



# Introducción al Derecho Penal

Autor: Wilson Exson Vilela Pincay



Colección  
de la Facultad  
de Ciencias  
Sociales

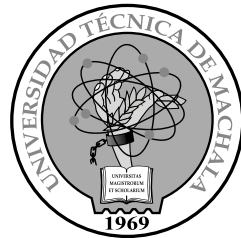
Editorial  
UTMACHI



# **Introducción al derecho penal**

Wilson Exson Vilela Pincay

**AUTOR**



Ediciones UTMACH

273 pág / Formato A5

**Título:** Introducción al derecho penal - Edición 2024

Wilson Exson Vilela Pincay (Autor)

Primera edición

ISBN electrónico: 978-9942-24-175-7

DOI: <http://doi.org/10.48190/9789942241757>

CCD: 345

*Colección de libros de la Facultad de Ciencias Sociales*  
Convocatoria 2023

## **Introducción al Derecho Penal**

José Correa Calderón  
**Decano de la Facultad de Ciencias sociales**  
Director de la Colección

### **Comisión Académica de la Colección**

Elida Rivero Rodríguez  
María Román Aguilar  
Wilson Peñaloza Peñaloza  
Yubber Alexander Cedeño  
Miguel Cunalata Castillo

### **Miembro editorial de la publicación (Coordinación técnica - FCS)**

José Correa Calderón  
María Román Aguilar  
Jorge Maza Córdova  
Fernanda Tusa Jumbo

### **Miembro editorial de la publicación (Asistencia editorial - FCS)**

Melissa Matamoros Romero  
Esther Jumbo Castillo

La Facultad de Ciencias Sociales desea expresar su agradecimiento a todos los que hicieron posible la edición de este libro: Revisores de la facultad, pares especializados externos, comisión académica, técnica y asistencia editorial de la facultad. Agradecemos a la Editorial UTMACH, que se encarga del proceso editorial y a coordinar con la facultad, cada fase del libro. Finalmente, mis sinceras felicitaciones a los autores de la obra.

## Autoridades

Jhonny Pérez Rodríguez - **Rector**  
Rosemary Samaniego Ocampo - **Vicerrectora Académica**  
Luis Brito Gaona - **Vicerrector de Investigación, Vinculación y Posgrado**  
Irene Sánchez González - **Vicerrectora administrativa**

© Ediciones UTMACH

Título original:

Introducción al derecho penal

ISBN electrónico: 978-9942-24-175-7

DOI: <http://doi.org/10.48190/9789942241757>

© Autor

Libro revisado por pares académicos

Karina Lozano Zambrano  
Jefe editor / Diseño y edición editorial

Edison Mera León - Diseño de cubierta  
Jazmany Alvarado Romero - Difusión D-Space  
Primera edición  
25 de enero de 2024 - Publicación digital

Universidad Técnica de Machala - UTMACH  
Correo: [editorial@utmachala.edu.ec](mailto:editorial@utmachala.edu.ec)  
Machala-Ecuador

Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0).

# Índice

01

**RESUMEN**

Noción al derecho penal	16
Derecho penal objetivo	16
Derecho penal Subjetivo	17
Diversas ramas del derecho penal	17
Partes del derecho penal	18
Las teorías de las penas	22
Filosofía del derecho penal	24
Historia del derecho penal	25
Legislación legal comparada	25

02

**Crominología**

26

03

**Derecho criminal**

32

04

**La evolución histórica del derecho penal**

40

05

**Las escuelas penales**

48

06

**Escuelas ecléticas**

56

07

**Finalismo**

63

08

**Clasificación de la ley penal**

71

09

**Penas privativas de la libertad en la legislación ecuatoriana**

76

10

**Leyes temporales**

85

# Índice

<b>11</b>	<b>La extradición</b>	91
<b>12</b>	<b>Procedimientos</b>	99
<b>13</b>	<b>Ley penal de las personas</b>	100
<b>14</b>	<b>Teoría del delito</b>	105
<b>15</b>	<b>La escuela positiva</b>	108
<b>16</b>	<b>Escuela técnico jurídica</b>	109
<b>17</b>	<b>Sujetos del delito</b>	113
<b>18</b>	<b>Clasificación del delito</b>	118
<b>19</b>	<b>La conducta</b>	130



# Índice

---

**20** Clasificación de los delitos por omisión 133

---

**21** La tipicidad 151

---

**22** La legítima defensa 166

---

**23** Causas de exclusión de la antijuridicidad 178

---

**24** La inimputabilidad 189

---

**25** El trastorno mental transitorio 191

---

**25** La culpa 195

---

**26** Casos prácticos 201

---

**27** Punibilidad 107

# Índice

<b>28</b>	<b>Penas pecuniarias</b>	217
<b>29</b>	<b>La multa</b>	217
<b>30</b>	<b>Aplicación y modificación de las penas</b>	221
<b>31</b>	<b>Circunstancias notificadora de la pena</b>	225
<b>32</b>	<b>Perdón del ofendido</b>	236
<b>33</b>	<b>La tentativa</b>	242
<b>34</b>	<b>El desistimiento voluntario</b>	247
<b>35</b>	<b>Tentativa</b>	251
<b>36</b>	<b>Delito de consumación</b>	252

## Presentación de la colección

La Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Machala se enorgullece de presentar una colección de textos que refleja el trabajo de nuestros profesores y estudiantes en los campos de las ciencias sociales, jurídicas y de la educación. Estos textos no solo representan la diversidad de intereses e investigaciones de nuestra comunidad académica, sino que también subrayan nuestro compromiso con la mejora de la calidad de vida en nuestra región y más allá.

Nuestra Facultad es un crisol de conocimientos que abarcan una amplia gama de disciplinas en las ciencias sociales. Desde sociología hasta trabajo social, desde psicología hasta comunicación, nuestros investigadores están comprometidos con la comprensión de la sociedad en todas sus dimensiones. En estos textos, encontrarán investigaciones que exploran la dinámica social, la cultura, la identidad y las transformaciones que enfrenta nuestra sociedad en el siglo XXI.

En el ámbito jurídico, nuestra Facultad se destaca por su profundo compromiso con la justicia y el Estado Constitucional de derechos. Los textos en este ámbito, analizan cuestiones legales cruciales que afectan a nuestra sociedad, desde la protección de los derechos humanos hasta la reforma legal. Nuestros investigadores trabajan incansablemente para contribuir a la construcción de un sistema legal más justo y equitativo.

En el ámbito de las ciencias de la educación y las perspectivas pedagógicas innovadoras, es claro que la educación es el motor del cambio social, y en la Facultad de Ciencias Sociales reconocemos su importancia central. Nuestros textos también incluyen investigaciones sobre pedagogía, currículo y formación docente. Estamos comprometidos en promover prácticas pedagógicas innovadoras que preparen a nuestros estudiantes para enfrentar los desafíos de la educación del siglo XXI.

La Facultad de Ciencias Sociales se compromete con la dignidad, la excelencia académica, la vinculación comunitaria y la transformación como pilares fundamentales de su labor educativa, social y cultural.

José Correa Calderón, PhD.

**DECANO**

Rosa Caamaño Zambrano, Mgs.

**SUBDECANA**

## Resumen

La contribución que se pretende dar con esta obra, es que sirva de consulta para que el estudiante desarrolle temas de investigación sobre temas específicos del Derecho penal en general, es decir, presentar las razones de existir del sistema de imputación para que cada uno pueda elegir, procesar, criticar, incluso argumentar su propio modelo de la teoría del delito.

En nuestro medio es posible tener un Derecho penal

justo, en Ecuador o en cualquier otra parte, si la gente que lo elabora esté consciente de que es lo que quiere con el modelo que adopta es el más adecuado para su realidad en que vive.

Ya no se puede admitir que no haya reflexión sobre los aspectos condicionantes del sistema penal. Por ello, resulta imprescindible, tanto para la carrera de Derecho cuanto para el nivel de postgrado, pensar el Derecho pe-

nal a partir de importantes puntos como las funciones de la pena, la misión del Derecho penal, el bien jurídico, la teoría de la norma penal y los principios limitadores del ejercicio punitivo siempre serán observados por la sociedad en que vivimos.

