que excluye de imputabilidad al sujeto que actúa sobre la base de dicha realidad distorsionada.

⁴⁸ JACKOBS, Gunther, Nuevo Concepto de Derecho Penal, Tomo II, Universidad Autónoma de Madrid, pág. 135.

Con respecto a la voluntad y conocimiento sobre el acto infractor, la jurisprudencia ecuatoriana es bastante explicativa cuando señala: “La capacidad de entender y de querer que dice la ley, es condición *sine qua non* de la imputabilidad penal, esto es, de la imposibilidad jurídica de atribuir una acción típica y punible a un determinado sujeto, como su autor, cómplice o encubridor... El artículo 32 del Código Penal exige en precepto de derecho positivo el hondo concepto doctrinario de la imputabilidad moral, proveniente de la Escuela Clásica. Los artículos 34 y 35 desarrollan la misma concepción, de modo coherente, y este introduce la imputabilidad atenuada, por razón de enfermedad que, sin anular, ha disminuido, en el momento del acto delictuoso, la capacidad de entender o de querer.”⁴⁹

El Prontuario de Resoluciones Judiciales del Ecuador, Tomo I, contiene la siguiente jurisprudencia: “Actuar con voluntad y conciencia se refiere a la imputabilidad. La voluntad es la capacidad psíquica para resolver sobre una conducta determinada de querer; la conciencia es la capacidad para conocer. Cuando tiene esta doble capacidad es imputable. Se presume que todos actúan con conciencia y voluntad, que todos son imputables. Esa doble capacidad no se refiere a la intención. Por ello es que la segunda parte del Art. 33 del Código Penal, es la que lleva a error de conceptos, en razón de que la intención no se refiere a la imputabilidad, sino a la culpabilidad. El dolo, que es la intención dañada, es una forma de culpabilidad.”⁵⁰

⁴⁹ GACETA JUDICIAL, S.XIV, No. 13, p. 3074, 27-I-1987.

⁵⁰ PRONTUARIO DE RESOLUCIONES JUDICIALES, Tomo 1, pág. 280, 6-IV-1988.

Queda absolutamente claro que de acuerdo a nuestra legislación penal, la imputabilidad radica sobre la voluntad de cometer el delito, basada en el **conocimiento** que dirige dicha voluntad, y que como se ha visto, consiste en el conjunto de complejos procesos mentales, que permiten concebir y deliberar en el fuero interno del sujeto sobre la conducta infractora y los resultados que se buscan, de tal manera que al no concurrir dichos elementos, el sujeto es por excelencia inimputable; sin embargo, debe observarse que para la legislación del Ecuador, se presume la voluntad y conciencia (conocimiento) en todos los delitos, de tal manera que cuando la imputabilidad no concurre *ipso iure*, como en el caso de los menores de edad, esta debe probarse, pues de otra manera obra la presunción de conocimiento y actuar voluntario de parte del infractor.

CAPITULO II

ESQUEMAS DEL DELITO

2.1. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO

La teoría del delito se fundamenta en aspectos teóricos que le permiten desarrollarse plenamente en el campo práctico, al determinar con precisión si existen o no elementos constitutivos del *tipo penal* en los comportamientos humanos gestados en la sociedad. Al respecto, Raúl Eugenio Zaffaroni señala: “La teoría del delito atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto”.⁵¹

Por ello, “la teoría del delito es la parte medular del Derecho penal. Conocerla, adentrarse en ella, constituye el mecanismo más adecuado para familiarizarse con el ilícito, renglón fundamental del universo jurídico”⁵²

El concepto nominal o formal define al delito como una conducta humana que se opone a lo que la ley manda o prohíbe bajo la amenaza de una pena. Es la ley la que establece que hechos son delitos, fija caracteres delictuales a un hecho, si en algún momento esta ley es abrogada el delito desaparece. El delito es artificial.

El concepto substancial o material del delito establece elementos del delito como presupuestos para que un hecho humano se considerado como delito. El

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte general, Edit. Cárdenas, México, 1991, p.333.

⁵² LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito, Edit. Porrúa, México, 1994. p.1.

delito es un acto humano típicamente antijurídico culpable y sancionado con una pena de carácter criminal. Sigue el método analítico. Es de éste concepto donde se obtienen los elementos constitutivos del delito.

Los elementos constitutivos del delito son:

- Primarios.
- Secundarios.
- Específicos.
- Circunstancial.

2.1.1.- ELEMENTOS PRIMARIOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO

Los elementos primarios constitutivos del delito son:

- a) Presupuesto legal o Tipo Penal
- b) Sujetos
- c) Objeto
- d) Resultado típico.

a) Presupuesto legal o Tipo Penal

El tipo penal es el contenido eminentemente descriptivo de la norma penal, es la previsión legal que individualiza la conducta humana penalmente relevante.

b) Sujetos:

Son aquellas personas que intervienen, de una u otra forma en el quebrantamiento de la ley penal. Tenemos que son:

- a) Activo
- b) Pasivo.

Activos.- Sujetos activos del delito son los que participan en su realización; es la persona física que comete el delito, llamado también: delincuente, agente o criminal. Será siempre una persona física, independientemente del sexo, edad, (la minoría de edad da lugar a la inimputabilidad), nacionalidad y otras características; puede ser:

Autor intelectual.- Aquel que piensa o planea el delito.

Autor material.- Aquel que ejecuta o realiza la conducta delictiva.

Coautor.- Aquel que participa como autor intelectual y material.

Cómplice.- Aquel que auxilia o presta medios para la realización del delito.

Encubridor.- Aquel que calla la verdad del delito.

Autor mediato.- Aquel que se vale de los menores de edad o incapaces para la realización del delito.

Instigador.- Aquel que instiga, amenaza u obliga a otro a cometer un delito.

Pasivos.- Son los afectados en forma directa por el delito; sujeto pasivo es la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta realizada por el delincuente. Se le llama también víctima u ofendido, en cuyo caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito, (patrimoniales y contra la nación). Estrictamente el ofendido es quien de manera indirecta recibe el delito: Ej; Los familiares del occiso.

En principio cualquier persona puede ser sujeto pasivo; sin embargo, dadas las características de cada delito, en algunos casos el propio tipo señala quien puede serlo y en qué circunstancias: como el aborto, solo el producto de la concepción en cualquier momento de la preñez puede ser sujeto pasivo.

Los sujetos pasivos pueden ser:

Pasivo del delito.- son aquellos que ven lesionado su bien jurídico con la realización del delito.

Pasivo del daño.- aquellos que resintieron directamente la conducta delictiva y no necesariamente vieron lesionado su bien jurídico.

c) Objetos:

Jurídico.- Son los derechos y garantías protegidas por la ley penal.

Material.- Es la cosa o persona en la que recae la conducta delictiva.

d) Resultado típico

El resultado típico es también conocido como la consumación delictiva; es decir, la ejecución plena de la conducta, provocando la lesión del bien jurídico.

2.1.2.- ELEMENTOS SECUNDARIOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO:

Los elementos secundarios constitutivos del delito son: acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad

ACCION.- La acción consiste en actuar o hacer, es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete la infracción a la ley por sí o por medio de instrumentos, animales, mecanismos o personas.

La acción es conducta omisiva o activa voluntaria, que consiste en un movimiento de su organismo destinado a producir cierto cambio, o la posibilidad, en el exterior del mundo. (Teoría de la causalidad). La posibilidad de cambio se da en los delitos frustrados como también en la tentativa. Si es involuntario (caso fortuito) u ocurre en el fuero interno y no llega a manifestarse, la acción se excluye del campo delictivo.

TIPICIDAD.- La tipicidad es la adecuación, es el encaje del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley como delito. Si la adecuación no es completa no hay delito.

ANTI JURICIDAD.- La antijuridicidad es la oposición del acto voluntario típico al ordenamiento jurídico. La condición de la antijuridicidad es el tipo penal. El tipo penal es el elemento descriptivo del delito, la antijuridicidad es el elemento valorativo. El homicidio se castiga sólo si es antijurídico, si se justifica como por un estado de necesidad como la legítima defensa, no es delito, ya que esas conductas dejan de ser antijurídicas aunque sean típicas.

CULPABILIDAD.- La culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta de una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena. Es la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable.

Para que haya culpabilidad (presupuestos) tiene que haber: Imputabilidad, dolo o culpa (formas de culpabilidad) y la exigibilidad de una conducta adecuada a la prohibición o imperatividad de la norma. Y por faltarle alguno de estos presupuestos, no actúa culpablemente el autor, en consecuencia este está exento de responsabilidad criminal.

2.1.3.- ELEMENTOS ESPECÍFICOS DEL DELITO.

Son propios de cada delito y permite diferenciarlos, y son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. A través de estos se puede diferenciar el robo del hurto, especialmente con la tipicidad. El robo es la apropiación de cosa mueble ajena a través de la fuerza, el hurto es sin violencia ni fuerza. Es decir, a partir de aspectos circunstanciales se procede a determinar ciertos elementos particulares de cada conducta considerada como delito; pues como hemos visto lo que diferencia al robo del hurto, es que en el primero deben concurrir necesariamente las circunstancias de fuerza en las cosas o violencia sobre las personas, y el segundo es la simple sustracción (aunque exista el modo fraudulento), sin violencia sobre los sujetos o sin violencia en los bienes.

2.1.4.- ELEMENTO CIRCUNSTANCIAL DEL DELITO.

Este elemento es el resultado del acto jurídico que no cambia la naturaleza del delito, pero influye en la punibilidad y consiste en la pena ha

imponerse, en caso que se justifique tanto la materialidad de la infracción como la participación del procesado.

La pena (del latín "poena", sanción) es la privación o disminución de un bien jurídico a quien haya cometido, o intente cometer, un delito. Toda conducta típica antijurídica y culpable es punible por regla, excepto cuando: (1) Existe excusas absolutorias, ej., leyes de perdón. (2) No hay condición objetiva de punibilidad, p. ej., el autor debe ser mayor de 18 años, sino solo se le aplica una medida de seguridad. (3) No hay condición de perseguibilidad, p. ej., en la violación de mujer mayor de edad, necesita denuncia.

La causa de la pena es el delito cometido. La esencia es la privación de un bien jurídico. El fin es evitar el delito a través de la prevención general o especial.

Hay discusión si la pena es elemento del delito o solamente su consecuencia, y en relación a ello nosotros consideramos que la pena antes que un elemento del delito constituye una consecuencia jurídica natural del mismo, y que se diseña por el legislador buscando un criterio de proporcionalidad y equidad en cuanto a la magnitud de la conducta dañosa típica.

2.2. ESQUEMAS DE LA TEORIA DEL DELITO

En Alemania se han desarrollado los cuatro grandes sistemas de análisis de la teoría del delito, los cuales se emplean en todos aquellos países que, como el nuestro, República del Ecuador, tienen un sistema jurídico de tradición romano-canónica-germánica. Estos son el **sistema clásico**, más conocido como "causalismo puro", que parte de las obras de sus creadores: Von Liszt y Beling; si la estructura es **neoclásica**, se deberá acudir a Mezger; quien se decida por el **finalismo** tendrá que estudiar necesariamente a Welzel, y, por último, quien se sume a la corriente **funcionalista** tendrá que partir de Roxin o de Jakobs; todos ellos autores alemanes. Es por ello que Alemania se sigue distinguiendo como directora de las grandes discusiones de la dogmática jurídico-penal.

El punto de coincidencia entre los cuatro sistemas penales radica en considerar al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable. El primero de estos enunciados es considerado como el presupuesto de todo delito (conducta), mientras que los restantes son considerados como elementos o categorías o escalones; dichos vocablos son sinónimos y, por tanto, se pueden utilizar de manera indistinta. Así tenemos un presupuesto (conducta) y tres categorías (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). Solo cuando hemos constatado la existencia del presupuesto y los tres elementos podemos sostener la existencia de un delito.

A pesar de que los cuatro sistemas tienen el mismo presupuesto y las tres categorías, la interpretación que dan cada uno de ellos es distinta y en ocasiones diametralmente opuesta; ello se debe a sus distintas bases ideológicas y el uso que se les dé.

Se debe tener presente que la estructura de análisis a través de las categorías que conforman a la teoría del delito tiene como función analizar ordenada y sistemáticamente un hecho, razón por la cual no se debe alterar su orden: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

El presupuesto y las tres categorías, elementos o escalones, a las que me he referido requieren de una explicación inicial para su comprensión, a pesar de que ya los hemos tratado en capítulos anteriores:

Conducta.- Se trata de establecer si un resultado, que consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, se puede considerar como la obra de un ser humano.

Tipicidad.- Se analiza si la conducta puede ser considerada como aquella que el legislador he querido prohibir en el tipo, el cual se conforma por una descripción normativa del hecho que se sustenta en uno o varios artículos de una o varias leyes penales. Por ello, el tipo lo podemos definir como "la descripción normativa de la conducta prohibida".

Antijuridicidad.- Se establece si la conducta prohibida es contraria al orden jurídico en general, y por ello, al hecho típico y antijurídico se le denomina "injusto". Por el contrario, si el hecho típico está amparado por alguna causa de justificación ya no hay delito.

Culpabilidad.- Se determina si se puede reprochar al autor el haberse comportado contrariamente a derecho.

Para estudiar al delito y sus elementos, se han creado diversas corrientes doctrinarias, analizaremos las principales, de manera breve, ya que dos de las mismas tendrán un análisis mayor más adelante.

2.2.1. SISTEMA CLÁSICO (CAUSALISTA).

Fue el doctrinario alemán Franz Von Liszt quien expuso en su libro de derecho penal las bases del sistema clásico del delito (formal-material); para ello utilizó el método de interpretación lógico-jurídico (formal) y lo apoyó en conocimientos de las ciencias naturales (material). (1881-1907).

Liszt partió de un sistema conformado por un presupuesto y dos categorías a saber: conducta, antijuridicidad y culpabilidad. Sería hasta 1906 cuando Ernst Beling pondría de manifiesto la existencia de una categoría intermedia entre la conducta y la antijuridicidad:

Tatbestand, término que significa "supuesto de hecho", pero que se traduce como tipo penal, la función del tipo dio lugar a la creación de la tipicidad.

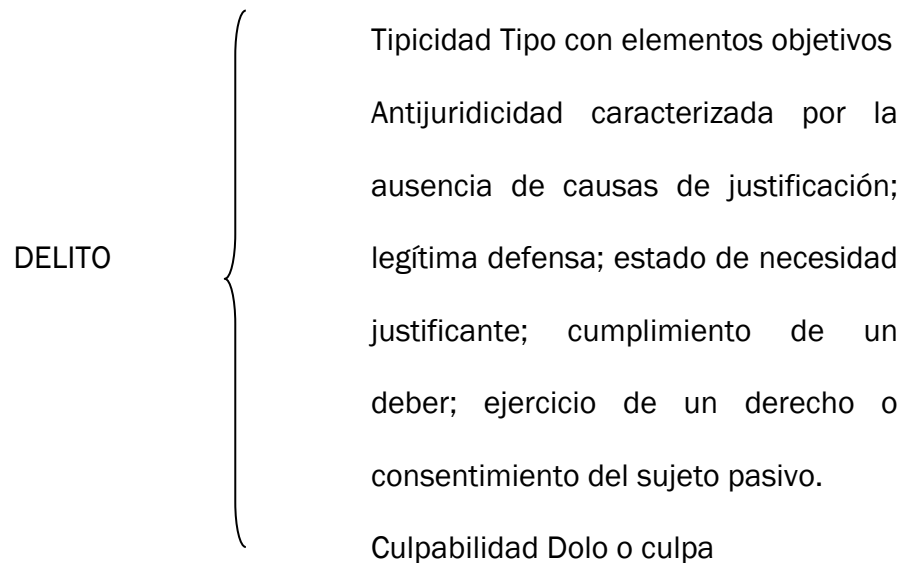
Conducta.- El sistema clásico se apoyó en conocimientos materiales y, por tanto, para explicar los caracteres objetivos del injusto acudió a criterios naturalistas, con lo cual se pudo concebir a la conducta como un movimiento corporal, que es la causa de una modificación en el mundo exterior, cuya percepción se constata a través de los sentidos.

Tipicidad.- El tipo se caracterizó por ser "objetivo y libre de valor (no valorativo)", de ahí que los elementos que conformaron a la tipicidad fueron elementos puramente objetivos o descriptivos, que son aquellos que se constatan a través de los sentidos y se verifican a través de pruebas sustentadas en las ciencias naturales.