El estudio del Derecho penal no debe de empezar por la ley ni tampoco por la estructura dogmática del sistema de imputación, sino mucho más allá. El más allá incluye conocer los principios capaces de limitar la medida de la imputación, conocer las nociones respecto del bien jurídico protegido, conocer las relaciones entre las distintas formas científicas de concebir el mismísimo Derecho penal, entre ellas, conocer criminológicamente lo que él representa en términos de control social y, como no, saber exactamente lo que es lo que se quiere con la norma y con la pena impuesta.

La reparación integral como consecuencia de la afectación de un bien jurídico protegido, es decir, cuando la víctima sufre las consecuencias negativas del delito cometido en su contra, no solo sufre daños materiales, sino un daño moral que le puede afectar a su personalidad, su honor, su dignidad, aspectos que no son cuantificables pero que el juzgador tiene la obligación de establecer una reparación justa, tomando en cuenta el tipo de delito, el daño ocasionado a la víctima y el daño psicológico que puede subsistir de por vida en su mente. Es importante que existan directrices que disminuyan y eliminen las arbitrariedades realizadas por los operadores de justicia, sobre todo si se refiere a daños inmateriales.

El Maestro Luigi Ferrajoli en su obra *Derecho y Razón*, construye el modelo garantista de derecho penal en base a principios del garantismo penal, fundamentales no derivables

entre sí, como importante también el estudio del derecho penal mínimo y máximo, con relación al derecho penal que se aplica en el Ecuador.

Garantismo Penal, nos da una perspectiva de lo que a su criterio son los fundamentos en que se debe basar el Derecho Penal en un Estado Democrático de Derecho. Se considera que el Derecho Penal se debe sostener como premisa de prevención como un medio de protección social con el fin de que no se cometan más delitos y como protección de los sujetos frente al ius puniendi del Estado. Hay muchas posturas con respecto de hacer desaparecer el Derecho Penal así, don Luis Jiménez De Asúa afirma que la Criminología es la ciencia causal explicativa, que completada con remedios imperará en el futuro. Este autor, en su tratado de Derecho Penal escribe que, a pesar de ser él un penalista, el Derecho Penal es una ciencia destinada a desaparecer, ya que en el futuro la ciencia que imperará será la Criminología.

Esta obra de investigación está enfocado en un estudio cualitativo-documental, y uso de los siguientes métodos: método inductivo-deductivo, para analizar la importancia de definiciones particulares en el estado ecuatoriano; método analítico sintético, para analizar la información encontrada en los diferentes repositorios de la red, enfocado principalmente en la reparación integral; métodos histórico, para cumplir con la necesidad de ampliar el conocimiento y definición de la reparación integral, hasta los sistemas internacionales de los derechos humanos; método sintético, que sirvió para resumir y reagrupar la información más relevante encontrada y por último el método comparativo, que permitió comparar si la estructura y composición de la reparación integral a la víctima en el Ecuador.

## Derecho penal

### Noción del Derecho Penal

Jiménez de Asúa (1952) define el Derecho Penal, como:

“Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora” (pág. 45)

### Derecho penal objetivo

El derecho penal objetivo es el conjunto de normas jurídicas que constituyen el ordenamiento jurídico penal que tienen por objeto la determinación de las infracciones de naturaleza penal y sus correspondientes sanciones penas y medidas de seguridad (Mir Puig, 2006).

El derecho penal objetivo es el conjunto de normas establecidas por el Estado que determina los delitos, las penas y las medidas de corrección y de seguridad con que aquellos son sancionados.



## Derecho penal subjetivo

El derecho penal subjetivo es la facultad que tiene el estado de crear y aplicar la norma penal, también denominado “ius-puniendi” o derecho que tiene el Estado a castigar al sujeto infractor de un precepto penal mediante la aplicación de las sanciones, penas y medidas de seguridad señaladas por la propia norma (Quintero, 1976).

## Diversas ramas del derecho penal

El Derecho penal tiene una conexión con el Derecho constitucional, el Derecho civil, el Derecho administrativo, el Derecho laboral y el Derecho mercantil.

**a) Derecho Constitucional:** Es la Constitución de cada Estado la que fija las bases, los límites a los que el derecho penal deberá sujetarse, con principios como el de que nadie es culpable hasta tanto no se lo declare como tal; nadie puede ser condenado sin juicio previo, etc.

**b) Derecho Civil:** Muchas de las nociones que se utilizan en el derecho penal provienen o son definidas en el derecho civil. Para que haya adulterio, por ejemplo, debe haber matrimonio, y este es un concepto civil; o para que haya robo, debe haber propiedad.

Así como estas aportaciones de los autores del Texto Elementos del Derecho Civil:

El objeto del derecho Civil es el conjunto de reglas obligatorias que rigen en las sociedades humanas, el disfrute y el cambio de valores; resultando así que el Derecho Civil es un derecho en que todas sus relaciones pueden convertirse en dinero (Cifuentes , 1999).

**c) Derecho Mercantil:** Sucede lo mismo que en el caso anterior. Podemos ejemplificar con el delito de estafa con cheque, para lo cual es necesario tomar del derecho comercial el concepto de cheque.

**d) Derecho Administrativo:** Por una parte, el derecho penal protege la actividad administrativa sancionando las conductas que atentan contra su debido funcionamiento.

## Partes del derecho penal

El Derecho penal se divide en Parte General y Parte Especial. La primera comprende las normas secundarias, accesorias o simplemente declarativas referentes al delito, al delincuente y a las penas y mediadas de seguridad; mientras la segunda se integra con los tipos penales y las penas que a cada delito corresponden

## Denominación del derecho penal

Las denominaciones que recibió el Derecho Penal fueron:

a) Derecho Criminal, para denotar que el interés principal es el autor del delito.

- b) Derecho Represivo o Sancionador, para relieves el carácter punitivo de este Derecho. Derecho de Prevención, para denotar que este Derecho tiene normas jurídicas de conducta prohibidas.
- c) Derecho Protector De La Sociedad, para designar que el delito constituye una afrenta a la sociedad y que este Derecho lo protege.
- d) Derecho De Lucha Contra El Crimen, para nombrar que es en base a este Derecho que se sanciona el delito.
- e) Derecho Protector De Criminales, Pedro Dorado Montero lo llama así para significar que este Derecho es una valla contra la venganza privada o pública de la sociedad.
- f) Derecho De La Defensa Social, nombre que se le dio por utilizar junto a la Pena otras medidas para defender la sociedad, esta denominación tiene origen en la Escuela Positivista.
- g) Derecho del Código Social. En Centro y Suramérica se le llamó Derecho del Código Social, bajo influencia de la Escuela Positiva.
- h) Derecho Penal, utilizado por primera vez en 1756 por Regnerus Engelhard para resaltar su carácter punitivo. Unos dicen que la denominación de Derecho Penal es muy angosta, no abarca las Medidas de Seguridad.
- i) Derecho Criminal. Para otros Derecho Criminal es muy amplio. En los países anglosajones se impuso esta última (Criminal Law). En Hispanoamérica se impone la denominación de Derecho Penal.

## **El titular del derecho penal y sus destinatarios**

El Estado, en razón de su soberanía, es el que dicta las normas creadoras de los delitos y las penas o medidas de seguridad aplicables, es el propio Estado el titular del Derecho penal (Porte Petit Candaudap, 1960)

Existen diferentes puntos de vista acerca de quiénes son los verdaderos destinatarios del Derecho penal, uno de los puntos de vista establece que, si la norma tiene una finalidad, debe investigarse quién es el sujeto a la que va destinada; algunos pretenden que los mandatos contenidos en el Derecho penal se dirigen exclusivamente a los órganos encargados de aplicarlo.

Otros ven en los ciudadanos como auténticos destinatarios, pues a ellos están dirigidos los mandatos y prohibiciones contenidas en las normas penales.