Antijuridicidad.- La valoración de la conducta típica en la antijuridicidad servirá para determinar si también es injusta (antijurídica) o si, por el contrario, se trata de una conducta ilícita, pero que se justifica por las circunstancias materiales que concurrieron en el momento de su realización.

Culpabilidad.- En este sistema el dolo y la culpa eran las "formas" de la culpabilidad. Para determinar si la culpabilidad con la que había actuado el autor era dolosa o culposa se atendía a la relación anímica subjetiva entre el autor y el resultado.

En consecuencia de lo anterior, a partir de 1907 se pudo desarrollar la teoría del delito conforme a los postulados del sistema clásico sustentado en un presupuesto y tres categorías, cuya estructura es la siguiente:



Conducta Causalidad

En la conducta, la tipicidad y la antijuridicidad se analizaban exclusivamente la parte objetiva del delito, mientras que se observaban a la culpabilidad todos los aspectos subjetivos.

Críticas al Sistema Clásico.- En cuanto a la conducta, la adopción de la teoría causalista conllevó a la concatenación de todos los procesos causales anteriores y posteriores a la acción desencadenante, y ello conducía a la atribución desmedida de resultados típicos a dicha conducta, dando lugar a excesos del derecho penal; además con el concepto físico-material (causal) de la conducta no se podían explicar los delitos de omisión, cuya característica

principal es la ausencia de nexo causal entre la conducta realizada por el agente y el resultado.

En cuanto al tipo, si bien es cierto que en los tipos como el homicidio sólo requieren de juicios causal-objetivos para su análisis, existen otros cuyo análisis sólo se puede analizar acudiendo, además, a juicios de carácter normativo o subjetivo. Lo que significa que se deja clara la insuficiencia de los juicios puramente causal-objetivos en el análisis de dichos tipos y la necesidad de recurrir a juicios de carácter normativo o subjetivo cuando el tipo así lo requiere para su integración.

En cuanto a la culpabilidad, recordemos que el sistema clásico del delito sustentaba la culpabilidad en el nexo psicológico entre el autor y su hecho, de tal suerte que su culpabilidad dolosa el sujeto provocaba lo que había querido causar, y por ello se consideraba que la culpabilidad era perfecta, mientras que la culpabilidad culposa se calificaba como defectuosa porque psicológicamente el sujeto no quería el resultado provocado, solo lo "previo" y desechó su posible comisión siguiendo adelante con la conducta que más tarde causa el resultado.

Lo anterior se puede sostener en la culpabilidad culposa "con representación", pero es insostenible en la culpa inconsciente o sin representación, en la cual se caracteriza por la "falta de previsibilidad de un posible resultado típico"; por

consiguiente, sin la existencia del nexo psicológico entre el autor y su hecho no había forma de sustentar la culpabilidad.

2.2.2.- SISTEMA NEOCLÁSICO (CAUSALISTA-VALORATIVO).

Edmund Mezger modificó los postulados del sistema clásico debido a la gran influencia de la filosofía neokantiana, reorientando a la dogmática penal a través del empleo de un método propio de las ciencias del espíritu o ciencias culturales, al cual se le denominó "método comprensivo". (1907-1933).

Conducta.- Para determinar si la conducta que provocó materialmente el resultado es la adecuada desde el punto de vista valorativo, se partió de la diferencia entre juicios de necesidad y juicios de probabilidad. Solo podrá sostenerse que una conducta ha provocado un resultado cuando el juicio de probabilidad (ex ante) indique que ese resultado es la consecuencia que generalmente se provoca con esa conducta.

Tipicidad.- Mientras que en sistema clásico bastaba con la constatación de los elementos objetivos del tipo para sustentar la tipicidad, en el sistema neoclásico se requería verificar tanto los elementos objetivos del tipo como los elementos normativos y subjetivos específicos cuando el tipo así lo requiere.

Sobre la historia de los elementos normativos del tipo, Max Ernst Mayer puso en evidencia que ciertos tipos penales no sólo describen realidades, sino que también se refieren a conceptos que requieren de una valoración jurídica o cultural previa a la antijuridicidad; de ahí que a los elementos objetivos del tipo se sumaron los elementos normativos.

Así también, existen ciertos tipos penales que requieren de elementos anímicos o subjetivos específicos para su conformación, esto dio lugar a la inclusión de los elementos subjetivos distintos del dolo en el tipo.

Antijuridicidad.- Mezger calificó al hecho típico y antijurídico como injusto, por lo que considero que el injusto (conducta típica y antijurídica) es un hecho que contraviene a todo el sistema jurídico, y no solo al derecho penal, por lo cual rechaza la existencia de una antijuridicidad general y una antijuridicidad especial del derecho penal.

Mientras que en el sistema clásico el análisis de la antijuridicidad se realizaba con criterios objetivos, para Mezger también se debía atender a los llamados elementos subjetivos del injusto.

Culpabilidad.- El sustento de la culpabilidad en el sistema clásico era puramente subjetivo (dolo y culpa), en el sistema neoclásico se requería tanto de valoración subjetiva como de las circunstancias materiales que rodearon al

hecho (aspecto objetivo) y establecer si podía "reprochar" a la persona el haberse comportado contrariamente a derecho.

Así, el dolo y la culpa dejaron de considerarse como el único sustento de la culpabilidad, ya que también se necesitaba atender a la valoración de la total situación psíquica en la teoría de la imputabilidad y la exclusión de la culpabilidad por causas especiales de exclusión de la culpabilidad. Sólo constatando esos tres elementos (imputabilidad; dolo y culpa; y ausencia de causas excluyentes de la culpabilidad) se podía sustentar la culpabilidad psicológico-normativa del sistema neoclásico.

La estructura del sistema neoclásico de Mezger es la siguiente:

DELITO	Conducta, causalidad adecuada
	Elementos objetivos
	Tipo Elementos normativos
	Elementos subjetivos distintos del dolo
	Antijuridicidad Caracterizada por la ausencia de causas de la justificación: legítima defensa; estado de necesidad justificante; cumplimiento del deber; ejercicio de un derecho o consentimiento del sujeto pasivo Imputabilidad
	Culpabilidad Dolo o culpa
	Ausencia de causas excluyentes de la culpabilidad

Críticas al sistema neoclásico.- En cuanto a la conducta el criterio de la causalidad adecuada sirvió para sustentar correctamente la imputación de la resultada a la conducta del autor en los delitos de acción, en los delitos de omisión no se puede acudir a dicho criterio, debido a que la conducta del omíente no se puede considerar como la adecuada para provocar el resultado. En cuanto al tipo los juicios objetivo-valorativos tampoco fueron suficientes para identificar los supuestos de tentativa típica, en los cuales la conducta de disparar sin dar en el blanco es adecuada tanto para lesionar como para matar, problema que solo se puede solucionar atendiendo a la finalidad del autor o dolo, lo cual se analizaba hasta la culpabilidad, y ello volvía a suponer problemas sistemáticos de análisis porque tendríamos que llegar a la tercera categoría (culpabilidad) y después regresar a las dos primeras (conducta y tipo).

En aquella época, el reconocido tratadista Graf Zu Dohna manifestó que la culpabilidad como categoría de valor no podía incluir elementos psicológicos, como el dolo, pues dichos elementos dar o no dar, y por tanto su análisis se debe de realizar en un momento anterior e independiente de la culpabilidad, en la cual solo se determinara si esos nexos son o no reprochables. Ello dio origen a la necesidad de reubicar al dolo, lo cual consiguió sustentar el sistema finalista de acción para ubicarlo en el tipo.

2.2.3. SISTEMA FINALISTA.

Hans Welzel tomo en consideración la filosofía neokantiana de la escuela sudoccidental alemana (filosofía de valores) y la psicología del pensamiento de Richard Höningwald, desarrollando durante los años treinta el concepto final de acción, cuyo punto medular radica en poner de manifiesto que la conducta no es relevante para el derecho penal sólo por su causalidad, sino porque ésta es dirigida por una finalidad que guía el proceso causal. (1945-1962).

Así Welzel partió de una estructura lógico-real de la acción y sostuvo que de todos los procesos causantes de resultados de lesión o puesta en peligro de bienes fundamentales (elemento objetivo o real) sólo interesan al derecho penal (elemento lógico) las conductas humanas porque están dirigidas por el intelecto hacia la consecución de dicho resultado (lógico-real), mientras que los demás procesos causales (por ejemplo, el rayo que mata a una persona o el toro que embiste y mata al torero) son ciegos.

Conducta.- Mientras que el sistema clásico analizó a la conducta desde el punto de vista puramente material, y el sistema neoclásico desde uno causal-valorativo, con la teoría finalista se agregó a la causalidad el aspecto subjetivo (final); es decir, en la conducta ya no solo se analizaba la relación de causalidad entre el resultado y la conducta, sino también la intención del agente al realizar dicha conducta.

Quien decide realizar una conducta encaminada hacia un fin, sea delictivo o no, desarrolla un plan para su consecución; al efecto, selecciona los medios y considera las eventualidades que pueden suceder. Luego entonces, quien quiere privar de la vida a otro se fija ese fin, y necesita planear cómo llegar hasta ese resultado (retroceso); en ese momento debe decidir el cómo y cuándo.

Tipicidad.- En este sistema se integraba con un tipo objetivo y un tipo subjetivo. El tipo objetivo es el núcleo real-material de todo delito, llamándolo Welzel circunstancias del hecho del tipo objetivo.

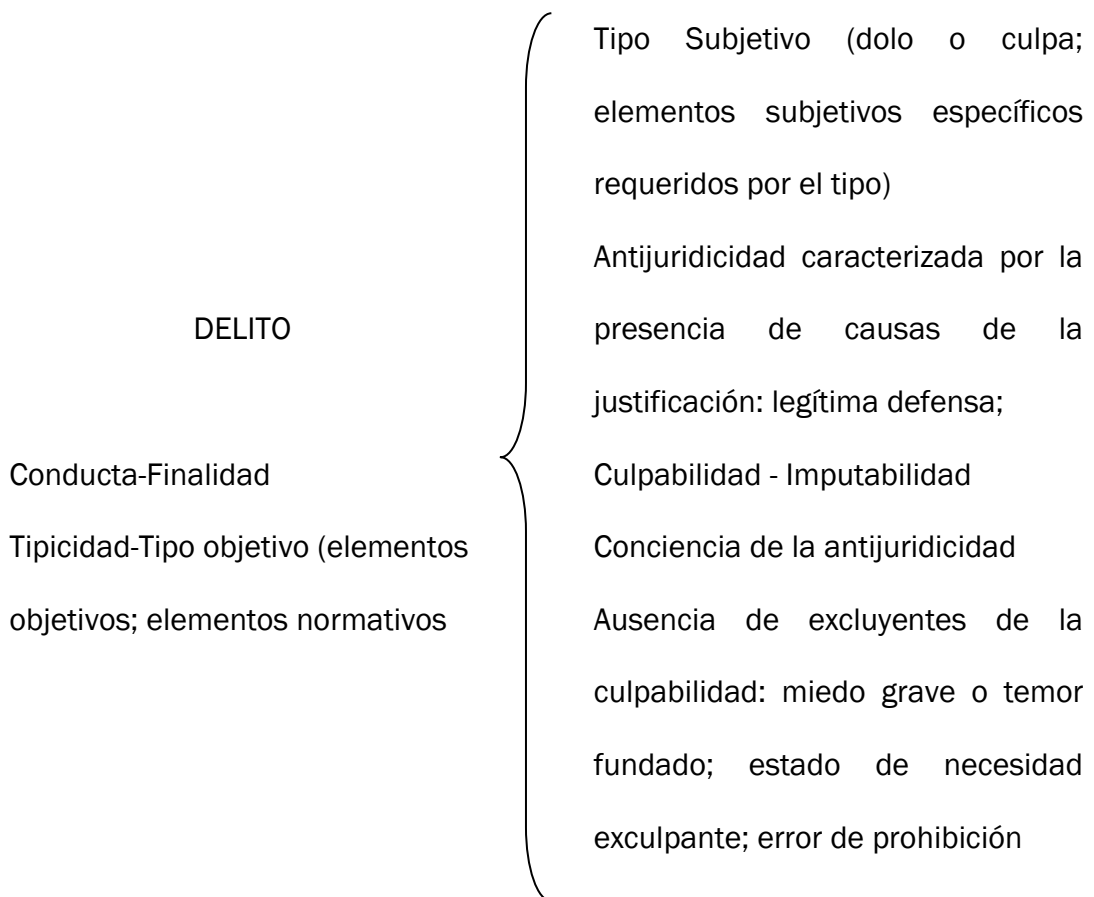
Este sistema no aportó nada al tipo objetivo debido a que su mayor aportación fue la inclusión del tipo subjetivo compuesto por el dolo o la culpa y los elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo (ánimos, fines, intenciones).

Antijuridicidad.- Es un juicio de valor objetivo, en tanto se pronuncia sobre la conducta típica, a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico. La antijuridicidad es objetiva sólo en el sentido de un juicio de valor general; su objeto, la acción, en cambio, es una unidad de elementos objetivos (del mundo externo) y subjetivos.

Culpabilidad.- Perdió su componente subjetivo más importante con la reubicación del dolo y la culpa en el tipo, quedando exclusivamente

conformado por un contenido puramente normativo entendido como reprochabilidad.

La importancia del nuevo concepto final de acción llegó a tal grado que modifico los contenidos de las demás categorías del delito y dio origen al llamado sistema finalista, para quedar como sigue:



Críticas al sistema finalista.- En cuanto a la conducta no se puede sustentar la relevancia de hechos culposos, dado que en ellos la finalidad estaba encaminada hacia la producción de otros resultados diferentes al provocado;

además en los delitos culposos sólo se llega a representar dicho resultado en la culpa consciente, pero no llega a proveerse por el autor por la culpa inconsciente o sin representación; por último la concepción final de acción dificultaba diferenciar los supuestos dolosos eventuales de los culposos con representación (conscientes).

En cuanto al tipo se criticaba que se adelantaba la valoración de características subjetivas, específicamente psicológicas, las cuales son más propias de un análisis a nivel de culpabilidad y no en el análisis del tipo, pues ello supone resquebrajar la sistemática que deben tener los elementos del delito y rompe con la neutralidad del concepto de acción, el cual, como presupuesto, debe estar libre de características pertenecientes a otros elementos del delito.

También en los supuestos de error se encontraron dificultades al aplicar el sistema finalista. La teoría finalista llevaba a concebir la teoría del error como una sola; es decir, ya no habría distinción entre el error de hecho (error del tipo) y error de derecho (error de prohibición). Ambas clases de errores debían ser analizados en la acción y, por tanto, su ubicación correspondería única y exclusivamente al tipo, y en ningún caso a la culpabilidad, que es donde tradicionalmente se resolvían los problemas de error de derecho, cuya denominación cambiaría más tarde por la de error de prohibición.

En cuanto a la culpabilidad la crítica más frecuente de este sistema es que deja casi vacía de contenido a la culpabilidad, de hecho para los postulados del sistema clásico, en el cual el dolo y la culpa son la culpabilidad misma, quedaría completamente vacía, desapareciendo como elemento del delito; por otro lado en los postulados del sistema neoclásico nos dejaría una culpabilidad conformada con la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la inexistencia de causas excluyentes de culpabilidad.

2.2.4.- SISTEMAS FUNCIONALISTAS.

Desde los años setenta se han ofrecido nuevas soluciones sistemáticas para superar las críticas realizadas al sistema finalista, entre las que podemos citar: la síntesis neoclásico-finalista por Gallas, Jescheck y Wessels; el sistema racional-final también llamado teleológico o funcionalismo político-criminal de Claus Roxin; y el sistema funcionalista normativista de Günter Jakobs. (1962-¿?)

Los nuevos proyectos sistemáticos mantienen la estructura del delito con la conducta como presupuesto del delito y tres categorías:

Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Sin embargo, cada categoría experimenta un notorio cambio tanto en su concepción como en su conformación.

Las dos exposiciones sistemáticas del funcionalismo más importantes en Alemania son las de Claus Roxin y Ghunter Jakobs.

2.2.4.1. SISTEMA FUNCIONAL NORMATIVISTA O RADICAL DE JAKOBS.

El método de Günter Jakobs parte de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann y somete toda la teoría del delito a sus postulados. Así mientras que su maestro, Hans Welzel considero indispensable construir el sistema del delito sobre una base lógico real, Jakobs lo sustenta normativamente, de ahí que sus conceptos como el de la conducta, causalidad o bien jurídico quedaban circunscritos a las necesidades de la regulación jurídica. Por esta razón, podemos calificarlo como funcionalismo normativista, el cual, en palabras del propio Jakobs se concibe como aquella teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad.

El delito es una afirmación que contradice a la norma, y la pena es la respuesta que conforma la norma, en consecuencia, la función de la pena es restringir la vigencia de la norma violada con la conducta delictiva.

Críticas al funcionalismo normativista.- Las críticas a este sistema esencialmente se refieren a la fundamentación puramente normativista del derecho penal, conforme con la cual la ley penal debe tener validez por haber sido emitida por el órgano del estado facultado para ello (Poder Legislativo).

Sería muy peligroso adoptar la teoría funcionalista normativista en Ecuador, pues nuestras bases democráticas son todavía endeble, y el Poder Legislativo todavía no cumple cabalmente con su función de emitir leyes única y exclusivamente para beneficio del pueblo; aunque la teoría de Jackobs es muy atractiva por su construcción lógica, sus postulados deben de tomarse con mucha cautela si se quieren aplicar en nuestro país.

2.2.4.2. EL SISTEMA RACIONAL-FINAL, TELEOLÓGICO O FUNCIONAL MODERADO DE ROXIN.

Claus Roxin retoma los principios del pensamiento neo-hegeliano y neokantiano, ya que la dogmática no debe sustentarse exclusivamente en desarrollos lógicos y normativos, sino que tiene que atender a la realidad social y ofrecer soluciones conforme a los conocimientos ofrecidos por la política criminal.

Dos son las innovaciones centrales del funcionalismo: la teoría de la imputación al tipo objetivo (la cual se conoce también como teoría de la imputación normativa del resultado de la conducta) y la tercera categoría de la teoría del delito, denominada responsabilidad, la cual se compone de la culpabilidad y la necesidad de imponer la pena.

Conducta.- El sistema funcionalista rechaza las concepciones de la conducta ofrecidas por los anteriores sistemas, debido a que la formación del sistema jurídico penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede asignarse por las finalidades del Derecho Penal.

Tipicidad.- La teoría funcionalista interpreta las conductas descritas en los tipos penales en función de la necesidad abstracta de la pena para un supuesto regular, y no basado en la personalidad del sujeto en concreto o de la concreta situación de la actuación.

En el funcionalismo, el tipo objetivo se debe interpretar teleológicamente, estableciendo si la conducta en particular está dentro del radio de prohibición que el legislador quiso plasmar al emitir el tipo. En otras palabras, el tipo penal describe una conducta, pero la realidad ofrece multiplicidad de conductas que podrían adecuarse a dicha descripción; luego entonces se debe determinar cuáles de esas conductas se han pretendido prevenir a través del tipo. Solo aquellas conductas así identificadas pueden ser consideradas como desaprobadas legalmente y, en consecuencia, son típicas.

El tipo subjetivo siguió conformándose con el dolo o la culpa y los elementos subjetivos distintos del dolo, y el único cambio radicó en su concepción.

Antijuridicidad.- Para Roxin una acción es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales.

La conducta típica será antijurídica si no está amparada por alguna causa de justificación.

Responsabilidad.- La culpabilidad, como cuarta categoría de la teoría del delito, es sustituida por Roxin por la "responsabilidad", la cual se conforma por la culpabilidad y la necesidad de la pena. Para considerar responsable al sujeto, además de la culpabilidad, se debe constatar la necesidad de imponerle la pena y no una sanción menos nociva, para la cual es necesario acudir a los fines de la pena.

En resumen, las principales aportaciones de Roxin son las siguientes:

- a) Se reorienta la teoría del delito bajo criterios de política criminal, principalmente basados en los fines de la pena.
- b) La conducta se fundamenta en su significado social.
- c) El tipo objetivo se delimita a través de criterios de imputación normativa.
- d) Se engloba a la culpabilidad y a la necesidad de la pena en una sola categoría denominada "responsabilidad" personal.

La estructura del sistema funcional es la siguiente:

DELITO	<p>Conducta, atribuibilidad.</p> <p>Tipo Objetivo (elementos objetivos; elementos normativos; criterios de imputación normativa al tipo [teoría de la imputación objetiva del resultado).</p> <p>Tipo Subjetivo (dolo o culpa y elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo)</p> <p>Antijuridicidad caracterizada por la ausencia de causas de justificación: legítima defensa; estado de necesidad justificante; cumplimiento de un deber; ejercicio de un derecho o consentimiento del sujeto pasivo.</p> <p>Responsabilidad Culpabilidad.</p> <p>Imputabilidad.</p> <p>Conciencia de la antijuridicidad.</p> <p>Ausencia de excluyentes de la culpabilidad: miedo grave o temor fundado; error de prohibición; estado de necesidad exculpante.</p> <p>Necesidad de la pena.</p>
--------	--

Críticas al funcionalismo moderado.- Hirsch critica la indeterminación de los criterios o reglas de la imputación al tipo objetivo y considera que a la reestructuración sistemática ocasionada por Welzel no han seguido nuevas

concepciones dogmáticas que suenen convincentes. Sin embargo, a productividad de los criterios o regla ya existentes para imputa el resultado a la conducta para encuadrarla debidamente al tipo objetivo han permitido solucionar satisfactoriamente los viejos problemas que los anteriores sistemas fueron incapaces de resolver.

CAPITULO III

ESQUEMA CAUSALISTA

3.1. ORÍGENES. CONCEPUALIZACIÓN:

Debido a la necesidad de comprender el delito como un todo coherente, surgió toda una sistematización en lo que se refiere a la teoría del delito, fuente de continuas discusiones que llevaron al nacimiento de la dogmática jurídico penal, la cual se basa en los cuerpos de leyes.

Este sistema, también considerado clásico, corresponde a la dogmática penal de los primeros años del siglo XX. Esta concepción partió de admitir la acción como fundamental en la estructura del delito, misma que para acarrear sanción penal debe encajar en una descripción legal, que no esté amparada en una justificación y que sea realizada por una persona imputable, con capacidad de determinación y que hubiese obrado con culpabilidad.⁵³

Así las cosas, podemos afirmar que este esquema, encuentra en el concepto antes señalado elementos, mismos que podían ser objetivos y subjetivos; y, es precisamente la separación de una parte objetiva y otra subjetiva en el delito, sumado al concepto causal de la acción, que caracterizan el esquema clásico del delito, también llamado “esquema Liszt- Beling”.⁵⁴

Cuenta la historia jurídico penal que ha inicios del siglo, Von Liszt propuso una definición del delito como “acto culpable, contrario al derecho y sancionado

⁵³ CFR. AGUDELO BETANCUR, Nódier, Curso de Derecho Penal, Esquemas del Delito, Tercera Edición, Edit. Temis, Bogotá, 2007.

⁵⁴ CFR. AGUDELO BETANCUR, Nódier, Curso de Derecho Penal, Esquemas del Delito, Tercera Edición, Edit. Temis, Bogotá, 2007.

con una pena”⁵⁵; esta idea fue completada por Beling, a partir de dos puntos fundamentales: “a) el proceso material causal, y b) el contenido objetivo de la voluntad, situaciones ambas que producen su impacto en el desarrollo de todo sistema y en las construcciones dogmáticas derivadas del mismo”.

En tal sentido, la acción es la causa del resultado, en virtud de que el proceso causal naturalístico plantea forzosamente una relación de causalidad entre la acción y su resultado, en otras palabras la acción es ciega.

Dicho de otro modo, por el penalista Renán Quirós Pérez, el sistema jurídico penal causalista tiene sus orígenes en Franz Von Listz el cual se concibe la “acción” como el fenómeno causal natural en el delito. Listz recoge ideas de las Escuelas Clásicas y Positivista; se avoca al estudio del Código Penal Alemán de 1871, a partir de la definición del mismo Código para el delito que es la acción sancionada por las leyes penales haciendo un estudio sistemático del derecho penal y del delito, partiendo de una base naturalística, causalista, que es el acto o acción humana.

La teoría causal de la acción se ha desarrollado en dos etapas. En una primera fase, la acción se concibió en un plano meramente causal-mecanicista: ella se corresponde con los sistemas de Von Liszt, Beling y Radbruch, también llamado Causalismo Natural, se identifica con un modelo cuya base de inspiración fue el positivismo naturalista. Es el inicio de la dogmática moderna y a partir de él se pretende configurar una teoría científica del delito. El delito

⁵⁵ Idem.

es una acción equivalente a un hecho de la naturaleza que produce un cambio en el mundo social. Luego, el delito es definido por la relación de causalidad entre esa acción y la modificación del mundo exterior.⁵⁶ La acción es la modificación voluntaria del mundo exterior perceptible por los sentidos.⁵⁷

Con posterioridad se le adicionó una tesis neokantiana-normativista: ella se corresponde con el sistema de Mezger, llamado también el causalismo valorativo, que serviría de fundamento para una revisión crítica del positivismo, a partir del nuevo pensamiento kantiano, que a decir de más de un doctrinario sería el comienzo de una huida del pensamiento positivista que se centraría en su más claro signo de identidad, es decir, en el concepto de causalidad. En otras palabras el causalismo valorativo mantuvo el concepto de acción causal, sólo que la causalidad pasa a ser causalidad valorada y, por tanto, también el delito.

Brevemente intentaremos conceptualizar este sistema, tomado los criterios de dos reconocidos doctrinarios, Juan Bustos y Renan Quirós Pérez, resumiéndolos así:

Para Von Liszt, la acción era la causación voluntaria o no impeditiva de un cambio en el mundo exterior. El resultado externo, consideraba separado de la manifestación de voluntad, pero causado por ella: uno y otro debían hallarse

⁵⁶ BUSTOS, Juan. Lecciones de Derecho Penal. Volumen 1.

⁵⁷ FRANZ VON LISZT, Tratado de Derecho Penal.

unidos por un vínculo causal. El contenido de la voluntad era irrelevante para la acción; se le consideraba perteneciente a la culpabilidad.

Los inconvenientes, sin embargo, se suscitaban en el campo de la omisión, donde se separaron los criterios de Beling y de von Liszt. Beling, con el empeño de no apartarse de la dirección causal mecanicista, aseguró que mientras en la acción existía una excitación dirigida a mover el sistema nervioso, en la omisión existía una excitación orientada a frenar los nervios motores

Al contrario para Von Liszt si bien la acción podía ser entendida como movimiento corporal, al trasladarse esta idea a la omisión, se hallaban obstáculos insuperables, porque ella no consistía en una forma de actuación corporal, sino en el hecho de que el ordenamiento jurídico esperaba una determinada acción dirigida a impedir el resultado.

Por su parte, Radbruch sostuvo la tesis de la absoluta escisión del sistema penal en dos partes: acción y omisión constituían dos términos irreducibles a una categoría superior que los unificara; por el contrario, se hallaban una al lado de la otra, sin nexos entre sí.⁵⁸

Así las cosas, y con la influencia del pensamiento Neokantiano, surge la posición de Mezger, quien de una parte aseguraba que a la acción en sentido

⁵⁸ QUIROS PÍREZ, Renán. Manual de Derecho Penal I.

amplio le era inherente el querer interno del agente; y de otra, afirmaba que a la esencia de la omisión no pertenecía querer alguno y sólo la posibilidad de un querer, pudiendo concluirse que el mencionado autor tampoco pudo conseguir un real concepto de acción.

Esta teoría dominó, tuvo plena vigencia, sin oposiciones hasta las primeras décadas del siglo XX, cuando comenzaron a presentarse serios reparos que ganaron espacio dentro del campo del pensamiento jurídico-penal.

3.2. FUNDAMENTOS. CATEGORÍAS:

En el **causalismo** la acción sería el movimiento corporal producido por (o) que responda un acto de voluntad.

Se conoce como teoría de la *conditio sine qua non*, la cual señala que todas las condiciones (conductas) productoras del resultado son equivalentes y, por tanto, causa de este.

Última condición.- También se le llama de la causa próxima o inmediata, considera que de todas las causas, la más cercana al resultado es la que origina.

Condición más eficaz.- Según esta teoría, la causa del resultado será la que tenga eficacia preponderante.

Adecuación.- También llamada de la causalidad adecuada, consiste en afirmar que la causa del resultado será la más adecuada o idónea para producirlo.

Vía absoluta.- consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, quien en apariencia comete la conducta delictiva. El aspecto negativo de la conducta o ausencia de conducta, quiere decir que la conducta no existe y da lugar a la inexistencia del delito. Se ha insistido en que si falta alguno de los elementos esenciales del delito este no se integrará: en consecuencia si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias.

Es pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o impedimentos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana positiva o negativa, la base indispensable del delito como todo problema jurídico. Por ejemplo: que alguien presione la mano de alguien sobre el gatillo, para que dispare el arma y mate a otra persona.

Vis major: es la fuerza que proviene de la naturaleza. No existe voluntad “agente” ni conducta propiamente dicha, consiste en que una fuerza humana

exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, quien en apariencia comete la conducta delictiva

En nuestro proceso investigativo hemos asumido como nuestros los criterios de importantes doctrinarios penalistas, que tienden a dividir el casualismo en:

3.2.1. CAUSALISMO NATURALISTA:

La teoría del causalismo naturalista, radica en los siguientes fundamentos:

a) La acción es la modificación voluntaria del mundo exterior, perceptible por los sentidos, compuesta por tres elementos:

1. La manifestación de la voluntad;
2. El resultado;
3. La relación de causalidad.

Es decir, la acción es un fenómeno natural en el que el proceso causal aparece como decisorio en su estructura.

Vamos a tomar el clásico ejemplo de los tratadistas para explicar los lineamientos de este esquema: Un sujeto dispara en el bosque un arma de fuego y como consecuencia de su acción muere un campesino que andaba recogiendo bejucos. (denominado ejemplo del cazador).

Lo primero que se debe verificar si hubo una modificación del mundo exterior, si existe resultado y si existe relación de causalidad entre la acción humana y dicho resultado. Es menester verificar también si ésta acción está descrita en la Ley, si tal vez existió alguna causal de justificación en el obrar, es necesario cuestionarnos respecto a la culpabilidad, es decir, ¿Qué quiso?, ¿Quiso matar?. Estas y otras interrogantes las despejaremos a continuación.

- b) La tipicidad, es parte del aspecto objetivo del delito y es la descripción de las características externas del comportamiento. En el ejemplo del cazador, es suficiente que la acción se presente como típica (la muerte de un hombre). Dicho de otro modo, la tipicidad, es simplemente descriptiva del proceso causal, es decir, de una relación de necesidad entre un antecedente que es la acción y un consecuente que es el cambio que dicha acción produce en el mundo social. Consignamos otro ejemplo, para determinar la tipicidad de la acción de Pedro, consistente en clavar un puñal a Juan en el corazón, basta con comprobar la relación de causalidad entre dicha acción y la muerte de Juan.

- c) La antijuridicidad, sostenida por Ihering, “es la relación de contradicción objetiva entre la conducta del sujeto y el total ordenamiento jurídico”. En referencia a nuestro trabajo investigativo, de manera concisa, equivale a la falta de permiso para actuar. En otras palabras, es valorativa. Se valora la

relación de contradicción entre ese proceso causal con todo el ordenamiento jurídico.

Siguiendo el ejemplo anterior de Pedro y Juan, una vez que se comprobó la tipicidad de la conducta de Pedro ahora se trata de valorarla desde el ordenamiento jurídico. Puesta en relación a la muerte de Juan con el ordenamiento jurídico, si no hay causa de justificación, queda determinada la antijuridicidad de esa conducta.

- d) La culpabilidad es una relación psicológica entre el hecho y su autor, que tiene una forma subjetiva y perteneciente al mundo natural. Por eso la culpabilidad se agota en el dolo y la culpa, que son formas de esa relación psicológica.

Ahora bien, la culpabilidad entendida como relación psicológica del hecho con el autor requiere de éste condiciones de madurez y de salud psíquica y física para que esa relación pueda tener lugar.

Las condiciones señaladas determinan la imputabilidad o capacidad de culpabilidad de una persona. En consecuencia, el modelo del causalismo naturalista necesariamente tiene que contemplar la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad.

Para que se pueda hablar de culpabilidad, es necesario que previamente se constate la imputabilidad del sujeto, entendida como la capacidad de entender y querer.

En definitiva, el delito tiene un ámbito de carácter objetivo (el injusto) y otro de carácter subjetivo (la culpabilidad), pero lo común es la pertenencia al mundo de lo natural (en el sentido de las ciencias de la naturaleza).