Un tercer criterio estima que son destinatarios de las normas penales tanto los órganos del Estado encargados de la aplicación de las leyes penales, como los gobernados: el precepto en el cual está contenido el mandato o la prohibición, se dirige a los súbditos, mientras la norma que amenaza de sanción está destinada en forma directa al encargado de aplicarla. (Petrocelli, 1950)

Rodríguez Mourullo (1978) Sostiene un el criterio mixto considerando que las normas que prevén delitos y vinculan a ellos una pena están destinadas tanto a los miembros de la vida comunitaria como a los órganos judiciales del Estado que deben aplicarlas.

## **Caracteres del derecho penal**

Es un Derecho público, normativo, valorativo y finalista que tiene la norma y el bien jurídico como polos de su eje y cuya naturaleza es eminentemente sancionadora.

**Derecho público:** Porque la creación de las figuras delictivas y la amenaza de imponer una pena es una actividad del Estado como persona pública; y es a través de éste que logra su máxima expresión de soberanía interna. Además, corresponde a un órgano público, los tribunales, quienes son los encargados de resolver las causas de responsabilidad Penal.

**Derecho normativo, valorativo, finalista y garantizador;** así como se afirma a continuación:

Es de naturaleza normativa, porque intenta regular la vida social, no sólo conocerla; es valorativo puesto que valora para asignar la pena a algunos de los numerosos hechos ya valorados como ilícitos por el ordenamiento jurídico; es finalista, porque persigue la protección de los individuos componentes de la sociedad, garantizándoles el goce de los bienes jurídicos. Estos caracteres corresponden a cualquier derecho. (Soler Ferran , 1944)

## Las teorías de las penas

### 1. Las teorías absolutas o retributivas:

Las teorías absolutas o también conocidas como retributivas, tienen como sus máximos representantes a Kant y Hegel. Para ellos, el fundamento de la pena radica en la mera retribución. Es la imposición de un mal, por el mal cometido. En esto se agota y termina la función y fin de la pena. A través de la retribución se hace justicia al culpable de un delito. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el antiguo principio del talión ojo por ojo, diente por diente.

Valdivieso Siaden (2021) sostenía que:

“Si todos los miembros de una comunidad acordaran por unanimidad disolverla, antes de ello se llevará a cabo, debería ejecutarse al último asesino que estuviera en prisión, para que todo el mundo supiera el trato que merece sus hechos” (pág. 30)

Es decir, que la pena únicamente se justifica para sancionar un mal cometido por el delincuente, ya que, si existiera otro fin, ello constituiría una ofensa a la dignidad de la persona. Posteriormente Hegel, basándose en la dialéctica, concibe al delito como la “negación del derecho”, y a la pena, como la “negación de la negación”. Afirmando que la pena según el ordenamiento jurídico representa la voluntad general y niega con la pena la voluntad especial del delincuente expresado en la lesión jurídica que queda anulada por la superioridad moral

de la comunidad, descalificando la persecución de fines distintos a la mera retribución del derecho lesionado mediante la penal. (Zaffaroni E. R., 2000)

## **2. Las teorías relativas o preventivas:**

Esta teoría se opone completamente a las teorías absolutas. Para ellas la pena no tiene que realizar la justicia en la tierra, sino proteger a la sociedad. La pena no constituye un fin en sí misma sino un medio de prevención. (Hurtado, 1987).

## **3. Teorías de la unión:**

Las teorías mixtas, eclécticas o de la unión tratan de mediar entre las teorías absolutas y relativas como una solución en la lucha de Escuelas. Las teorías de la unión, en sus distintas variantes tienen, sin embargo, el mérito de haber superado la parcialidad, tanto de las teorías absolutas como de las relativas. Ninguna de estas dos teorías, puede comprender el fenómeno de la pena en su totalidad, ya que, sólo fijan su atención en partes de ese fenómeno.

## **Las Ciencias Penales**

Las ciencias penales es la disciplina científica que tiene como objeto de estudio el análisis y la sistematización del conjunto de normas que configuran el ordenamiento jurídico penal. Su método de investigación es dogmático, por lo que se circunscribe al aspecto normativo del delito.

Es a mediados del siglo XVIII cuando intelectuales y filósofos europeos de la llamada época de la Ilustración comienzan a denunciar públicamente las atrocidades del sistema punitivo que, hasta entonces, configuraba la sociedad.

Entre los grandes pensadores y reformistas destacan Montesquieu -siguiendo la línea de pensamiento de Rousseau y Voltaire-, Howard, Beccaria, Lardizábal, José Marcos Gutiérrez, Bentham, Romagnosi o von Feuerbach.

Entre las aportaciones de los autores citados es de especial atención la labor de Cesare Beccaria Bonesana (1738-1784). Su obra *De los delitos y las penas*, publicada en 1764, sintetiza todo el pensamiento reformista de la época, criticando con severidad el derecho penal y el proceso penal de su tiempo.

## Filosofía del Derecho Penal

Es la rama de la filosofía del derecho que estudia las cuestiones penales desde el punto de vista filosófico, indicando en qué medida la pena y el delito tienen carácter universal, buscando legitimarla sobre la base de la naturaleza y los fines del Estado.

Es una rama del derecho que tiene por objeto estudiar los fenómenos penales de carácter universal tales como la legitimación del derecho penal, la naturaleza del delito, los fines de la pena y del estado como creador, regulador y administrador de la justicia.



## Historia del Derecho Penal

Se ocupa del estudio de la evolución en el tiempo de las ideas e instituciones penales y sus resultados prácticos. La dogmática jurídica penal se ocupa del estudio de las normas penales desde el punto de vista estático; mientras la Historia del Derecho Penal, lo hace desde el punto de vista dinámico, y puede aportar al dogmático “el conocimiento de la precedente evolución de las instituciones particulares”.

Se encarga de estudiar la evolución de las instituciones penales de las distintas épocas de la vida humana.

## Legislación Penal Comparada

Es el método encaminado a mejorar la legislación, buscando la uniformidad de los ordenamientos jurídicos en la medida de lo posible entre los distintos países del mundo.

Es un método que tiene por objeto mejorar las instituciones penales de un estado, buscando la uniformidad de la legislación internacional.

## Criminología

César Lombroso expresa que:

Es el creador de la misma como ciencia natural, antropología criminal, que conlleva la tesis del delito natural considerando este fenómeno como si fuera biológico o antropológico. Por lo general podemos decir que el positivismo penal al impulsar la Criminología en gran forma, le da un contenido diverso, así para Enrico Ferri es Sociología Criminal. (Lombroso, 1996)

### La Antropología Criminal

Es la ciencia que estudia los caracteres fisiopsíquicos del hombre delincuente, y, sobre la base de estos, juntamente con la influencias del ambiente y de las circunstancias, apunta a explicar la génesis de los hechos criminosos particulares.

A César Lombroso se le atribuye el nacimiento de la Antropología Criminal. Porque su tarea principal consistió en observar al delincuente, dada la reincidencia criminal que imperaba en Italia en esos tiempos y llegó a la conclusión que el delincuente era un ser humano anormal, delincuente nato, determinado por elementos somáticos y fisiológicos teniendo analogía con los salvajes y con las razas de color a esto concluyó con sus leyes del atavismo y degeneración.

## **La Biología Criminal**

Estudia al hombre de conducta antisocial como su ser vivo desde sus antecedentes genéticos hasta sus procesos anatomo fisiológicos en la criminalidad y la participación de los factores biológicos en el crimen.

La antropología criminal ciencia que se le atribuye a César Lombroso para estudiar al delincuente toma como base los estudios realizados por la biología criminal indicando que el delito cometido por una persona se debe a que padece de alguna enfermedad fisiológica acompañada de una enfermedad mental es decir que el delincuente comete la conducta antisocial por motivo de ser un demente.

## **La Psicología Criminal**

La Psicología Criminal es una rama aplicada de la psicología que pone en relación determinadas variables psicológicas con el criterio práctico del atentado contra la norma jurídica.

Tradicionalmente, se ha ocupado de investigar al delincuente, las motivaciones de determinados delitos y las causas de la tendencia a la criminalidad, es decir, sus factores endógenos y exógenos. Así, se ponen en relación con la criminalidad, por ej., componentes estructurales y constitucionales del individuo, influencia del medio en el que se desarrolla, circunstancias de la situación, la edad, el sexo, variables de personalidad, intelectuales o cognitivas, etc.

No obstante, y dado que el contenido de lo que ha de entenderse por delito viene determinado por las normas jurídicas, sociales y culturales imperantes, y que en la noción de

delito se interrelacionan múltiples factores, los planteamientos puramente psicológicos sobre la descripción y explicación de la criminalidad se han ido ampliado, por ej., a análisis sociopsicológicos o a aspectos clínicos y preventivos de la conducta delictiva.

**Sociología Criminal:** Fue creada por el sociólogo Enrico Ferri durante la época de la Escuela Positiva del Derecho Penal, a pesar de que Rousseau ya había hablado del factor social sobre el crimen, y se ocupa del estudio del delito, la pena y la criminalidad como un fenómeno puramente social.

La sociología se ocupa solo de la relación que existe entre el autor de un delito como sujeto activo con la sociedad. Niega el libre albedrío, sus libertades están restringidas al marco jurídico establecido por el estado.

El delincuente recibe de la sociedad un conjunto de modos de obrar que determina sus actos futuros.

La sociología Criminal Responsabiliza a la sociedad las conductas antisociales desplegadas por los delincuentes, en cuanto a la pena se deben aplicar los sustitutos penales como las medidas de seguridad y la rehabilitación para que las cárceles no se conviertan en escuelas del crimen.

## **La Penología**

La penología se ocupa del estudio de las penas y las medidas de seguridad, así como de las instituciones post carcelarias.

Para Valentín Guillén:

La penología es una parte del derecho penal y así como las instituciones post carcelarias. Se trata de una rama de las

ciencias penales que estudia los sistemas de castigo y re-  
dención de los criminales, como los procedimientos legales  
destinados a prevenir el delito. (Guillén, 2011).

La penología se encarga del estudio de los problemas psi-  
cológicos y sociales que se originan al aplicar los castigos al  
delincuente y el cumplimiento de las penas, las medidas de  
seguridad que se relacionan con el recluso.

## **Victimología**

El campo de la victimología incluye o puede incluir, en fun-  
ción de los distintos autores, un gran número de disciplinas  
o materias, tales como: sociología, psicología, derecho penal y  
criminología. La victimología es una ciencia que estudia cien-  
tíficamente a la víctima y su papel en el hecho delictivo.

## **Ciencias Auxiliares**

Criminalística:

Álvaro Burgos (2010) definen a la criminalística como:

“Criminalística es la disciplina auxiliar del Derecho Penal  
y del proceso penal que se ocupa del descubrimiento, ve-  
rificación científica del delito y del delincuente” (pág. 30)

La **criminalística** es una disciplina que aplica conocimientos,  
métodos y técnicas de investigación científica de las ciencias  
naturales en el examen del material sensible significativo re-  
lacionado con un presunto hecho delictuoso con el fin de de-  
terminar, en auxilio de los órganos encargados de administrar

justicia, su existencia cierta, reconstruirlo o señalar y precisar la intervención de uno o varios sujetos en el mismo.

La criminalística se sirve de los conocimientos científicos para reconstruir los hechos. El conjunto de disciplinas auxiliares que la componen se denomina ciencias forenses

## **Medicina Legal**

La *medicina legal*, jurisprudencia médica o medicina judicial, es una rama de la medicina que determina el origen de las lesiones sufridas por un herido o, especialmente, la causa de la muerte mediante el examen de un cadáver. Estudia los aspectos médicos derivados de la práctica diaria de los tribunales de justicia, donde actúan como peritos. El médico especialista en el área recibe el nombre de médico legista proviene del latín *legis* o ley.

## **Psiquiatría Forense**

Castillo Sisy (1999) concibe a la psiquiatría forense como:

La ciencia auxiliar del derecho penal que estudia las enfermedades mentales de los delincuentes a fin de determinar su responsabilidad atenuada o nula dentro de los principios criminales clásicos o la necesidad de uno u otro de los tratamientos que por conveniencia individual de seguridad deba adoptarse (pág. 16).

La psiquiatría forense es otra ciencia auxiliar del derecho penal que va determinar si el delincuente cometió un delito en su estado mental anormal y con ese informe el juzgador determinará su responsabilidad penal.

**Estadística Criminal:** Es un mero instrumento de catalogación y sistematización del crimen, así como del estudio de los datos cuantitativos concernientes a él y a la población criminal, lo mismo que de su ubicación geográfica y social.

Ha sido definida como la disciplina que estudia la expresión cuantitativa del delito en la vida social, tiene por objeto especial los fenómenos de la criminalidad. Consiste, sintéticamente, en un conjunto de datos numéricos tabulados reunidos en los informes oficiales de los organismos, a quienes están encomendadas, la prevención, aprehensión, y tratamiento de los infractores de la ley penal.

Es la disciplina que se ocupa de la observación y del cálculo de los fenómenos delictivos; es decir, de la investigación sistemática y metódica de la expresión numérica de la delincuencia.

## **Política Criminal**

Se llama así a la manera como la colectividad reacciona organizadamente, frente a las acciones delictuosas que amenazan su cohesión o su desarrollo armónico.

La disciplina que estudia esta faceta del control social recibe, igualmente, el nombre de política criminal. Es tarea de esta disciplina, no sólo la descripción de la reacción social contra la delincuencia, sino también determinar los lineamientos que deberían seguirse a fin de lograr una mayor eficacia.

## Derecho criminal

Es la rama del derecho que define las transgresiones criminales, regula el arresto, acusación y Juicio de los sospechosos y fija las sanciones y modos de tratamiento aplicable a los transgresores culpables. Una rama del Derecho que define las ofensas criminales, la detención, acusación y juzgamiento de Personas sospechosas y fija las penas y formas de tratamiento aplicable a los ofensores declarados culpables.

Cuando se habla de derecho penal se utiliza el término con diferentes significados, de acuerdo con lo que se desee hacer referencia; de tal modo, puede hablarse manera preliminar de un Derecho penal sustantivo y, por otro lado, del Derecho penal adjetivo o procesal penal.

El primero de ellos está constituido por lo que generalmente se conoce como código penal o leyes penales de fondo, que son las normas promulgadas por el Estado, que establecen los delitos y las penas, mientras que el derecho procesal penal es el conjunto de normas destinadas a establecer el modo de aplicación de las mismas.

### Misión del derecho penal

El Derecho penal no se reduce sólo al listado de las conductas consideradas delitos y la pena que a cada uno corresponde, sino que fundamentalmente su misión es proteger a la sociedad.



Esto se lograría a través de medidas que por un lado llevan a la separación del delincuente peligroso por el tiempo necesario, a la par que se reincorpora al medio social a aquellos que no lo son mediante el tratamiento adecuado en cada caso para lograr esta finalidad. Así pues, el Derecho penal se puede definir como el conjunto de normas, pertenecientes al ordenamiento jurídico de determinado estado, cuya finalidad primordial es regular conductas punibles, consideradas como delitos, con la aplicación de una pena.

## Fuentes

La fuente del Derecho es aquello de donde el mismo emana, dónde y cómo se produce la norma jurídica. Entonces, la única fuente del Derecho penal en los sistemas en los que impera el principio de legalidad es la Ley, de la cual emana el poder para la construcción de las demás normas y su respectiva aplicación, por lo tanto, sólo ésta puede ser la creadora y fuente directa del Derecho penal.

- **Costumbre:** la costumbre no es fuente del Derecho penal –ni en su vertiente positiva ni como desuetudo– en los sistemas penales denominados continentales, es decir, en aquellos en los que impera el principio de legalidad, aunque pueda serlo de otras ramas del derecho.

Otra cosa sucede en los sistemas penales del Derecho anglosajón –o en la Corte Penal Internacional–. Para estos sistemas penales el “antecedente judicial” es fuente de derecho, aunque son cada vez más, por razones de seguridad jurídica, los estados que adoptan el modelo del “sistema maestro” o codificación. Inglaterra, que necesitaba un Derecho en cons-

tante evolución por ser un país marítimo y no poder esperar la creación de leyes para adecuarlas a su comercio, adoptó la costumbre como fuente del Derecho; en Derecho penal, sin embargo, la costumbre no puede operar como creadora de delitos y penas.