3.2.2. CAUSALISMO VALORATIVO:

El causalismo valorativo radica en los siguientes fundamentos de orden doctrinario y jurídico:

- a) La acción, algunas observaciones se realizan cuando se comparan la naturaleza de ciertos delitos en los que el cambio perceptible del mundo exterior resulta irrelevante o cuando se contempla el fenómeno de la omisión; es decir, éstas objeciones son relativas a la necesidad de la modificación del mundo exterior y las objeciones relacionadas con la omisión, frente a ésta última se propusieron algunas alternativas, concluyendo que la esencia de la omisión como fenómeno relevante para el derecho no está en el simple no hacer sino en la evitación de algo que se tenía el deber jurídico de impedir

- b) La tipicidad, en esquema neoclásico se sostiene algo distinto, no es cierto que la tipicidad sea objetiva y que en orden a establecerla no sea necesario hacer valoraciones. Se concluye entonces que es descriptiva y al mismo tiempo valorativo. Que pertenece al ámbito objetivo, pero por excepción puede contener elementos subjetivos.

Para una mejor comprensión consignamos el siguiente ejemplo, el tipo legal del hurto no puede ser entendido sin el elemento subjetivo (ánimo de lucro), pues en caso contrario el ámbito de aplicación del tipo se extendería a todo tipo de supuestos en que el autor simplemente cogiera una cosa.

- c) La antijuridicidad, se determinó que no es verdad que se la pueda establecer independientemente de la consideración de factores subjetivos; es decir, es valorativa y objetiva, y sólo por excepción contiene algún elemento subjetivo (el conocimiento) en algunas causas de justificación. En suma, el injusto es objetivo y perteneciente al mundo del valor.
- d) Si la culpabilidad, sigue siendo psicológico, pero se introduce un elemento de reproche; recordemos que era sólo subjetiva para el causalismo naturalista, con el causalismo valorativo pasa a ser antes que nada valorativa, pues es entendida como un reproche al autor. Pero también es subjetiva, ya que el sujeto tenía capacidad para actuar de otra manera. La

culpabilidad no puede ser concebida solamente como una vinculación psicológica, sino que la culpabilidad es un juicio de reproche.

Con ello, entonces, dolo y culpa pasan a ser sólo elementos de la culpabilidad y la imputabilidad o capacidad de culpabilidad pasa a integrarse como otro elemento dentro de ella. Del mismo modo también se incluye como elemento por algunos la exigibilidad de la conducta como valoración de las circunstancias en que actuó la persona.

En definitiva, el delito tiene un ámbito de carácter objetivo valorativo (el injusto) y otro de carácter subjetivo valorativo (la culpabilidad), luego la característica común es la pertenencia al *mundo del valor* (en el sentido de las ciencias valorativas).

3.3. ESQUEMA:

REPRESENTACIÓN DEL ESQUEMA CLÁSICO:

ACCIÓN TÍPICA, ANTIJURÍDICA

CULPABLE

Aspecto Objetivo

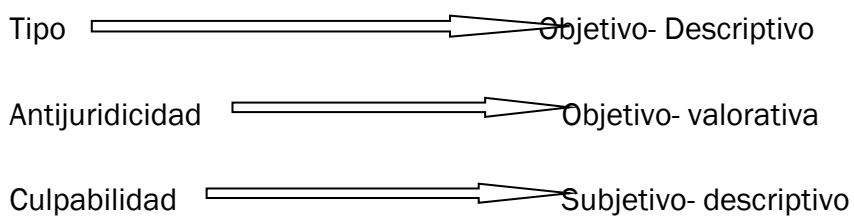
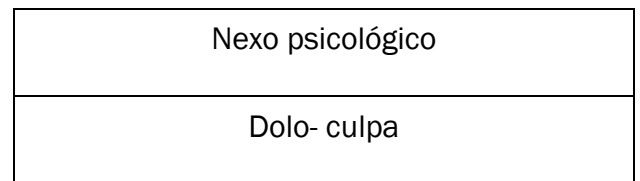
Aspecto Subjetivo

Presupuesto

Culpabilidad



Imputabilidad



REPRESENTACIÓN DEL SISTEMA NEOCLÁSICO:

ACCIÓN TÍPICA, ANTIJURÍDICA

Prevalentemente

Objetiva:

A veces, elementos

Subjetivos y normativos.

CULPABLE

Nexo +Reproche
Imputabilidad
Dolo- culpa
Exigibilidad

CAPITULO IV

ESQUEMA FINALISTA

4.1. ORÍGENES. CONCEPTUALIZACIÓN:

Los postulados del positivismo y su teoría causalista fueron seria y fuertemente criticados por los criterios de la teoría finalista que atacaron el concepto mismo de la acción, sobre la base del movimiento cultural, científico y filosófico de los años treinta.

Sus primeras observaciones fueron que el delito es acción, pero no causal sino final, lo que significa que el actuar humano se determina desde el fin perseguido por el autor sobre la base de su experiencia causal.

Según Welzel, la acción humana es siempre causal y final. El carácter finalista de la acción se basa en que el ser humano, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de esos fines. Si éste es el carácter de la acción humana, también lo será el de la acción delictiva.

Acogiendo las propuestas tanto de Raúl Plascencia Villanueva; como de Nódier Agudelo Betancur, podemos concluir que para el finalismo la acción será siempre el ejercicio final de la acción humana, es decir supone la voluntad y ésta siempre implicará un fin determinado; éstos dos autores coinciden también que la realización de la acción se produce en dos fases, éstas son:

- La fase interna de realización de la acción, coincidentemente los dos autores, plantean con los siguientes elementos:

- a) El objetivo que se pretende conseguir, es decir la anticipación mental del fin;
- b) Determinación de los medios, es decir los medios empleados para su consecución;
- c) Las posibles consecuencias secundarias que se vinculan al empleo de los medios que pueden ser relevantes o irrelevantes, desde la perspectiva jurídico penal.

- La fase externa se integra de la siguiente manera:⁵⁹

- a) Es la puesta en marcha, la dinámica de los medios para realizar el objetivo principal;
- b) El resultado previsto y el o los resultados concomitantes, y
- c) El nexo o relación causal.

Dicho de otro modo, recorridos los pasos de la etapa interna de realización, el ser humano, poniendo en movimiento los medios elegidos, desata el proceso causal, poniéndolo en marcha conforme a la meta fijada, siendo el resultado el fin, junto con los efectos concomitantes realizados.

⁵⁹ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Teoría del delito, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 107.

Esta concepción por Welzel con base en el desarrollo de las teorías e ideas de Graf zu Dhona, Weber y Wolf, ha pasado por diferentes momentos desde su origen en la segunda década del presente siglo y su conformación diez años después hasta lograr su actual desarrollo.

4.2. FUNDAMENTOS. CATEGORÍAS

Los fundamentos teóricos y doctrinarios del esquema causalista del delito son los siguientes:

- a) La acción, es el ejercicio final de la actividad humana. Welzel señala que de la acción, hace parte la voluntad, con consecuencias trascendentales para la teoría del delito; es decir, la acción supone la voluntad y ésta implica finalidad. Uno de los ejemplos clásicos de este esquema, constituye el caso de la enfermera que inyecta un calmante al paciente pero realmente lo que inyectó fue un veneno letal que el enemigo del paciente puso en la jeringa; según Welzel y la teoría finalista, la enfermera obró con voluntad; es decir también ella ha obrado finalmente; también es indiscutible que ella ha encausado su acción; pero también se debe tomar en consideración que la enfermera no tuvo la intención de matar: éste no era el fin de su obrar final, a esa meta no ha encausado o dirigido su acción: “es una acción final de inyectar, no una acción final de matar”.

La diferencia entre éste y los otros esquemas es que no basta con que el sujeto haya querido algo, es preciso determinar lo algo querido.

- b) La tipicidad tiene un aspecto objetivo, descriptivo y valorativo (del proceso causal) y un aspecto subjetivo (que recoge valorativamente el proceso desde el fin). Coincidimos en aceptar el criterio de la mayoría de doctrinarios en cuanto a manifestar que el dolo y la culpa pertenecen a la tipicidad; el dolo es conocer y querer la realización del hecho típico.

En este sistema, podemos afirmar también, que existe una firme creencia en la tipicidad como indicio de la antijuridicidad, Mezger, al respecto dice: “el tipo es el fundamento real y de validez de la antijuridicidad “ en otras palabras, una acción en legítima defensa es típica, pero no antijurídica; se rechaza la confusión entre ambos conceptos.

- c) La antijuridicidad es objetiva y valorativa, pero todas las causas de justificación contienen elementos subjetivos (conocimiento e intención).

Según Welzel “lo esencial en la determinación de la antijuridicidad no es que exista un desvalor de resultado, sino la existencia de un desvalor de acción: ésta es la doctrina del injusto personal que los finalistas defienden”, dicho de otro modo, por el mismo autor “La antijuridicidad es

siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto de la acción referida al autor, es injusto personal”⁶⁰

Para una mejor comprensión consignamos el siguiente ejemplo: “el que mate a otro incurrirá en x pena”, lo que quiere decir no mates; recordemos que el Derecho Penal es un sistema de mandatos y prohibiciones y que según esta teoría la antijuridicidad puede existir o no, independientemente de que se produzca o no un resultado desvalioso. Retornando a nuestro ejemplo, si un ciudadano, dispara contra otro, demuestra con esa acción, la voluntad de matar, aunque no lo mate porque el arma estaba descargada.

Concluyendo, la antijuridicidad está íntimamente relacionada con las concepciones del derecho penal y su misión, dando prevalencia al desvalor de la acción, frente al desvalor de resultado.

d) La culpabilidad, en la teoría finalista, es puro juicio de reproche y tendría como supuestos, los siguientes ingredientes:

- La imputabilidad;
- La conciencia actual o potencial de la antijuridicidad;
- La exigibilidad de otra conducta.

⁶⁰ WELZEL, Hanz, El nuevo del sistema del derecho penal, 4ta. Edición, Edit. Juris, Santiago-Chile, 2001, pág. 184.

Respecto al segundo requisito: conciencia de la antijuridicidad, es considerado factor de importancia para la elaboración del concepto de culpabilidad, pero según la manera de concebirse se han formulado distintas teorías:

A. TEORÍA DEL DOLO: Porque sostiene que el dolo implica la conciencia de la antijuridicidad. Ésta a su vez tiene dos versiones:

- Teoría “estricta del dolo”, el conocimiento del injusto hace parte del dolo y debe ser actual.
- Teoría “limitada” del dolo, para la existencia del dolo, exige el potencial conocimiento del injusto.

B. TEORÍA DE LA CULPABILIDAD: La culpabilidad no constituye un simple nexo psicológico; en este caso, el dolo y la culpa no son fenómenos de éste elemento del delito; “es el reproche que se hace al sujeto imputable, que ha obrado de manera típicamente dolosa o culposa y con antijuridicidad-, tal reproche se hace al individuo porque no se comportó conforme al derecho habiéndolo podido respetar”⁶¹.

Así las cosas, la culpabilidad, se entiende como un juicio de reproche que se hace al individuo que pudiendo respetar el derecho, no lo hace.

⁶¹ WELZEL, Hanz, El nuevo del sistema del derecho penal, 4ta. Edición, Edit. Juris, Santiago-Chile, 2001, pág. 187.

A nuestro criterio, podemos resumir las categorías de ésta teoría, así:

Dentro de la concepción finalista, se llama acción a todo **comportamiento** dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad.

Finalismo: tratase de la acción voluntaria final: la acción se concibe como conducta en cuanto a actividad u omisión con las que el autor persigue un **objetivo**.

Los finalistas piensan que para el causalismo la acción únicamente adquiere **carácter** de conducta al llegar a la culpabilidad (lo cual no es exacto, pues ello constituye un “causalismo puro”, difícil de encontrar en el panorama penal).

Pensar en un movimiento corporal o en una inacción voluntarios marginados de la finalidad, no es admisible. No necesariamente hemos de entender la finalidad como el querer lograr algo: nos basta con que ella se dé con el querer hacer o no hacer algo. En el particular interés que reviste la acción en el derecho penal.

En este particular aspecto, tienen alguna razón los finalistas, no precisamente porque se trate de una consecuencia ontológica del concepto de acción, como ellos creen, sino porque viene motivado por la relación teórica: si el derecho

penal selecciona conductas que ya son hechos ilícitos de responsabilidad subjetiva para adjuntarles una pena, es muy difícil pensar en la acción trasplantada a lo penal sin consideración alguna a la culpabilidad del agente, por lo menos en la medida necesaria para prefigurarse como hecho ilícito.

En muchos expositores aparece rondando la idea de que los tratadistas no finalistas elaboran un concepto de acción sin finalidad y por tanto sin verdadera voluntariedad. La acentuación de la finalidad (como logro de algo) llevó al finalismo a consustanciar la finalidad con el dolo y la culpa, la acción para ser voluntariamente final, tiene que ser dolosa o culposa, sino lo es, no será ni final, ni, por tanto, voluntaria.

En verdad, pensar en un movimiento corporal o en una inacción voluntarios marginados de la finalidad, no es admisible. Sin embargo, como vimos, no necesariamente hemos de entender la finalidad como el querer lograr algo, nos basta con que ella se de con el querer hacer o no hacer algo.

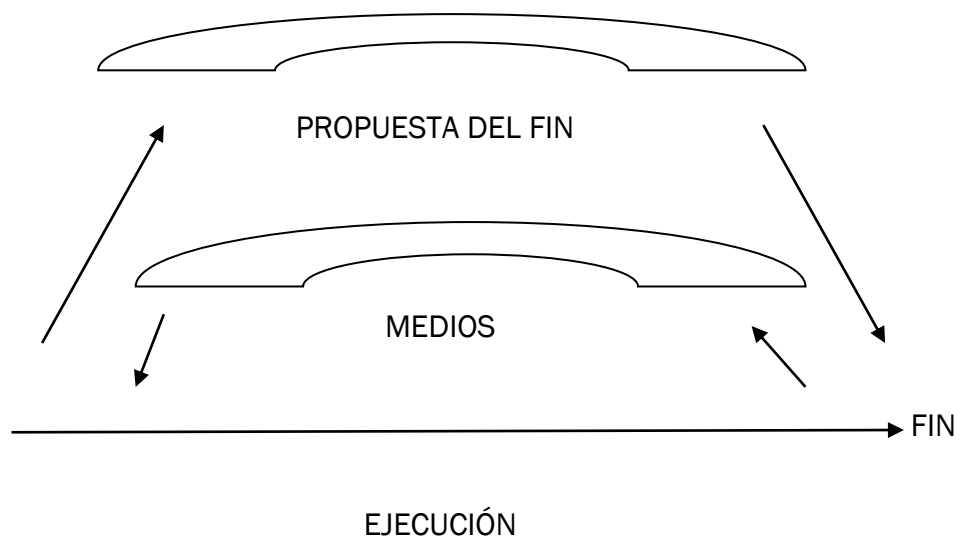
Reconocer la acción como quehacer voluntario final, no nos obliga a tratar en su teoría el objetivo (el para qué) de esa finalidad. podemos por tanto conformarnos con el concepto de acción como manifestación de voluntad, pero proyectada, es decir, lanzada hacia el futuro, hacia adelante.

El concepto de acción precedentemente expuesto proviene de la teoría general del hecho ilícito del que se responde subjetivamente que solo puede ser

conducta y, en cuanto tal, conducta de un autor, lo cual indica que es inútil ponerse a meditar en la punibilidad de las personas jurídicas que jamás pueden aparecer como un, autor que asume conductas.

Nuestro derecho requiere para que sea viable, la punibilidad, que el sujeto sea autor de un hecho (derecho penal de hecho), sin embargo, en la evolución moderna del derecho penal no han faltado intentos de fundamentar la punibilidad en las características personales del sujeto, sin necesidad de referenciarlo como autor de un hecho.