A pesar de lo anteriormente dicho, algunos autores admiten la adecuación social como causa de exclusión de la tipicidad. Según este argumento se afirma que en determinados casos, una conducta que pareciera típica, sin embargo, por fuerza de la actividad social se la considera “atípica” o permitida. Sin embargo, otros autores se posicionan francamente en contra, por entender que admitir la adecuación social es aceptar el desurtido como fuente del derecho (DE LA CUESTA AGUADO). El caso típico que se pretende permitir con base en la adecuación social es el de los pequeños regalos a los funcionarios, conductas que entran de lleno en delitos de corrupción, conductas gravísimas incluso en sus más leves manifestaciones que afectan a las propias bases del sistema social y lo convierten en injusto.

Según Ezequiel Guerrero Lara (2008) sostiene que:

“La jurisprudencia es la interpretación que hacen los tribunales competentes al aplicar la ley a los supuestos de conflicto que se someten a su conocimiento” (pág. 23)

- Fuente clásica en el derecho anglosajón (Commonlaw). La jurisprudencia es la reiteración de decisiones sobre un mismo asunto de forma similar, no es una sola decisión, tiene que ver con una actividad plural de decisiones que consolidan una tendencia para la solución de un caso. No sólo en Estados Unidos o en Inglaterra la jurisprudencia

es utilizada para la toma de decisiones, sino que todos los abogados tienden a buscar precedentes jurisprudenciales porque son los que le indican cómo interpretan los tribunales una determinada norma. Ahora bien, en los sistemas penales continentales la jurisprudencia no es fuente de derecho, así como tampoco lo es la analogía.

**Doctrina:** No es fuente del Derecho penal aunque cumple importantes funciones de cara a la creación e interpretación de la ley penal.

**Principios generales del Derecho:** Tampoco pueden ser considerados fuente del Derecho penal, aunque cumplen otras funciones al orientar y limitar la actividad legislativa; la interpretación o la aplicación de la ley penal.

Un principio en cambio comporta una serie indeterminadas de aplicaciones. Puede decirse así que las reglas jurídicas son aplicaciones de los principios, a no ser que establezcan excepciones a ellos. Los principios son en consecuencia, los fundamentos mismos del sistema jurídico, a partir de los cuales se despliega todo el aparato de normas. (la Torre, 2015)

## **Evolución histórica**

Cada sociedad, históricamente, ha creado y crea sus propias normas penales, con rasgos y elementos característicos según el bien jurídico que en cada caso se quiera proteger.

Tabú y venganza privada: en los tiempos primitivos no existía un Derecho penal estructurado, sino que había toda una serie de prohibiciones basadas en conceptos mágicos y

religiosos, cuya violación traía consecuencias no sólo para el ofensor sino también para todos los miembros de su familia, clan o tribu.

Cuando se responsabilizaba a alguien por la violación de una de estas prohibiciones (tabú), el ofensor quedaba a merced de la víctima y sus parientes, quienes lo castigaban causándole a él y su familia un mal mayor. No existía relación alguna entre la ofensa y la magnitud del castigo.

La Ley del Talión: las primeras limitaciones a la venganza como método de castigo surgen con el Código de Hammurabi, La Ley de las XII Tablas y la Ley Mosaica, que intentan establecer una primera proporcionalidad entre el daño producido y el castigo. Es el famoso “ojo por ojo, diente por diente”.

En los casos en que no existía daño físico, se buscaba una forma de compensación física, de modo tal, por ejemplo, que al autor de un robo se le cortaba la mano.

A esta misma época corresponde la aparición de la denominada Composición, consistente en el reemplazo de la pena por el pago de una suma dineraria, por medio de la cual la víctima renunciaba a la venganza.

En la actualidad se está introduciendo la remisión de la pena a cambio de servicios a la comunidad.

## Derecho Romano

Arguello (2004) señala que:

“En su acepción más lata, se entiende por Derecho Romano el conjunto de normas y principios jurídicos que rigieron las relaciones del pueblo romano en las distintas épocas de su historia, es decir, dentro de los límites marcados por la fundación de Roma (753 a.C) y la muerte del emperador Justiniano (565 d.C.)” (pág. 234).

El extenso período que abarca lo que habitualmente denominamos Derecho romano puede ser básicamente dividido en épocas, acorde al tipo de gobierno que cada una de ellas tuvo. A partir de la Ley de las XII Tablas se distinguen los delitos públicos (“crímenes”) de los delitos privados (“delitos”, en sentido estricto). Los primeros eran perseguidos por los representantes del Estado en interés de éste, en tanto que los segundos eran perseguidos por los particulares en su propio interés. Es de destacar que la ley de las XII tablas no establecía distinciones de clases sociales ante el derecho.

Con el correr del tiempo los delitos privados pasan a ser perseguidos por el Estado y sometidos a pena pública.

Una de las peores penas era la *capitis deminutio* máxima.

Durante la época de la República, solo van quedando como delitos privados los más leves. El Derecho penal romano comienza a fundarse en el interés del Estado, reafirmandose de este modo su carácter público.

Esta característica se ve claramente en la época del Imperio. Los tribunales actuaban por delegación del emperador; el procedimiento extraordinario se convirtió en jurisdicción

ordinaria en razón de que el ámbito de los crímenes contra la majestad del imperio se fue ampliando cada vez más. Con el desarrollo del período imperial no se tratará ya de tutelar públicamente intereses particulares, sino de que todos serán intereses públicos. La pena en esta etapa recrudescer su severidad.

## **La criminología en la legislación ecuatoriana**

Una Ciencia Penal de carácter causal explicativa, que tiene por objeto el estudio de la Etiología (causas) del delito y responde a la pregunta ¿Por qué? Etimológicamente (origen) nace de 2 voces latinas; CRIMINIS = Delito o Crimen y LOGOS = Estudio o Tratado, con lo que se puede determinar que la Criminología es el tratado o estudio de los delitos.

Este concepto es uno de los más usados por los estudiosos de la criminología, a pesar de no estar completo, ya que se debería agregar la explicación de ¿Por qué la Criminología es estudiada como una ciencia causal explicativa? bueno, se dice que es causal explicativa por cuanto estudia al delito a través de la personalidad del delincuente, con lo que se ocupa del control social individual y colectivo de los llamados residentes del delito; es decir que estudia directamente al delito y al delincuente como hechos dados, prácticos, y realizados.

Además, la criminología como ciencia permite la exploración del fenómeno criminal, del acto del hombre y del medio ambiente social.... Pero los valores humanos y las opciones sociales a partir de las cuales la ley define al crimen son variables en el tiempo y en el espacio.

Sus principios de estudio más bien definidos, como sus fuentes están reflejados aún en la historia cuando se dice que la Criminología surge como ciencia a partir de la segunda mitad del siglo XIX, gracias a los estudios de los positivistas italianos: Lombroso, Ferri y Garófalo, que en un principio denominaron a esta ciencia como “Antropología criminal” ya que estos autores se basaron en las teorías de Darwin, Spencer y Galton que ya investigaban sobre el evolucionismo; es por ello que Lombroso habla más adelante del “Criminal Nato” basándose en la óptica Darwiniana de la “evolución de las especies” de donde se desprende que el criminal sería “un orangután entre los hombres”.

Para Marchiori (2000) La criminología es:

Una disciplina científica e interdisciplinaria que tiene por objeto el estudio y análisis del delito, de la pena, delincuente, víctima, criminalidad, reacción social institucional, cultural y económica a los fines de la explicación, asistencia y prevención de los hechos de violencia (pág. 123).

## La evolución histórica del derecho penal

### La Época Primitiva

Cada sociedad, históricamente, ha creado –y crea– sus propias normas penales, con rasgos y elementos característicos según el bien jurídico que en cada caso se quiera proteger. Tabú y venganza privada: en los tiempos primitivos no existía un Derecho penal estructurado, sino que había toda una serie de prohibiciones basadas en conceptos mágicos y religiosos, cuya violación traía consecuencias no sólo para el ofensor sino también para todos los miembros de su familia, clan o tribu.

Cuando se responsabilizaba a alguien por la violación de una de estas prohibiciones (tabú), el ofensor quedaba a merced de la víctima y sus parientes, quienes lo castigaban causándole a él y su familia un mal mayor. No existía relación alguna entre la ofensa y la magnitud del castigo.

La Ley del Talión: las primeras limitaciones a la venganza como método de castigo surgen con el Código de Hammurabi, La Ley de las XII Tablas y la Ley Mosaica, que intentan establecer una primera proporcionalidad entre el daño producido y el castigo. Es el famoso “ojo por ojo, diente por diente”.

En el Código de Hammurabi (Babilonia, siglo XVIII a. C.) el principio de reciprocidad exacta se utiliza con gran claridad. Por ejemplo: la Ley 195 establecía que, si un hijo había golpeado al padre, se le cortarían las manos; la 196 que, si un hombre libre vaciaba el ojo de un hijo de otro hombre libre, se vaciaría su ojo en retorno;



La Ley 197 que, si quebraba un hueso de un hombre, se quebraría el hueso del agresor; las leyes 229 a 233 establecían castigos equivalentes al daño causado que debía sufrir el arquitecto cuyas construcciones se derrumbaran.

En los casos en que no existía daño físico, se buscaba una forma de compensación física, de modo tal, por ejemplo, que al autor de un robo se le cortaba la mano. A esta misma época corresponde la aparición de la denominada Composición, consistente en el reemplazo de la pena por el pago de una suma dineraria, por medio de la cual la víctima renunciaba a la venganza. En la actualidad se está introduciendo la remisión de la pena a cambio de servicios a la comunidad.

## La Edad Antigua

**El derecho penal romano.** - En los orígenes de Roma, encontramos las instituciones características de las formas penales primitivas. La pena buscó la expiación, y descolló la autoridad incontrastable del pater familias, con su derecho a castigar hasta la muerte a los que estaban sujetos a su potestad; también el rey tenía grandes poderes, aunque esto luego se fue suavizando. No obstante, esto, con los romanos se ve bien patente el proceso gradual hacia la total publicitación del derecho penal.

Los crímenes justiciables contra los bienes jurídicos de la comunidad y de los particulares se agrupan en dos conceptos de delito: perduellio y parricidium, que eran la traición y el dar muerte a un jefe de familia. Ambos delitos públicos

(*crimina publica*), son el punto de partida para el desenvolvimiento, respectivamente, de los delitos políticos y de los delitos comunes.

Caída la Monarquía, se pierde el carácter expiatorio de la pena y se va llegando al monopolio del poder público en la represión de delitos. La Ley de las XII Tablas establece una previa determinación de los delitos privados fuera de los cuales no se admite la venganza privada, afirma el principio del talión, delimitador, además, de la citada venganza, y como medio de evitarla regula la composición. Paulatinamente, más infracciones abandonan su carácter privado y pasan a engrosar las filas de los *crimina publica*: así, el incendio doloso, el falso testimonio, el hurto flagrante, las reuniones nocturnas, la corrupción del juez y la adivinación.

Los orígenes de la monarquía son imprecisos, si bien parece claro que fue la primera forma de gobierno de la ciudad, un dato que parece confirmar la arqueología y la lingüística.

La mitología romana vincula el origen de Roma y de la institución monárquica al héroe troyano Eneas, quien navegó hacia el Mediterráneo occidental huyendo de la destrucción de su ciudad hasta llegar a Italia. Allí fundó la ciudad de Lavinio, y posteriormente su hijo Ascanio fundaría Alba Longa, de cuya familia real descenderían los gemelos Rómulo y Remo, los fundadores de Roma. (Bravo, 1998)

Los condenados a muerte por un magistrado podían recurrir sus sentencias acudiendo a la *provocatio ad populum*, procedimiento que en el último siglo de la República se mostró insuficiente, motivo por el cual ciertos delitos fueron sometidos a la decisión de un jurado (*quaestio perpetua*). En el

Imperio, con Augusto, la *accusatio* se constituye en el sistema ordinario, y comienzan a funcionar tribunales competentes en la justicia penal, que eran delegados del *imperator*. En cuanto al Digesto o Pandectas (libro del Corpus justiniano), sus libros 47 y 48 tratan la materia criminal.

## La Edad Media

**El derecho penal germánico.** - El derecho penal romano se propuso apuntalar al Estado, mientras que el germánico buscaba el restablecimiento de la paz social mediante la reparación. Hubo entre los bárbaros un sistema de composición: para los casos de homicidio y otros análogos, se pagaba un *Wergeld* o *Manngeld*, y para las infracciones leves una *Busse*; se pagaba también un *Friedensgeld* (dinero de la paz) al intermediario que participaba en el convenio conciliatorio.

**La responsabilidad era objetiva:** por mero resultado (*Erfolgshaftung*) y por simple causación material (*Causalhaftung*). Atendía sólo al efecto dañoso del acto, y la pena era idéntica cuando el resultado sobreviene por caso fortuito: había responsabilidad aun sin culpa. No habiendo daño, no había pena; luego, no era castigada la tentativa

**El derecho penal canónico.** - La Iglesia destaca Jiménez de Asúa fue quien encarnó la norma romana en Occidente y civilizó la práctica brutal germánica. En sus comienzos, el derecho penal canónico fue disciplinario, pero poco a poco fue extendiendo su jurisdicción a otros sujetos, por razón de personas o por razón de materias. Por razón de personas, llegó a juzgarse al clérigo en tribunal eclesiástico, aun si se trataba de un crimen común; y por razón de materias, los delitos

podían ser de tres tipos: *delicta ecclesiastica* (la Iglesia impone una poenitentia), *delicta mere secularia* (juzgados por el poder laico) y *delicta mixta* (que involucran un bien jurídico laico y eclesiástico).

El derecho canónico es una ciencia jurídica que conforma una rama dentro del Derecho cuya finalidad es estudiar y desarrollar la regulación jurídica de la Iglesia católica. Bajo esta definición se engloban tres conceptos que han conformado controversia acerca de su consideración a lo largo de la Historia hasta nuestros días: su finalidad, su carácter jurídico y su autonomía científica. (Hervana, 2007)

En el primer y tercer caso son juzgados eclesiásticamente, aunque la pena siempre la aplica el brazo secular. Además, la Iglesia morigeró la institución germánica de la venganza de sangre y su consiguiente estado de enemistad, mediante el derecho de asilo (no podía sacarse al delincuente que se refugiaba en un templo) y la tregua de Dios (no podía guerrearse en ciertas épocas del año). Contra la concepción objetivista del derecho penal germánico, el canónico se levantaba sobre la base del elemento subjetivo del delito. Esto no implica la punición de la sola intención criminosa, pues siempre se requerían hechos externos, sino la ausencia de responsabilidad objetiva.

**Los glosadores y Prácticos.** - Llamase recepción al renacimiento del derecho romano, bien que profundamente modificado, que tiene lugar particularmente en España y Alemania, entre los siglos XII y XVII. El camino lo preparan, en Italia, sobre todo, los glosadores y posglosadores o comentaristas: los primeros (1100-1250) trabajando sobre el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, y los segundos (1250-1450) no sólo

sobre el derecho romano sino también sobre el derecho común de la época. Autores de fuste son los italianos Alberto de Gandino y Bartolo de Sassoferrato.

Después de la recepción que estudiaremos desde el párrafo que sigue, prosigue la labor de los juristas. Las obras típicas de esta época consistían en trabajos de pura exégesis de las leyes romanas, sin crítica ni sistema, de orientación eminentemente práctica: de ahí que a sus autores les haya valido el mote de prácticos. Nombres que merecen recordarse son los de Julio Claro, Próspero Farinaccio, Benedicto Carpzovio, Alfonso de Castro y Diego Covarrubias.