4.3. ESQUEMA.



CAPITULO V

TEORIA DEL CASO

5.1. GENERALIDADES

Según Heliodoro Fierro Méndez, “El estudio del sistema penal acusatorio a partir de sus componentes es un método científico con el cual se busca conocer y comprender una realidad”⁶² misma que a decir del mismo autor, lo hace dentro de los siguientes componentes:

- a. Fundamentos legales, constitucionales y estructurales del proceso: Nos permiten identificar las acciones que, tanto de la fase pre procesal como del juicio, trascienden hacia los derechos y garantías fundamentales, incidiendo en ellas de manera directa o vía conexidad.
- b. Argumentación del caso. Los supuestos de hecho y de derecho: Componente relacionado con el análisis que se hace al discurso que, al Juez, las partes presenten, a objeto de tomar la decisión final, aquí se valoran algunos elementos como: Los hechos jurídicamente relevantes con respecto al acto que se imputa; la teoría del caso y su consistencia más allá de la duda razonable y la adecuación normativa.
- c. Demostración del caso. Los soportes probatorios: Que está relacionado con la calificación y valoración que se hace a los elementos materiales

⁶² FIERRO MÉNDEZ, Heliodoro, Control de Garantías del Proceso Penal Acusatorio, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C. Colombia, 2007, pág. 1.

probatorios, a las evidencias físicas y a los medios de prueba. Es decir con la estructura probatoria.⁶³

El proceso penal en el Ecuador es acusatorio, tiene un fuerte componente de oralidad y debate contradictorio que a su vez requiere un desempeño mucho más dinámico y exigente; distinto al que estábamos acostumbrados, en el sistema inquisitivo, los operadores del sistema penal, ya sea en nuestra condición de Abogados, Fiscales o Jueces.

En el proceso penal se enfrentan dos partes: quien acusa y quien defiende. Esto implica un complejo aspecto de versiones, donde cada parte pretende explicar y convencer al Juez acerca de cómo ocurrieron los hechos, cuáles son las pruebas que sustentan cada posición y cuál es la adecuación típica de los hechos. Queda demostrado entonces que litigar en un juicio oral es un ejercicio profundamente estratégico, tanto para quien acusa como para quien defiende, que implica la construcción de una teoría del caso, en donde cada parte busca defender su verdad, a través de la explicación de cómo ocurrieron los hechos y la participación del imputado en ellos.

Cada parte debe disponer de un mapa del caso, que incluya sus debilidades y fortalezas, que le permita asumir responsable y eficientemente la defensa o la acusación, pues jamás se debe dejar al azar la libertad de una persona o la condena de los culpables.

⁶³ Cfr. FIERRO MÉNDEZ, Heliodoro, *Obra Citada*, págs. 2-3.

El litigante en el juicio oral debe narrar y persuadir. Pero no será esa principal tarea y primordial objetivo, pues debemos recordar que esto sólo se logra con la construcción de una teoría del caso consistente, fundamentada doctrinaria, constitucional y legalmente fundamentada, suficientemente probada y adecuadamente expuesta que tenga por finalidad lograr una decisión favorable por parte del juez.

5.2. CONCEPTUALIZACIONES

Nos permitimos transcribir algunos conceptos de importantes autores, que a nuestro criterio coinciden y recogen en esencia lo que es la Teoría del Caso:

- “Es la idea central que adoptamos para explicar y dar sentido a los hechos que se presentaran como fundantes de una historia, permitiendo dar cuenta de una determinada teoría jurídica”. Eduardo A. Mondragón.⁶⁴
- “La teoría del caso es la herramienta imprescindible sin la cual no podemos afrontar eficiente y eficazmente un proceso; nace con la determinación de nuestra versión de los hechos y contiene el planteamiento estratégico del litigante. Es la partitura que nos indica cómo

⁶⁴ CITADO POR LEÓN PARADA, Víctor Orielson, El ABC del Nuevo Sistema Acusatorio Penal, Ecoe Ediciones, Bogotá, pág. 203.

conseguir que nuestra pretensión resulte vencedora, que nos advierta nuestras debilidades, que nos muestre cuál es el camino a seguir, así como también, el cómo y cuándo hacer valer nuestra versión. Este planteamiento se realiza sobre los hechos penalmente relevantes, atendiendo a las pruebas que lo sustentan, y sin dejar de lado el análisis penal de los hechos”. Giulliana Loza Avalos.⁶⁵

- “La teoría del caso intenta constituirse en una suerte de plantilla, a través de la cual el litigante invita a los jueces a mirar la realidad, o más propiamente, los hechos del caso, proveyéndoles de un lente para dar una lectura intencionada que permita explicar lo sucedido. La teoría del caso corresponde a la idea central que adoptamos para explicar y dar sentido a los hechos que se presentarán como fundantes de una historia, permitiendo dar cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica” Rafael BLANCO, Mauricio DECAP, Leonardo MORENO y Hugo ROJAS.⁶⁶

- “La teoría del caso es, pues, el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan”

⁶⁵ CITADO POR LEÓN PARADA, Víctor Orielson, El ABC del Nuevo Sistema Acusatorio Penal, Ecoe Ediciones, Bogotá, pág. 204.

⁶⁶ Ibidem, págs.. 204-205.

- “Es la teoría que cada una de las partes en el proceso penal plantea sobre la forma cómo ocurrieron los hechos, y la responsabilidad o no del acusado, según las pruebas que presentarán durante el juicio”.

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que, la teoría del caso es el planteamiento técnico que desarrollan y argumentan las partes en un proceso penal, ya sea como defensa o como acusación, para demostrar los hechos penalmente relevantes, basados en pruebas debidamente aportadas y sustentadas, más los fundamentos jurídicos convenientes y pertinentes en lo que se sustenten.

Nuestro Código de procedimiento penal, entre sus normas presente algunas, que permiten colegir la necesidad e importancia, de que tanto fiscal como defensor, construyen sus propias teorías del caso, concediendo a las partes el espacio necesario para exponer y argumentar dentro del juicio, así por ejemplo, podemos señalar las siguientes:

“Art. 286.- Exposición de los sujetos procesales.- A continuación, el Presidente dará la palabra al fiscal, al acusador particular si lo hubiere y a la defensa del procesado, en ese orden, para que realicen sus exposiciones iniciales respecto a los hechos que son objeto del juzgamiento.”⁶⁷

⁶⁷ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a marzo de 2010.

Como bien sabemos, en el sistema acusatorio es de fundamental importancia la exposición oral de los sujetos procesales, y en este caso esencialmente tanto del Fiscal, acusador particular y abogado defensor, pues cada uno presentará la teoría del caso, o el relato de cómo sucedieron los hechos materia de juzgamiento, acogiéndose según sus técnicas y estrategias de defensa a los diversos esquemas teóricos del delito. Es de analizar, que resulta ventajoso para la defensa del procesado, que nuestro sistema procesal penal, basándose en el principio universal de última palabra del procesado, prevea la intervención final en esta parte de la audiencia pública de juzgamiento, de la defensa del procesado, de manera que esta intervención se da conociendo las pretensiones del Fiscal y del acusador particular, con respecto a donde dirigen su prueba en base de la teoría del caso que presenten; consecuentemente, el abogado defensor del procesado deberá tener la suficiente agilidad mental y capacidad para reaccionar y plantear la teoría del caso en función de destruir los argumentos acusatorios que con anterioridad se puedan advertir de las exposiciones de los sujetos procesales que le anteceden en la palabra (fiscal y acusador particular).

“Art. 290.- Exposición del acusador particular.- El acusador particular, por sí mismo o a través de su abogado defensor, expondrá el motivo de su acusación, relatando los hechos de manera circunstanciada, sin emplear

inectivas contra el acusado y concluirá solicitando la práctica de las pruebas que determine específicamente.”⁶⁸

En la disposición que antecede, se da la oportunidad para que la acusación exponga su teoría del caso, disponiendo la Ley que en este caso el acusador particular por sí mismo, o a través de su abogado, procedera a relatar los hechos de manera circunstanciada, lo que significa que necesariamente debe optarse por una visión esquemática del delito, es decir, a apreciarlo a este desde una perspectiva doctrinaria de carácter causalista, finalista o mixta, y esto deberá decidirse en función de los objetivos procesales expresos que se proponga el acusador, y que obviamente no son otros que conseguir la aplicación de un sistema de consecuencias jurídicas en contra del presunto culpable. Entonces, obviamente deberá atenderse si conviene aplicar un esquema causalista y presentar los hechos circunstancias de una manera tendiente a promover la valoración por parte del tribunal de garantías penales, de la pura conducta criminosa, de la participación material del infractor en delito, o también si los hechos se prestan para la aplicación de un esquema finalista, donde de los hechos y circunstancias del delito pudiera deducirse conforme a la sana crítica, la animosidad que dirige la voluntad y conciencia de infractor, como ocurriría por ejemplo en el caso de delitos de lesiones, donde desde una perspectiva finalista bien podría dirigirse la acusación a promover la existencia del delito de tentativa de homicidio,

⁶⁸ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a marzo de 2010.

aunque debemos reflexionar que en este caso la acusación ya estaría dada (lesiones) y la conducta criminosa por la que se llamó a juicio sería invariable, y por tanto la Fiscal y la acusación particular se orientarán en forma invariable a probar la existencia del delito de lesiones.

“Art. 297.- Exposición del Defensor.- El defensor hará una exposición detallada de los hechos y circunstancias que fueren favorables para su defendido y concluirá pidiendo la práctica de las pruebas que determinará expresamente.”⁶⁹

La exposición del defensor es uno de los aspectos fundamentales en la etapa del juicio, y en cuanto norma el Art. 297 del Código de Procedimiento Penal esta se refiere a la presentación “detallada de los hechos y circunstancias” favorables a su defendido, es decir, se trata de la construcción de la teoría del caso, la que deberá trabajarse con la debida anterioridad a la audiencia pública, pero contemplando la posibilidad de modificaciones de último momento en razón de la teoría del caso que esgrima la Fiscalía y la acusación particular. En este caso debe realizarse un profundo ejercicio mental, basado en el conocimiento de la teoría del delito, de manera que considerando el caso particular, las circunstancias del presunto hecho infractor, la propia personalidad del infractor, y otros elementos constitutivos del acto delictivo, se proceda a desarrollar una visión esquemática causalista o finalista del

⁶⁹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a marzo de 2010.

delito, buscando ejercer una defensa estrictamente técnica del procesado, y propendiendo a conseguir una formación crítica favorable de parte del Tribunal de Garantías Penales. La adopción de un esquema causalista, finalista o mixto, está profundamente estructurada en función de las necesidades propias de la defensa, en virtud de la teoría del caso y eficacia probatoria que se pueda avisorar de la contraparte.

“Art. 302.- Inicio del debate.- Concluida la prueba, el presidente mandará que se inicie el debate. Si fueren varios los acusados, habrá un debate particular sobre cada uno de ellos, en el orden que indique el presidente.”⁷⁰

En lo relacionado con el debate, y específicamente con la disposición que manda que exista un debate particular sobre cada uno de los procesados, es necesario sostener que sería conveniente mantener el mismo esquema teórico del delito en la defensa de todos los procesados, pues si en un mismo proceso pretendemos un juzgamiento en base a una presentación de la teoría del caso causalista con respecto a un procesado, y en relación con el otro planteamos el caso y el sustento probatorio desde una perspectiva finalista, muy probablemente se producirá un peligroso fracaso, que afecta de manera sustancial el derecho a una defensa técnica de los procesados.

⁷⁰ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a marzo de 2010.

“Art. 303.- Alegatos.- El Fiscal será oído primeramente, y su alegato se reducirá a una exposición clara y metódica de los hechos imputados al acusado; de las pruebas rendidas durante la audiencia y de las que constan en el proceso, con el análisis que creyere conveniente hacer, pudiendo manifestar al tribunal de garantías penales el valor procesal de las circunstancias alegadas por las partes; determinará si el acusado es autor, cómplice o encubridor y pedirá la imposición de la pena correspondiente, en caso de encontrarle responsable.

Cuando haya acusador particular, hablará después del fiscal. En su exposición observará las normas establecidas en el inciso anterior y concluirá solicitando las penas y el pago de las indemnizaciones civiles que crea procedentes.

Contestará, después el defensor. Será permitida la réplica, pero concluirá siempre el defensor.”⁷¹

La teoría del caso nos sirve entonces para resolver un asunto real dentro de un proceso penal, siendo el guión narrativo que demostrará ante el Juez y el Tribunal el por qué y el cada cual, de cada uno de los argumentos expositivos y de prueba que presenten, tanto el acusador como el defensor, sea para demostrar la inocencia o la culpabilidad del imputado.

⁷¹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a marzo de 2010.

5.3. CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO.

De lo manifestado anteriormente, la teoría del caso nos permite construir la historia persuasiva, con significado penal relevante, que se ha de presentar al Juez. Y, lógicamente para la elaboración de ella, constituye un presupuesto básico e indispensable el conocimiento cabal y pormenorizado del caso, mismo que llega a conocimiento de las autoridades como noticia, querrela, denuncia o por la notoriedad del delito. Un conocido, dicho en el argot penal, señala que “El que no conoce el caso no tiene nada que hacer en el proceso”.

Muchos son los autores que han expuesto y presentado la manera efectiva de construcción de la teoría del caso, pero la mayoría coincide en hacerlo por pasos y etapas, mismos, que nos permitimos interrelacionar y resumir de la siguiente manera, incluyendo dentro de los mismos el estudio de los tres componentes de la teoría del caso a saber, jurídico, fáctico y probatorio:

a) RELATO DE LOS HECHOS:

Conocido el hecho y de conformidad al art. 215 de nuestro Código Procesal, se inicia la indagación previa, en la que el fiscal, conjuntamente con la policía nacional investigarán los hechos presumiblemente constitutivos de la infracción penal; y si el fiscal considera que existen fundamentos suficientes para imputar a una persona participación en un hecho delictivo, resolverá el

inicio de la instrucción fiscal, tal como lo prevé el art. 217 del cuerpo legal antes invocado, de ésta forma, iniciada la investigación o diligencias previas, las partes deberán construir el relato o versión de los hechos.

Los autores consultados, coinciden en manifestar que, desde la perspectiva del Fiscal el relato debe construirse a partir del parte policial, las versiones de la víctima y de uno o varios testigos, respondiendo a las siguientes interrogantes: ¿Quién lo hizo?, ¿Cuándo?, ¿Dónde?, ¿Contra quién o contra qué?, ¿Cómo?, ¿Por qué? y ¿Para qué?. Por su parte la defensa partirá de la declaración del imputado al momento de su detención o durante la investigación, su relato al igual que el del Fiscal debe responder un grupo de preguntas básicas, que en esta caso irán orientadas a: ¿Cuándo?, ¿Dónde?, ¿Quiénes son los actores?, ¿Tuvo participación en los hechos?, ¿Qué hizo?, ¿Dónde se encontraba cuando sucedieron los hechos?, ¿Cómo se enteró?, ¿Por qué el imputado no es el responsable? O ¿Cuál es el motivo que justifica su actuación?

b) DETERMINACIÓN DE LA TEORÍA JURÍDICA. COMPONENTE JURÍDICO:

La tipicidad, la culpabilidad y la antijuridicidad, como hemos analizado, son los componentes básicos de la constitución de una norma penal, por tanto, es este componente el punto de partida para el inicio de la investigación penal, pues en caso del Fiscal, le permitirá conocer cuáles son los elementos que debe satisfacer su teoría del caso para poder obtener una condena, o en caso

de la defensa, conocer cuáles son los elementos que se deben refutar para conseguir la absolución de su cliente.

Es decir se fundamenta en la adecuación típica de la conducta, los hechos y lo dispuesto en el Código Penal y de Procedimiento Penal. Dicho de otro modo, cuando hablamos del componente jurídico de la teoría del caso nos referimos al hecho de encuadrar la historia del hecho dentro de la norma penal aplicable.

Entonces, no basta con decir es culpable o inocente en nuestro mapa del caso, sino que es necesario que nuestro relato además de ser coherente, tenga sustento normativo. Según la penalista Giulliana Loza Avalos, una vez redactado nuestro relato de los hechos debemos seguir los siguientes pasos:

- Identificar el tipo penal, es decir a qué delito se adecua la conducta.
- Identificar y desglosar cada uno de los elementos del tipo penal.
- Analizar si en el caso se presentan circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.
- Determinar supuestos de dogmática penal aplicable. Pero sin entrar a debates extensos.

c) CONSTRUCCIÓN DE LAS PROPOSICIONES FÁCTICAS DEL CASO.

COMPONENTE FÁCTICO:

El componente fáctico es el que sobrelleva, en simultaneidad lo jurídico. Pues estamos hablando de una afirmación de hecho, respecto del caso concreto,

que si el Juez la cree, tiende a satisfacer un elemento de la teoría jurídica. Normalmente estas proposiciones fácticas se remiten a experiencias concretas del caso, sobre las que un testigo sí puede declarar.

Según, Víctor León Parada y Giulliana Loza, por lo general las proposiciones fácticas constituyen las ideas fuerzas de nuestra versión, plasmadas en frases simples y coherentes. Estas proposiciones adquieren contenido con las declaraciones de los testigos, que responden a la adecuación del tipo penal. De ahí, que sobre las proposiciones fácticas recaigan las pruebas.

Lo más adecuado es tener al menos una proposición fáctica por cada elemento del tipo penal. En el caso del Fiscal para comprobar que los hechos se subsumen al tipo. La defensa, por su parte, tiene dos opciones: limitarse a desacreditar las proposiciones fácticas de la Fiscalía, o construir sus propias proposiciones fácticas y verificar que la conducta del imputado no encuadra en el tipo penal.

A decir de BAYTELMAN y DUCE, “las proposiciones fácticas son más fuertes en la medida que más satisfacen el elemento legal para el que fueron ofrecidas; la fortaleza o debilidad de una proposición fáctica no tiene que ver con que tengamos prueba para acreditarla; la prueba es crucial pero es otro problema. Para evaluar la calidad de una proposición fáctica se debe acudir al “test de la superposición”: mientras más esté la contraparte en condiciones de superponer a esa misma proposición fáctica otra interpretación al menos

igualmente razonable y creíble de esos hechos, más débil ella es. Además, la fortaleza o debilidad de una proposición fáctica no puede evaluarse respecto de cada una de ellas individualmente consideradas, sino de todas ellas sopesadas unas con otras, tanto en lo relacionado con las propias como con las de la contraparte”⁷².

d) EL SUSTENTO PROBATORIO. COMPONENTE PROBATORIO.-

El componente probatorio, siempre y por regla general se sustenta en los dos componentes antes mencionados, jurídicos y fácticos, éste nos permite establecer cuáles son las pruebas pertinentes, adecuadas y efectivas para construir la certeza de la existencia del delito y la culpabilidad del acusado.

Por tanto, cada una de nuestras afirmaciones debe tener sustento probatorio, de esta forma, nuestra versión será creíble, pues no basta nuestra simple exposición sino que debe estar debidamente probada.

En este sentido, BAYTELMAN y DUCE exponen como herramienta para “determinar la fortaleza o debilidad de la prueba, el “test de la credibilidad”.

Por tanto, debemos conocer qué evidencia vamos a emplear, en qué orden y cómo la vamos a formular”⁷³. De ahí la importancia de la teoría del caso, pues este mapa que construimos antes de ingresar al juicio oral nos permitirá diferenciar las evidencias que tenemos y el momento adecuado para

⁷² CITADOS POR LEÓN PARADA, Víctor Orielson, Obra Citada, pág. 207.

⁷³ CITADOS POR LEÓN PARADA, Víctor Orielson, Obra Citada, pág. 207.

emplearlas, es decir organizar la prueba reina, tanto de la defensa como de la acusación, de tal manera que sea sólida y contundente, estableciendo el orden secuencial de los testigos, que como regla común, se privilegia los testimonios más fuertes o contundentes al inicio o al final.

e) IDENTIFICACIÓN DE LAS DEBILIDADES y FORTALEZAS DEL CASO:

En la teoría del caso debemos incorporar tanto las debilidades como las fortalezas del caso que podrían ser utilizados por la otra parte. Esto nos servirá para cubrirnos oportunamente y mantener firme nuestro relato de los hechos.

f) SE DEBE GENERAR UN TEMA A DEFENDER EN EL JUICIO ORAL:

Como en todo escenario, en el proceso penal, existe un aspecto comunicacional. La intención es que el Juez crea nuestra versión. La teoría del caso, se estrena con el alegato de apertura, momento en el cual se proclama el tema de la misma, cuando se reseña e indica el asunto central de la relación histórica de los hechos que motivaron el posible delito. El tema de la teoría del caso, es similar al título o rótulo de una película u obra literaria. Es por ello que debemos buscar y expresar una frase, a manera de titular de diario. Una frase que resuma nuestra versión de los hechos, que sea fuerte y clara. Por ejemplo “lo mató por celos” o “crónica de una muerte anunciada”

El tema no solo anuncia e insinúa un suceso, sino que es la frase que vamos a defender durante todo el proceso y nos servirá para hacer nuestro alegato de apertura y repetirla al momento de hacer el alegato de cierre.

Durante éste análisis hemos doctrinariamente señalado los pasos para la construcción de la teoría del caso, pero creemos conveniente acercarnos a la realidad práctica y presentar como realizar la construcción de la teoría del caso frente a un juicio.

1.- Preparación para el juicio.-

Se debe iniciar con la redacción de un bosquejo que recoja todos los aspectos importantes del caso que deben ser probados en el juicio y un listado o índice que nos permita cotejar durante el juicio la prueba que debe ser reconocida por los testigos y el orden que debemos seguir al presentar la misma. Es lo mismo que habíamos señalado antes respecto de la prueba reina.

Como parte del proceso preparatorio de un caso debemos cerciorarnos de la prueba testimonial y no testimonial en que sustentaremos nuestras aseveraciones.

2.- Preparación de los testigos.-

Al entrevistar al testigo se debe escuchar su relato y luego de oírlo se le debe indicar cuáles son los datos imprescindibles de su testimonio que acreditan las alegaciones del caso. Además de explicarle al testigo que es lo que se pretende probar con su testimonio, se le debe describir las funciones del juez, del fiscal y del defensor. Es conveniente practicar con el testigo las preguntas y las respuestas que se le formularán en el juicio para que se familiarice con el proceso y no reciba sorpresas en el mismo.

Para que la declaración testimonial sea creíble no sólo es suficiente que el testigo diga la verdad sino que su comportamiento sea correcto y sereno mientras declara y la seguridad de sus respuestas, debe convencer al Juez que es la verdad lo que está diciendo.

3.- Alegato de apertura.-

Es una actividad fundamentalmente del litigante, pues constituye la oportunidad para presentar su teoría del caso ante el tribunal. Por medio del alegato de apertura los jueces tomaran por primera vez contacto con los hechos y antecedentes que fundamentan el caso. En el punto anterior dijimos que la teoría del caso es un ángulo, un punto de vista desde el cual mirar la prueba, en términos tales que si el juez la mira desde allí verá en ella lo que nosotros vemos. El alegato de apertura es por excelencia el

momento para ofrecer ese punto de vista para la apreciación de la prueba, el ángulo desde el cual leerla. Este es el momento para comenzar a configurar la disposición mental del juzgador hacia el caso y la prueba.

Como complemento de lo señalado, muchos casos se ganan o se pierden con la exposición de la teoría del caso. La naturaleza humana es muy susceptible a hacer juicios permanentes con la primera información que recibimos, por lo que, la primera impresión que produce el relato o argumento que hacen los abogados puede tener más impacto positivo o negativo que la prueba misma. Por lo tanto, es necesario que los abogados aprovechen esta oportunidad para exponer con convencimiento la teoría de su caso, logrando captar la atención y el interés de los jueces al exponerle un resumen objetivo de los hechos y la prueba con que cuentan. La exposición de la teoría también permite anticipar algunas debilidades propias que se tengan para explicarlas razonablemente a fin de quitarle impacto cuando estas surjan en el juicio.

La teoría del caso debe ser amena y realista demostrándole al juzgador que estamos convencidos en la eficacia de nuestra prueba. La exposición debe ser clara, ordenada, sistemática y organizada, generalmente se comienza haciendo una narración general de los hechos en forma cronológica. Luego se ataca o se crítica de forma indirecta las alegaciones de la parte contraria para quitarle efectividad a las mismas. Si los hechos del caso lo permiten es prudente terminar la exposición con un final

climático para apelar a las emociones y comprometer al juzgador con nuestro caso. En tales situaciones los abogados modulan el tono de la voz para darle emotividad al alegato que están haciendo

Sobre la base de estos temas iniciales del juicio, se deberá aprobar un sólido sustento probatorio, cuidadosamente recogido, preparado y valorado, que guarde estricta con la teoría del caso y con las circunstancias que inicialmente se han alegado en relación a aquella.

Todo el trabajo realizado deberá concluirse con un debate profundamente cercano a la realidad de los hechos argumentados en la teoría del caso, concatenados con la prueba aportada en cada uno de sus elementos, haciendo especial énfasis en los hechos circunstanciados oportunamente relatados, de manera que se pueda demostrar en forma fehaciente la teoría del caso de enunciada, dando por ende el debido sustento, conforme a la sana crítica, a los juzgadores.

Creemos pertinente señalar, dentro de éste acápite, ciertas características que según los doctrinarios y de manera coincidente, manifiestan debe contener la teoría del caso.

- SENCILLEZ: La teoría del caso debe presentarse en un lenguaje sencillo y claro, pues éste el marco teórico es el alegato preferencial que se tiene para que el Juez acepte nuestra historia de los hechos. No hay que redundar

en versiones densas. Los argumentos debe girar en torno a las pruebas existentes. No hay que entrar en sofisticados razonamientos fácticos o dogmáticos.

- LÓGICA: Debe guardar plena armonía con los planteamientos nocionales, conceptuales y jurídicos de la exposición de la causa. Su exposición debe guardar una coherencia tal, que permita inferir las consecuencias jurídicas de los hechos que la soportan.
- CREDIBILIDAD: El planteamiento que se exponga como teoría debe ser confiable, creíble y cercano a la realidad. Debe basarse en elementos creíbles y reales que persuadan al juzgador.
- SUFICIENCIA JURÍDICA: Debe tener una base jurídica que logre demostrar la concurrencia o no de los elementos del tipo penal o el cumplimiento de los requisitos de la obtención de la prueba. En este sentido, hay que respetar del principio de legalidad penal.
- FLEXIBILIDAD: Debe ser muy elástica para adecuarse a comprender los posibles desarrollos del proceso, pues debemos recordar, “que apreciar la flexibilidad y el movimiento de la causa, es practicar el análisis juicioso y

ponderado, además de jurídico, que debe ejercer todo profesional del derecho”.⁷⁴

5.4. COMPONENTES DE LA TEORÍA DEL CASO Y SU RELACIÓN CON LA TEORÍA DEL DELITO.

Brevemente señalaremos los tres componentes de la teoría del caso, que páginas atrás ya hemos conceptualizado:

Los componentes de la teoría del caso son tres:

1.- FÁCTICO. Consiste en la identificación plena de los hechos penalmente relevantes que forman parte de nuestra teoría del caso y que tienen por objetivo comprobar la responsabilidad o no del procesado.

2.- JURÍDICO. Es el encuadramiento jurídico de los hechos dentro de las disposiciones legales tanto del Código penal como de procedimiento penal.

3.- PROBATORIO. Es el fundamento que valida mi versión de los hechos; los elementos que comprueban mi versión de los hechos. Permite establecer cuáles son las pruebas pertinentes para establecer con certeza la condena o la absolución.

⁷⁴ CITADOS POR LEÓN PARADA, Víctor Orielson, Obra Citada, pág. 212.

Dentro del componente jurídico encontramos la relación directa de la teoría del caso con la teoría del delito; dicho de otro modo, tomando en cuenta que el nuestro modelo procesal exige de sus actores desde un inicio de la actividad jurisdiccional plantear la Teoría del Caso, es decir, la hipótesis de interpretación jurídica de los hechos que se investigan, para ello el Fiscal deberá sustentar que existe una conducta típica antijurídica y culpable (elementos del delito), mientras que el abogado defensor deberá solicitar la absolución o la disminución de la pena precisando que o no existió conducta por acontecer una situación de ausencia de ésta, porque hay atipicidad de los hechos, porque existe una causa de justificación, una causa de inimputabilidad, de desconocimiento de la antijuridicidad o una causa de exculpación. Todo esto no se logra si el operador de justicia no domina con fluidez la Teoría del Delito en sus diversos elementos y categorías.

Es importante indicar como aspecto primordial que la subsunción es la vinculación de la norma con el hecho.

La teoría del delito posibilita un análisis estratificado de una conducta según niveles de análisis para determinar si es o no delito y proporciona argumentos jurídicos para sostener la teoría del caso, frente a los niveles de análisis, que son: Tipicidad, Antijuridicidad, Culpabilidad y Punibilidad.

4.- MATERIALES Y MÉTODOS

4.1. MATERIALES

Conforme se estableció desde la fase de proyección, el presente trabajo en lo principal se orienta por la metodología científica de la investigación, y por ello parte del planteamiento de una hipótesis general, y de un objetivo general y tres específicos en torno a los cuales se ha construido todo un amplio acopio teórico y empírico que permita su contrastación y verificación como requisito indispensable para la validación del presente trabajo.

El presente proceso investigativo se dirige a la observación pormenorizada de las bases teóricas y doctrinarias que adoptan los esquemas causalista y finalista del delito, y la incidencia que esto tiene en cuanto al planteamiento de la teoría del caso en el espectro de la práctica penal del Ecuador.

Luego de desarrollado el proceso investigativo, se ha procedido a la redacción del informe final, contemplando los lineamientos metodológicos idóneos para el efecto, así como la normativa vigente en la Universidad Nacional de Loja, y las instrucciones impartidas para el efecto por el Programa de Maestría en Ciencias Penal del Nivel de Postgrado del Área Jurídica, Social y Administrativa.

4.2. MÉTODOS

La práctica de la investigación científica presupone el concurso de una serie de métodos y técnicas que han permitido el abordaje adecuado de la

problemática de investigación y el desarrollo sistemático del conocimiento que permite la comprobación de la hipótesis propuesta así como la verificación de los objetivos planteados.

Por la naturaleza de la presente investigación, ésta en lo principal se acoge al método científico, pues como se puede observar se parte del planteamiento de una hipótesis y de un objetivo general y tres específicos, en torno a los cuales se ha desarrollado toda una base teórica, así como el estudio de campo, que han permitido los elementos de juicio necesarios para su contrastación y verificación. La presente investigación es eminentemente jurídica y doctrinaria, ya que se concreta al estudio filosófico, teórico y doctrinaria de las teorías causalista y finalista del delito, de sus postulados, y de su incidencia en el planteamiento de la teoría del caso en el ámbito del juicio penal.

El método deductivo sirvió específicamente en lo referente al análisis de la temática de investigación, toda vez que como se podrá observar en el presente trabajo, se parte de algunas categorías general del derecho penal relacionadas con la presente investigación, como son el delito, la teoría del delito, los conceptos sobre los planteamientos esquemáticos del delito que han realizado las diferentes escuelas del derecho penal a través de la historia, y sobre dicha base aplicando un proceso de deducción se avanzan hacia esquemas particulares, como es el estudio de los elementos del delito en cada uno de los esquemas que propone la doctrina.

Como métodos auxiliares se utilizaron la síntesis y el método descriptivo. El primer método que permitió construir relaciones breves de las diferentes categorías jurídico-procesales relacionadas de manera directa con la problemática de estudio, que indispensablemente debían ser tratadas, como en efecto se lo ha hecho, en el presente trabajo. Y el método descriptivo fue de mucha utilidad, en la descripción de los problemas jurídicos y de las realidades relacionadas íntimamente con la problemática que motiva la presente tesis.

Para el tratamiento de los datos obtenidos en la investigación de campo se utilizó los métodos del análisis y la síntesis, y para la presentación de los mismos se utilizan tablas de frecuencias y porcentajes, y se elaboran los correspondientes gráficos estadísticos. Se realizan además análisis comparativos que permitan establecer claramente los alcances de las opiniones de los encuestados.

4.3. TÉCNICAS

Dada la naturaleza eminentemente teórica de la presente investigación, se requirió de un complejo proceso de recopilación de elementos conceptuales, doctrinarios, normativos y analíticos, con respecto a la problemática de investigación, para la recolección y organización de los cuales ha sido indispensable la utilización de fichas nemotécnicas y bibliográficas, en las que se ha sistematizado el universo de información recopilada, para ser

usada conforme a los requerimientos en el desarrollo del discurso de este trabajo.

Además, como medio para reforzar los criterios expuestos en el presente estudio, se procedió a la aplicación de una encuesta a veinticinco abogados vinculados con el área penal. Los resultados obtenidos mediante la aplicación de esta técnica se exponen en el capítulo que viene a continuación.

5.- RESULTADOS

5.1.- RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS A ABOGADOS VINCULADOS CON EL ÁREA PENAL.