## La Edad Moderna

**El derecho penal de la Edad Moderna.** -“no podía ser peor ni más cruel, aunque paulatinamente van atenuándose las penas contra la vida y el cuerpo” (Jiménez de Asúa). Subsiste la pena de muerte, incluso bajo formas terribísimas. Se usa la tortura para obtener pruebas y, en especial, para arrancar confesiones. También cunden los procesos contra herejes para los cuales se creó la Inquisición o Tribunal del Santo Oficio, una variedad de los cuales son las causas incoadas por hechicería: la hoguera se encendió casi siempre, para multitud de desdichadas mujeres histéricas.

La bruja es más frecuente que el hechicero, y se razona que las féminas tienen menos fe y son, por tanto, más fácil presa de los 572 príncipes del Infierno y de los 7.405.926 demonios inferiores.

El inmortal presidente de Montesquieu ha pasado rápidamente sobre esta materia. La verdad indivisible me fuerza a

seguir las trazas luminosas de este grande hombre, pero los ingenios contemplativos para quienes escribo sabrán distinguir mis pasos de los suyos.

Dichoso yo si pudiese, como él, obtener las gracias secretas de los retirados pacíficos secuaces de la razón, y si pudiese inspirar aquella dulce conmoción con que las almas sensibles responden a quien sostiene los intereses de la humanidad.

También la rudeza de la época se mostró en los suplicios infligidos a los autores de regicidio. El más famoso de la época fue el caso Damiens: hirió con un cuchillo a Luis XV, con intención de matarle; y ésta fue la reacción penal: se sujetaron sus piernas entre cuatro tablas y se introdujeron cuñas a martillazos para que los huesos saltaran por la presión; después, con unas tenazas al rojo vivo se le arrancó la carne de varias partes del cuerpo y se vertió en las llagas una mezcla hirviente de plomo, aceite, pez, cera y azufre; por fin, sus miembros fueron atados con tirantes a cuatro caballos para que fuera descuartizado. Diez horas duró, y finalmente Damiens murió, sus bienes fueron confiscados, su casa arrasada hasta los cimientos y su familia expulsada del Reino.

Las leyes son las condiciones con que los hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. El conjunto de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario.

La Revolución Francesa (1789) pretendió acabar con estos excesos, y la igualdad se impone, incluso en la muerte, con la guillotina. Al demolerse la Bastilla, se destruye simbólicamente el viejo régimen punitivo: estamos en el Siglo de las Luces.

**El iluminismo Penal.** - La Ilustración se caracterizó, como dirección filosófica, por su empeño en extender la crítica y la guía de la razón a todos los campos de la experiencia humana.

- **Montesquieu.** Critica la pena que por su tiempo se imponía a los suicidas (prohibición de entierro) y realiza observaciones sobre la necesidad de aminorar las penas severas y de guardar una justa proporción entre delito y pena. También aboga por la división de poderes.
- **Rousseau.** El Estado sólo puede privar a los ciudadanos de su libertad y de su vida en cuantos éstos mediante el contrato social han cedido estos derechos a la comunidad para que cuando la dañen, y sólo en la medida en que han abdicado de sus derechos. Se muestra adverso a la pena de muerte, salvo que el reo, aun privado de su libertad, signifique una amenaza para la sociedad.

## Las escuelas penales

### ¿Qué son las escuelas penales?

Las escuelas penales son aquellas que tratan, funciones del derecho penal, de la legitimidad del estado, actuando por medio del derecho penal, presentando diversas concepciones sobre el fin, de la pena, analizando el fenómeno del delito y la pena. Los pensadores penales, se han conformado no en pensamientos idénticos, sino en teorías que tienen rasgos comunes. Se denominan escuelas penales aquellas en que los rasgos comunes del pensamiento jurídico - criminal son los que prevalecen.

Las Escuelas penales, se han agrupado a través de la doctrina, en base fundamentalmente al conjunto de principios, de sistemas que han esgrimido en el desarrollo histórico de nuestra ciencia, los diferentes tratadistas, sentando éstos verdaderas bases dogmáticas para el desarrollo de la ciencia penal.

### La escuela clásica

Están comprendidas en esta escuela la obra intelectual de autores como Giandoménico Romagnosi (1761-1835) y Giovanni Carmignani (1768-1847) quien publicó su “Elementos de Derecho Criminal” en 1808. Pero es el maestro de Pisa, Francesco Carrara (1805- 1888) quien publica su “Programa de Derecho Criminal” en 1860, quien le da forma esquemática a esta escuela. Para Carrara el delito es un ente jurídico, porque su esencia debe consistir necesariamente en la violación de un derecho, y siendo el derecho, según Carrara, con-



génito al hombre, dado por Dios, su violación debe tener una sanción. No se encuentra, desde luego, en esta escuela uniformidad doctrinaria ni coherencia en los principios, razón por la cual Jiménez de Asúa, inclusive, niega la existencia de ella, afirmando que este nombre fue adjudicado por Enrique Ferri con un sentido peyorativo, significando con este título lo viejo y caduco.

Su último exponente es Enrique Pessina quien consideraba al derecho Penal como:

El conjunto de principios relativos al castigo del delito. No olvidemos que Romgnosi dijo que el verdadero delincuente es la sociedad, demostrando matemáticamente, con infinidad de hechos, el conocido aforismo de Adolfo Quetelet: la sociedad prepara los delitos, el delincuente los ejecuta. (Pessina, E, 1893).

Pero podemos afirmar que se distingue esta tendencia “por su orientación filosófica y por el sentido liberal y humanitario de sus principios”. En el fondo del asunto, para la escuela clásica, al decir de Labatut, constituye un asunto de reacción en contra de los excesos del derecho penal del período de la venganza pública.

Los caracteres más importantes de la Escuela Clásica, pueden resumirse en los siguientes:

- a) Método esencialmente racionalista, es decir, elaboración de las concepciones doctrinarias, aplicando el método lógico-abstracto.
- b) Responsabilidad basada en el libre albedrío y en la culpabilidad moral; la responsabilidad se funda en la libertad de elección del acto ilícito.

c) El delito, como dice Carrara, es un ente jurídico y es concebido, esencialmente, desde el punto de vista jurídico y no como un acontecimiento natural. El delito es una contradicción con el derecho.

d) La pena es considerada como un mal, y es un medio necesario para el restablecimiento del orden externo de la sociedad. La pena es proporcional al delito.

e) La Escuela Clásica tiene sus bases filosóficas en el Derecho Natural.

• **Labatut** escribió que las fórmulas jurídicas de la escuela clásica, saturadas de filosofía metafísica, resultaron ineficaces en la práctica para contener los desbordes de la criminalidad. Las causas de este fracaso las atribuye Ferri a los dos hechos siguientes: a) extremó los derechos del individuo frente a los derechos de la sociedad, que necesita defenderse de los malhechores, adoptó una posición individualista y se puso al servicio del delincuente, proclamando el principio “pro-reo”; b) utilizó el método deductivo, lo que fue una causa de que se agotara en el análisis del delito. No dispuso de las herramientas que proporciona la investigación científica y que empleó después el positivismo.

Eugenio Raúl Zaffaroni (1981) en su obra capital “Derecho Penal Parte General” manifiesta que no existió la escuela clásica y cuestiona la caracterización de la escuela positiva por las diferencias de pensamiento de sus principales exponentes, como veremos a continuación. (pág. 344).

## La escuela positiva

Como relata José Cerezo Mir los positivistas partían de una concepción determinista del hombre. Rechazaban el libre albedrío y la fundamentación de la responsabilidad penal en la responsabilidad moral. El hombre es responsable por el mero hecho de vivir en sociedad (responsabilidad social o legal).

El fundamento de la pena no se haya en la culpabilidad sino en la temibilidad o peligrosidad. El delito no interesa por sí mismo, sino como síntoma de la peligrosidad del delincuente (concepción sintomática). La pena no tiene otro fin que la defensa social, es decir, fines preventivos, de prevención general y de prevención especial, pero los positivistas ponían el acento en esta última, pues al admitir la existencia del delincuente nato, no creían en la eficacia intimidante de la pena. Mediante la pena se trata de conseguir la readaptación social del delincuente, por medio de su segregación por tiempo indeterminado.