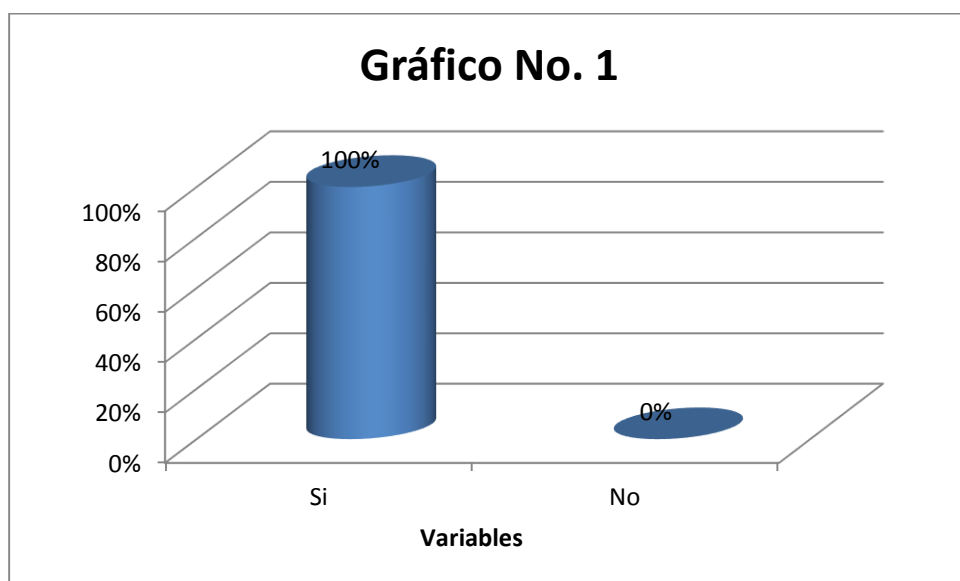
Conforme a lo previsto en la metodología de la presente tesis, procedemos a continuación a la presentación de los resultados obtenidos en el trabajo de campo:

PRIMERA PREGUNTA

¿Considera usted que la teoría del delito es de suma importancia en la elaboración de la teoría del caso con finalidades dirigidas a la defensa penal?.

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	25	100%
No	0	0%
TOTAL:	25	100%

FUENTE: Encuesta aplicada. Profesionales del Derecho.
ELABORACIÓN: Los Autores.



ANÁLISIS: Conforme se puede observar en la tabla que antecede, el 100% de los encuestados considera que la teoría del delito es un elemento de suma importancia al momento de prestar la teoría del caso en el ámbito de la defensa penal dentro de la audiencia de juzgamiento.

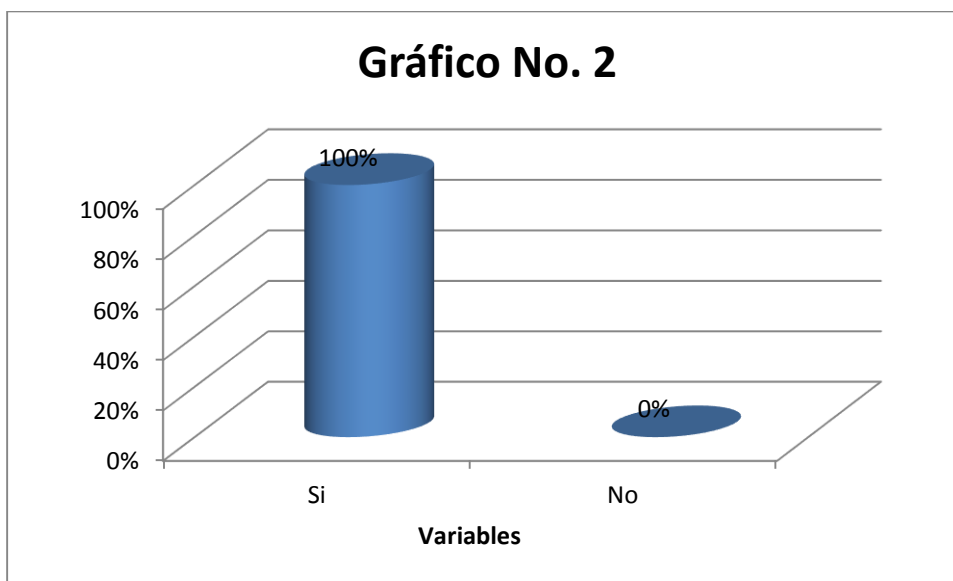
INTERPRETACIÓN: Consideramos muy acertada la respuesta de los encuestados, en cuanto, es indudable que la construcción de la teoría del caso es un asunto de suma trascendencia dentro de la defensa técnica que está obligado a realizar el abogado penalista en el espectro de la defensa penal.

SEGUNDA PREGUNTA

Estima usted que de conformidad con la teoría del delito aplicable se procede a la estructuración de la teoría del caso en los términos que se plantea en la defensa penal, especialmente en la audiencia pública de juzgamiento?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	25	100%
No	0	0%
TOTAL:	25	100%

FUENTE: Encuesta aplicada. Profesionales del Derecho.
ELABORACIÓN: Los Autores.



ANÁLISIS: La totalidad de los encuestados, esto es el 100%, consideran que de acuerdo a la teoría del delito se procede a estructurar la teoría del caso que se expone ante el Tribunal de Garantías Penales en el ejercicio de la defensa técnica que corresponde al abogado penalista ejecutar en el marco de la audiencia de juzgamiento, proponiendo en consecuencia los medios

probatorios pertinentes para probar los hechos que se comprende en la exposición inicial del caso desde la óptica tanto de la defensa del procesado, como de la acusación sostenida desde la óptica de la Fiscalía y de la acusación particular.

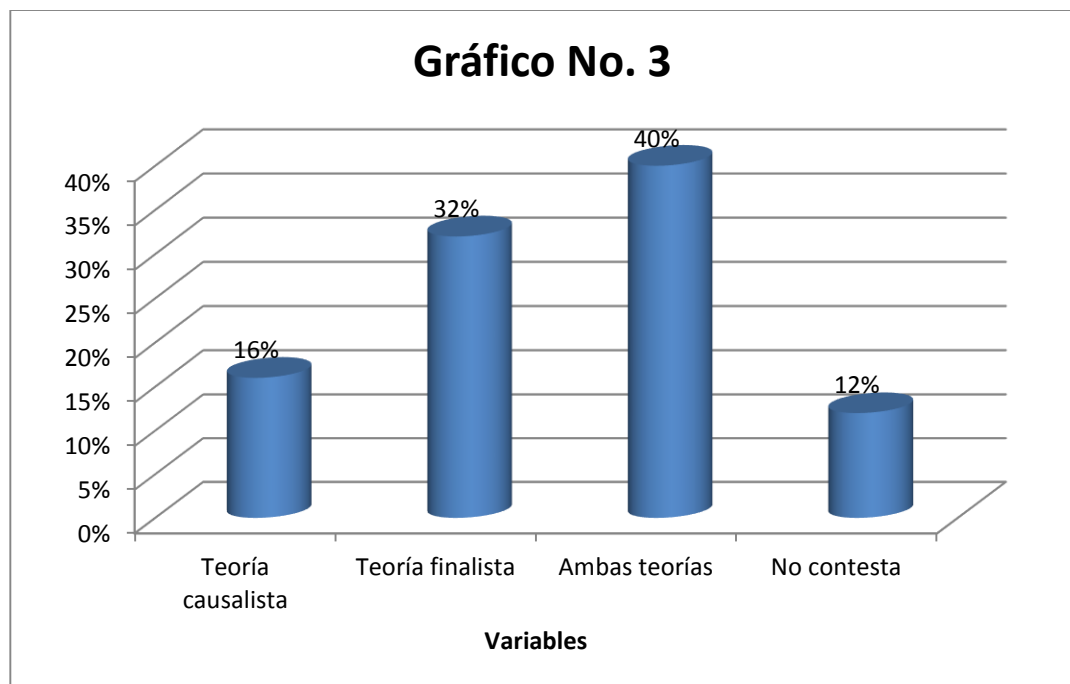
INTERPRETACIÓN: Consideramos que la respuesta de la totalidad de los encuestados es sumamente acertada, pues es evidente que conforme a la teoría del delito seleccionada tanto por el abogado defensor, como por el Fiscal y el acusador particular, se construye la teoría del caso en la forma en que es expuesta en la parte inicial de la audiencia pública de juzgamiento ante el Tribunal de Garantías Penales, y ello debe guardar estricta coherencia con la prueba, que conforme a las apreciaciones que cada parte tiene de los hechos materia de juzgamiento, se actuará en el marco de dicha diligencia procesal.

TERCERA PREGUNTA

En las defensas penales que usted ha patrocinado en el sistema acusatorio oral, qué teoría del delito ha utilizado para la estructuración y exposición de la teoría del caso?.

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Teoría causalista.	4	16%
Teoría finalista.	8	32%
Ambas teorías.	10	40%
No contesta.	3	12%
TOTAL:	25	100%

FUENTE: Encuesta aplicada. Profesionales del Derecho.
ELABORACIÓN: Los Autores.



ANÁLISIS: La mayoría de abogados penalistas encuestados, esto es el 40%, manifiestan que en las defensas penales que han patrocinado en el marco del

sistema acusatorio oral, han utilizado para la construcción de la teoría del caso tanto la teoría causalista como la finalista, advirtiendo eso si que ello depende del delito específico de que se trate, así como de las circunstancias peculiares que se manifiestan en cada caso. Además, el 32% de encuestados, dicen utilizar preferentemente la teoría finalista, en tanto el 16% revelan acogerse a la teoría causalista, salvando también la posibilidad de adoptar una u otra teoría en función de las particularidades de cada caso. Se observa también un 12% de encuestados que se abstienen de contestar esta pregunta.

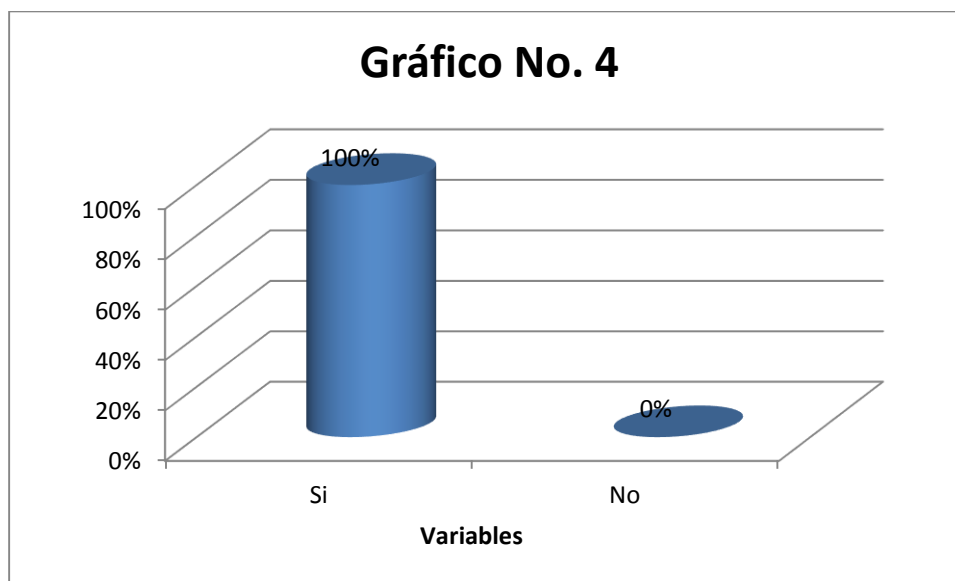
INTERPRETACIÓN: Nos parece interesante y muy coherente la respuesta de los procesados que sostienen la utilización tanto de la teoría causalista como finalista, de conformidad con la naturaleza y circunstancias específicas que presenten los hechos materia de juzgamiento, en relación con el tipo de delito y con la conducta circunstanciada específica que se atribuya a su cliente en el auto de llamamiento a juicio y en la correspondiente acusación de la Fiscalía. La utilización de una teoría pura sea causalista o finalista, es excepcional, y se puede seleccionar en delitos específicos claramente delimitados en nuestro sistema penal, como sería el caso, por ejemplo, del porte de armas de fuego sin municiones, donde los abogados penalistas, usan preferentemente una teoría finalista de la acción, restando importancia a dicha conducta de peligro, alegando que el arma de fuego, no puede cumplir las finalidades específicas que se le atribuyen, si es que no porta las municiones del caso, por lo que no se podría atribuir tampoco finalidades ilícitas ni delictivas al presunto responsable de la infracción.

CUARTA PREGUNTA

¿Cree usted que de una adecuada exposición de la teoría del caso y de la debida argumentación probatoria al respecto, depende el éxito de la defensa penal?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	25	100%
No	0	0%
TOTAL:	25	100%

FUENTE: Encuesta aplicada. Profesionales del Derecho.
ELABORACIÓN: Los Autores.



ANÁLISIS: La totalidad de los encuestados, esto es el 100%, estiman que de la adecuada selección de la teoría del delito para ejercer la defensa y elaborar la teoría del caso, así como de la aportación de los elementos de prueba pertinentes para sostener dicha teoría, depende la realización exitosa de la defensa penal.

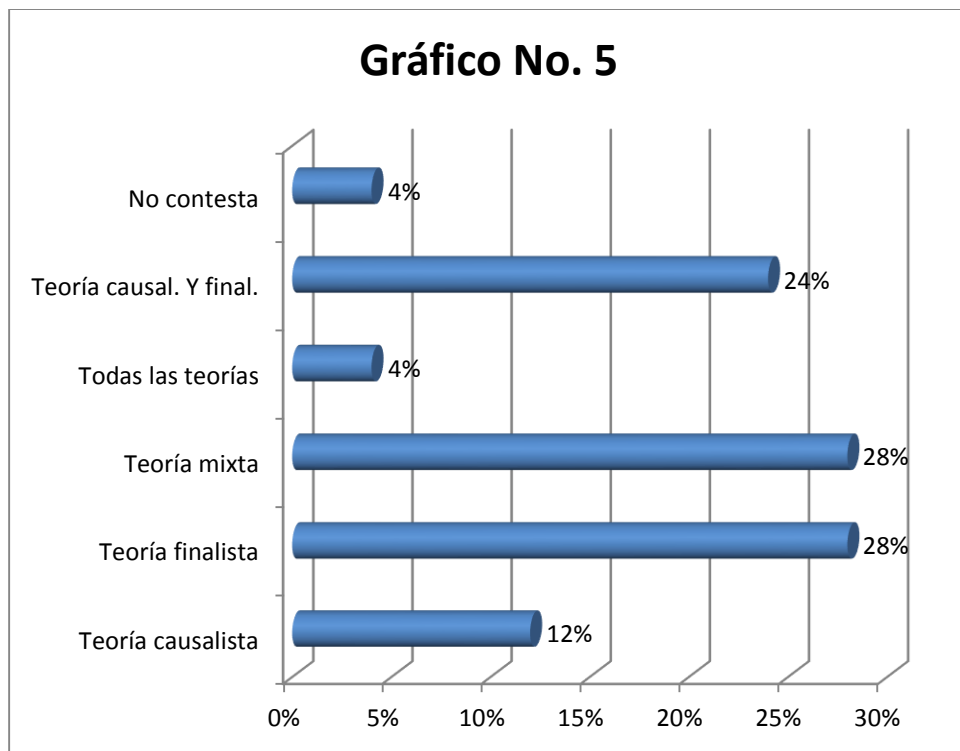
INTERPRETACIÓN: Estimamos que la respuesta vertida por los encuestados es bastante acertada, toda vez, que como se demuestra en la presente investigación, la defensa técnica del procesado en el área penal, depende precisamente de la presentación de la teoría del caso con la debida suficiencia, y de la consustancial presentación de medios probatorios idóneos para sostener dicha argumentación, de manera que se disponga del presupuesto jurídico necesario para fundamentar el debate y convencer al tribunal de que los hechos materia de juzgamiento han sucedido de la forma y con las circunstancias que han sido claramente expuestos en la teoría del caso.

QUINTA PREGUNTA

¿Qué teoría del delito recomendaría usted para una correcta estructuración de la teoría del caso en el marco de la defensa penal?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Teoría causalista.	3	12%
Teoría finalista.	7	28%
Teoría mixta.	7	28%
Todas las teorías.	1	4%
Teoría causalista y finalista.	6	24%
No contesta	1	4%
TOTAL:	25	100%

FUENTE: Encuesta aplicada. Profesionales del Derecho.
ELABORACIÓN: Los Autores.



ANÁLISIS: Conforme se puede apreciar en la tabla que antecede, la mayoría de encuestados, recomiendan el uso de un esquema mixto donde confluyan la teoría causalista y finalista, haciendo hincapié en que la selección de la teoría del delito a utilizarse en la defensa penal, se encuentra en íntima relación con la naturaleza y las circunstancias específicas de cada caso. Además, el 28% de encuestados estiman que es más conveniente la utilización de una teoría finalista pura, en tanto el 12% estiman que de preferencia debe utilizarse la teoría causalista del delito. Se observa también un 40% de encuestados que consideran que la elaboración de la teoría del caso se deben utilizar todas las teorías del delito, en función de las particularidades que implica cada defensa. Además, se identifica un 4% de encuestados que se abstienen de contestar a esta pregunta.

INTERPRETACIÓN: De nuestra parte, consideramos, que es conveniente la recomendación realizada por los abogados penalistas encuestados, que sostienen que debe utilizarse las teorías del delito en la estructuración de la teoría del caso, conforme a las particularidades del hecho infractor que se atribuye al procesado y de la óptica que con respecto a ellas tiene la defensa. La utilización de una teoría única resulta poco aplicable, ya que no solo debe atenderse la defensa penal desde la perspectiva del abogado del procesado, sino en función de la acusación Fiscal y de la acusación particular, orientándose a la necesidad de dar respuestas y pruebas contundentes, que permitan desvirtuar a aquellas.

6.- DISCUSIÓN

6.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

Los objetivos propuestos para ser verificados a través del desarrollo del presente proceso investigativo, fueron los siguientes:

OBJETIVO GENERAL:

Realizar un estudio teórico-doctrinario de los elementos de la Teoría del Delito, sobre los esquemas causalista y finalista y su influencia en la formulación de la Teoría del Caso, para proponer a los operadores de justicia un manejo lógico y epistemológico de los elementos fundamentales de la Teoría del Delito.

VERIFICACIÓN.- Este objetivo general se verifica en forma satisfactoria en cuanto la totalidad del presente estudio, implica toda una amplia base teórica en los torno a los elementos de la teoría del delito identificados en los esquemas causalista y finalista, determinando su incidencia en la formulación de la teoría del caso en el espectro del proceso penal, y constituye una guía teórica destina a los operados de justicia, de manera que se propugne un manejo racional y epistemológico de los elementos fundamentales de la teoría del delito, en beneficio del derecho a la defensa de los procesados y de las víctimas del delito, así como que se viabilice el cumplimiento del principio constitucional de que el sistema procesal constituye un medio para la realización de la justicia, sobre todo en materia penal, donde los derechos de

las personas se tornan mucho más sensibles, y su vulneración ocasiona efectos devastadores.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1.- Estudio teórico y doctrinario de los elementos fundamentales de la teoría del delito: esquemas causalista y finalista.

VERIFICACIÓN.- Este objetivo específico se consigue con el desarrollo de la revisión de literatura, análisis doctrinario y jurídico, y visión crítica que conlleva el presente trabajo, de manera especial con el estudio de los elementos fundamentales de las teorías del delito causalista y finalista que contienen los capítulos tercero y cuarto del marco teórico de este trabajo.

2.- Determinar en la Teoría del Caso la influencia de los esquemas causalista y finalista del delito.

VERIFICACIÓN.- El estudio pormenorizado de la teoría del caso que realizamos en el capítulo quinto de la revisión de literatura, así como el análisis de los fundamentos de las teorías causalista y finalista, y la observación de aquellas en el ejercicio de la construcción de la teoría del delito en el ámbito procesal penal, permiten determinar que este objetivo ha sido conseguido en forma satisfactoria.

3.- *Proponer a los operadores de justicia lineamientos teóricos y prácticos para el manejo de las teorías del delito.*

VERIFICACIÓN.- La presente investigación se constituye en un documento de estudio teórico en lo concerniente al Derecho Penal, y específicamente en los saberes relativos a las teorías del delito causalista y finalista y su aplicación en el proceso de construcción de la teoría del caso en el ámbito del proceso penal, de manera que al ponerse este estudio a disposición de la comunidad universitaria ecuatoriana y de todos los operadores de justicia de nuestro país, se ha cumplido también en forma satisfactoria con este objetivo específico.

6.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

La hipótesis oportunamente planteada en el Plan de Investigación para verificarse a través del presente estudio, estuvo estructurada en los siguientes términos:

Existe desconocimiento de los elementos fundamentales de la teoría del delito causalista y finalista por parte de los operadores de justicia lo que no permite un adecuado manejo de la doctrina jurídica.

Este supuesto hipotético ha sido verificado a través de los siguientes fundamentos obtenidos de la presente investigación:

- Las teorías del delito en el ámbito causalista y finalista no son debidamente tratadas y estudiadas por los abogados que realizan defensas penales en el ámbito provincial y nacional, y ello se demuestra con la observación del desarrollo de la etapa del juicio en diferentes procesos penales, y ante todo con la observación de expedientes en los tribunales de garantías penales de la Corte Provincial de Justicia de Loja, donde se evidencia que no existe un dominio palpable por parte de los operadores de justicia en cuanto a las teorías del delito, y a los esquemas que se proponen en la teoría del caso, en relación con los diferentes delitos, de allí que en algunos casos se produce una equivocada valoración de los justificativos referentes al encajamiento entre la conducta presuntamente punitiva materia de juzgamiento y el tipo penal, así como en relación con la concurrencia de los elementos de voluntad y conciencia en relación con los resultados del hecho criminoso.
- Las teorías del delito no son debidamente estudiadas por los señores abogados defensores, fiscales, acusadores particulares, jueces de garantías penales y jueces de tribunales penales, de allí que se observan discordancias en cuanto a la construcción de la teoría del delito en función de la defensa técnica del procesado, y luego ello también provoca una deficiente valoración de las constancias procesales en relación con el hecho materia de juzgamiento, provocándose en muchos casos vulneración de derechos fundamentales de los procesados, cuando se aplican consecuencias jurídicas que resultan injustas y alejadas de la realidad

procesal y de las manifestaciones pragmáticas del delito, o también se afectan los derechos de la víctima cuando se provoca impunidad de los culpables.

- El trabajo de campo realizado permite apreciar que la mayoría de profesionales del derecho vinculados con el área penal que han sido encuestados, revelan un desconocimiento cabal de las teorías del delito, de sus elementos teóricos y doctrinarios, y de su aplicabilidad en el proceso de construcción de la teoría del caso, lo que es coherente con el supuesto hipotético planteado en esta investigación.

Estos argumentos permiten establecer el carácter de verdadera de la hipótesis planteada.

7.- CONCLUSIONES

Mediante el desarrollo del presente proceso investigativo se ha podido llegar a las siguientes conclusiones:

- a) El delito es un fenómeno social profundamente complejo que requiere ser analizado desde una perspectiva eminentemente filosófica y humana, que no solamente se concreto al estudio de la pura conducta típica, sino de los factores existenciales que la rodean, y desde sus raíces en los aspectos más íntimos del ser humano.
- b) Los diversos esquemas del delito que proponen las Escuelas del Derecho Penal que se han sucedido históricamente, tienen diversas formas de apreciar la manifestación e interrelación de los elementos comunes del delito como son la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, por lo que resultaría con ciertas diferencias el proceso de construcción de la teoría del caso, según el esquema que adopten los operadores de justicia en los diferentes papeles que les competen en el proceso penal.
- c) La teoría causalista del delito propone la observación de este fenómeno social entendiendo en las causas (movimientos corporales) que motivan la conducta típica, observando los resultados ocasionados por esta conducta, dirigiéndose hacia la llamada imputación objetiva, que pretende la aplicación de la pena en estricta relación con la conducta manifiesta del sujeto, su mero acoplamiento con el tipo penal y los resultados

ocasionados, sin contemplar mayormente lo concerniente al proceso de construcción mental del delito y el conocimiento de lo injusto de la acción.

- d) El esquema finalista del delito por su parte promueve la comprensión de dicho fenómeno social a partir del conocimiento de la antijuricidad del hecho punible y ante todo del fin delictivo que se propuso el agente, de manera que el resultado debe ser plenamente deseado por él, siendo el resultado el producto de un proceso mental de concepción del delito, que mueve a la voluntad a la realización de la conducta típica.
- e) El Código Penal del Ecuador, determina como requisitos indispensables de imputabilidad penal a la voluntad y conciencia, de manera que en cierta forma se adopta un sistema finalista, pero en cambio se observa un amplio número de tipos penales de naturaleza causalista, en cuanto se observa la mera conducta del sujeto y el resultado que aquella ocasiona, dejando de lado los aspectos referentes a la animosidad y al fin hacia el que dirige su voluntad infractora el individuo.
- f) La conveniencia o no de aplicación de un sistema causalista o finalista en el proceso de construcción de la teoría del delito es un asunto que debe discernirse sobre hechos concretos y en función de la necesidad de una defensa técnica de los procesados, así como de un proceso de valoración concreta y cercana a la justicia por parte de los jueces penales. Para ello resulta indispensable tener un dominio pleno de la concepción de los

elementos del delito y sus interrelaciones en cada una de las teorías, especialmente de la finalista y la causalista que son las más aplicadas.

8.- RECOMENDACIONES

Tomando en consideración las conclusiones expuestas, nos permitimos realizar las siguientes recomendaciones:

- a) Recomendamos a las universidades del país, y especialmente a las Carreras de Derecho, la implementación en el pensum de estudios de las teorías del delito, poniendo especial énfasis en la comprensión cabal de parte de los estudiantes de las teorías causalista y finalista, y la aplicabilidad de aquellas en el proceso de elaboración de la teoría del caso en el ejercicio de la litigancia penal.
- b) Sugerimos a los abogados litigantes en materia penal que previo a comparecer a las audiencias públicas de juzgamiento, desarrollando una verdadera defensa técnica se proceda a encausar el proceso de construcción de la teoría del caso, dependiendo del delito materia de conocimiento, sea en la teoría finalista o en la teoría causalista, esto según las circunstancias propias de cada delito y de cada infractor.
- c) Recomendamos a los abogados litigantes y operadores de justicia en materia penal, estudiar profundamente las teorías causalista y finalista, y sus aplicaciones en cuanto a la presentación de la teoría del caso, a fin de que se puedan aplicar sus concepciones en forma pura o mixta, según las particularidades de cada caso.

- d) Sugerimos a los operadores de justicia el uso preferente de la teoría finalista, sin olvidar obviamente la valoración del grado de desarrollo y resultado del delito, ya que es indispensable contemplar las realidades propias del delincuente y la concurrencia plena de los elementos de voluntad y conciencia como elementos esenciales de la imputabilidad penal.
- e) Finalmente sugerimos a todos los operadores de justicia que el proceso de valoración del delito, en relación con la teoría del caso y el sustento probatorio, implica la necesaria concepción de que ante todo el delito es un hecho humano inserto en una compleja realidad social, y por tanto el sistema de consecuencias jurídicas debe ser graduado en estricta concordancia con aquellos presupuestos.

10.- BIBLIOGRAFÍA

- Armenta Deu, Teresa, Lecciones de Derecho Procesal Penal, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.
- Baytelman, Andrés, "Tiene derecho a guardar silencio" La Jurisprudencia Norteamericana sobre la declaración policial, Informe de Investigación Nro 13, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Diego de los Portales, Santiago- Chile, 2002.
- Binder, Alberto, Ideas y Materiales para la Reforma de Justicia Penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- Carocca Pérez, Alex, Garantía Constitucional de la defensa procesal, Ed. José Ma. Bosch, Barcelona, 1998.
- Cafferata Nores, José I., Cuestiones actuales sobre el proceso penal , 3ra Ed, actualizada, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- Cafferata Nores, José Ignacio: La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales, en su Temas de Derecho procesal penal, Depalma, Buenos Aires, 1988.
- Foucault, Michel, La verdad y las formas jurídicas, Ed. Gedisa, Barcelona, 1991.
- Guariglia, Fabricio: Las prohibiciones probatorias, en AA.VV.: El Nuevo Código Proceso Penal de la Nación, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- Guerrero Vivanco, Walter, Derecho Procesal Penal, El proceso Penal, Tomo IV, Editores PUDELECO, Quito-Ecuador, Marzo 2004.
- Lloré Mosquera, Víctor, Derecho Procesal Penal Ecuatoriano, Tomo I, Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca – Ecuador, 1979.
- Zambrano Pasquel, Alfonso, El Debido Proceso Penal en un Estado de Derecho, en Debido Proceso y Razonamiento Judicial, PROJUSTICIA, Diciembre 1998.
- Zavala Baquerizo, Jorge: Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III, Editorial Edino, Guayaquil Ecuador, 2004.
- Curso de Postgrado de Capacitación Profundizada en Derecho Judicial, dictado en la Asoc. de Mag. y Func. Jud. de la Provincia de Córdoba, en Doscientas horas de Clases presénciales durante los años 2001, 2002 y 2003, a cargo de la Dirección del Dr. Adolfo Alvarado Velloso.

- Seminario Permanente Interdisciplinario: Mundo Jurídico Multidimensional y Método del Caso/2002”. “Seminario Permanente Interdisciplinario: Mundo Jurídico
- Multidimensional y Método del Caso/2003”. Dictado en la U.N.C.-Facultad de Derecho Cs. Sociales.
- Carocca P. Alex, Nuevo Proceso Penal, Editorial Conosur Ltda., Santiago, ed.2001.
- Maier B.J. Julio, Derecho Procesal Penal, T.I, Editores del Puerto, Bs. Aires, ed.1996.
- Duce Mauricio y Riego Cristián, Nuevo Proceso Penal, Editorial Conosur Stgo. ed.2001.
- Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, T.IV, Editorial Losada, Bs. Aires, ed. 1963.
- Binder Alberto M., Introducción al Derecho Procesal Penal, Ed. Ad-Hoc, Bs. Aires, ed. 1993.
- Mellor Alec, La Tortura, Ed. Sophos, Buenos Aires, ed.1960.
- TENA RAMÍREZ, FELIPE. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO, 9ª ED, MÉXICO, UNAM, 1968.
- DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, FUNDACIÓN TOMÁS MORO, EDITORIAL ESPASA CALPE, EDICIÓN 1991, MADRID.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, VIGÉSIMA PRIMERA EDICIÓN, EDITORIAL ESPASA – CALPE, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, MADRID –1992.
- MONSERRIT ORTIZ SERGIO, RESPONSABILIDADES LEGALES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS, EDITORIAL PORRUA, REPÚBLICA DE ARGENTINA, 1992
- PINA, RAFAEL DE, DICCIONARIO DE DERECHO, MÉXICO, PORRÚA, 1965.
- QUIROZ ZUÑIGA, Inés, Derecho Penal. Monografías . Costa Rica.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Ed. Temis. Bogotá 1990.
- GALLAS, Wilhelm. La teoría del delito en su momento actual. Edit. Bosch. Madrid 1959.
- MEZGER, Edmundo. Derecho Penal. Cárdenas editor y distribuidor. 2ª. Ed. México, 1990.

- ROXIN, Claus. Problemas básicos del derecho penal. Ed. Reus. Madrid. 1976.
- WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Ed. Jurídica de Chile. 12ª. Edición. Santiago, 1987

11.- ANEXOS

ANEXO No. 1

FORMULARIO DE ENCUESTA A ABOGADOS PENALISTAS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
NIVEL DE POSTGRADO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES

Señor Doctor: Le encarecemos contestarnos la presente encuesta que va dirigida a recabar su ilustrado criterio en torno a la temática referente a la aplicabilidad de las teorías causalista y finalista del delito en el ejercicio de la defensa penal, lo que constituye asunto central de nuestra tesis de Magister en Derecho Penal.

CUESTIONARIO

- 1.- Considera usted que la teoría del delito es de suma importancia en la construcción de la teoría del caso con finalidades dirigidas a la defensa penal?.

Si () No ()

¿Por qué? _____

- 2.- Estima usted que de conformidad con la teoría del delito aplicable se procede a la estructuración de la teoría del caso en los términos que se plantea en la defensa penal, especialmente en la audiencia pública de juzgamiento?

Si () No ()

¿Por qué? _____

- 3.- En las defensas penales que usted ha patrocinado en el sistema acusatorio oral, qué teoría del delito ha utilizado para la estructuración y exposición de la teoría del caso?.

Teoría causalista () Teoría finalista ()

¿Por qué? _____

- 4.- Cree usted que de una adecuada exposición de la teoría del caso y de la debida argumentación probatoria al respecto, depende el éxito de la defensa penal?

Si () No ()

¿Por qué? _____

5.- Que teoría del delito recomendaría usted para una correcta estructuración de la teoría del caso en el marco de la defensa penal?

Teoría Causalista ()

Teoría Finalista ()

Teoría Mixta ()

¿Por qué? _____

Gracias por su colaboración