Por eso, es Cesare Lombroso (1835-1909), quien, siendo médico, es el fundador de la escuela positiva italiana del Derecho Penal, toda vez que cambia el enfoque del delito como ente jurídico, como sostenían los clásicos, para dirigirlo hacia Es indiscutible que esta escuela nace al albur de los pensadores revolucionarios de la época, que en aporte significativo a las ciencias y a la filosofía se encumbraron en la cima del conocimiento existente en aquella época, es decir, durante el siglo XIX.

Allí encontramos a Charles Darwin, Herbert Spencer y August Comte. Con este filósofo el término positivismo pasó a designar al movimiento dirigido a exaltar los hechos en contra

de las ideas, a resaltar las ciencias experimentales frente a las teóricas, y las leyes físicas y biológicas contra las construcciones filosóficas. Para este filósofo, es tarea de la filosofía determinar el desarrollo de cada ciencia y captar, desde dentro de ella, su línea directriz.

El delincuente como hecho observable. En su magna obra “El hombre Delincuente” según dice Carlos Alberto Elbert lanzó afirmaciones tan erradas como espectaculares expresando que:

Son famosos los tipos básicos de delincuentes de su clasificación: nato, loco moral, epiléptico, loco, ocasional y pasional. El delincuente nato era una subespecie humana, distinta, por sus características, de la morfología del hombre honrado. (Elbert, 2021).

Sus teorías sobre estos grupos están colmadas de descripciones y apreciaciones subjetivas, en las que se mezclan, biología con moral, fealdad con perversión, ignorancia con brutalidad, etc. , pasó a la posteridad como fundador de la Antropología criminal, y como muy bien lo dice Jiménez de Asúa la escuela positiva fue una verdadera revolución porque el delincuente y el delito no habían sido estudiados, hasta que Lombroso iluminara el aspecto causal explicativo, más que como entidades jurídicas.

Aparece después Enrique Ferri (1856-1929). Fundó la escuela positiva en 1892. Para este autor el hombre era una verdadera máquina condicionada por distintos factores, y no podía elegir sus comportamientos.

En 1881 escribe “Estudios sobre la criminalidad en Francia. El propio Ferri, definió lo que era la Escuela Positiva y sus características en su obra “Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal” que publica en 1887; allí expone:

La escuela positiva consiste en lo siguiente: es, primero en su génesis natural, y después en sus efectos jurídicos, para adaptar jurídicamente a las varias causas que lo producen los diversos remedios, que por consiguiente serán más eficaces. (Ferri E. , 2012)

En 1907 publica: “Sociología Criminal” y dice en su Introducción: “La Escuela criminal positiva no consiste únicamente, como todavía parecía cómodo creer a muchos críticos, en el estudio antropológico del criminal, pues constituye una renovación completa, un cambio radical de método científico en el estudio de la patología social criminal, y de lo que hay de más eficaz entre los remedios sociales y jurídicos que nos ofrece. La ciencia de los delitos y de las penas era una exposición doctrinal de silogismos, dados a luz por la fuerza exclusiva de la fantasía lógica; nuestra escuela ha hecho de ello una ciencia de observación positiva, que, fundándose en la Antropología, la Psicología y la Estadística Criminal, así como en el Derecho Penal y los estudios penitenciarios, llega a ser la ciencia sintética que yo mismo la llamo Sociología Criminal, y así esta ciencia, aplicando el método positivo al estudio del delito, del delincuente y el medio, no hace otra cosa que llevar a la ciencia criminal clásica, el sople vivificador de las últimas e irrefragables conquistas hechas por la ciencia del hombre y de la sociedad, renovada por las doctrinas evolucionistas”.

Rafael Garófalo (1851-1934) pertenece a la generación de Ferri y Lombroso, aunque separado del último por una diferencia de 16 años; el primero fue apenas 5 años menor.

Para Rodríguez Manzanera Garófalo representa la tendencia jurídica frente al biologismo antropológico lombrosiano y al Sociologismo ferriano, logrando con esto el equilibrio de la escuela positiva. No olvidemos que Garófalo fue juez y profesor, ya que desde 1887 fue profesor de la cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Nápoles, y como juez llegó a ser Presidente del Tribunal de Casación.

En su obra “Criminología” expone gran parte de su pensamiento criminológico. Público, además “Un criterio positivo de la criminalidad”, “Lo que debe ser un juicio penal”, “El individuo y el organismo social”, “Los reincidentes y la reincidencia”. Garófalo definió la temibilidad como “la perversión constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente. (Garófalo, 1885)

Para él “delito social o naturales una lesión de aquella parte de la moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad según la medida en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad. “Era partidario de la pena de muerte a los criminales más peligrosos e incorregibles.

No oculta su autoritarismo, como dice Zaffaroni, ni su índole esencialmente antidemocrática ni a la extrema frialdad genocida de su pensamiento. “Con Garófalo queda clara la te-

sis de la guerra al delincuente y el positivismo italiano alcanza su más ínfimo nivel de contenido pensante”.

Los postulados básicos de esta escuela fueron:

1.- El delito es un hecho de la naturaleza y como tal debe estudiarse. No hacerlo como un ente abstracto, jurídico, sino como un ente real, actual, existente.

2.- Es determinista porque sostiene que el libre albedrío no existe. Explica esta escuela que una serie de circunstancias físicas o sociales llevarán al hombre a delinquir. Si estas circunstancias no se dan, el hombre no delinquirá.

3.- La responsabilidad moral es substituida por la responsabilidad social. El hombre es responsable socialmente por el sólo hecho de vivir en sociedad, y lo será mientras viva en ella. Si no hay libre albedrío no puede haber responsabilidad moral, y si el sujeto está “determinado” a delinquir, la sociedad debe defenderse.

4.- La sociedad tiene derecho de defenderse del sujeto peligroso, toda vez que, si no hay responsabilidad penal, nadie queda excluido del Derecho.

5.- La pena deja de ser un castigo que se impone al delincuente en retribución o compensación del mal del delito, y se convierte en una terapéutica social, encaminada a obtener la readaptación social del sujeto –siempre que ello sea posible- o su eliminación o segregación en caso contrario. Garófalo estima que la eliminación de los delincuentes incorregibles debe realizarse mediante la pena de muerte, para lo cual, por cierto, sería preciso realizar verdaderas hecatombes de criminales.

- 6.- El método es experimental
- 7.- Existe un estado peligroso que origina temibilidad, según expresión de Garófalo
- 8.- Biológicamente la escuela criminológica italiana halló sustentación en las teorías evolucionistas de Darwin

## Escuelas eclécticas

Las críticas contra las escuelas clásicas y positivista han dado nacimiento a escuelas eclécticas que mantienen principios de la clásica y toman otros de la positivista, situándose en un término medio, sin incurrir en las exageraciones de esta última y apartándose de muchos postulados arcaicos del dogmatismo.

Estas escuelas se caracterizan por el dualismo de sus concepciones. Diferencian el Derecho Penal, al que asignan un método lógico – abstracto, de la Criminología, Penología y Política Criminal, que siguen una sistematización experimental. El crimen es un fenómeno complejo, producto de factores individuales y de factores exógenos.

La condición del delincuente no debe exagerarse hasta hacer de él un tipo especial, el tipo criminal que señala la escuela positivista, pero si debe admitirse una clasificación, la de ocasionales, habituales y anormales.



La pena debe ser afianzada con medidas de seguridad. Y respecto a la responsabilidad se conserva el viejo concepto de libre arbitrio, de responsabilidad moral, pero admitiéndose la peligrosidad, temibilidad o estado dañoso para algunos delinquentes.

Esta tendencia dualista de los penalistas críticos o neoclásicos ha influido en la confección de todos los códigos penales promulgados en lo que va transcurriendo del siglo XX.

Recogen en una labor de compromiso, lo mejor de las dos escuelas positiva y clásica y así fundar sistemas prácticamente útiles, capaces de influir de un modo efectivo en la formación del nuevo derecho penal codificado

## **La escuela del positivismo crítico o terza scuola**

### **Terza scuola**

La Tercera Escuela, TerzaScuola, escuela crítica o escuela del positivismo crítico, tiene su aplicación precisamente por la pugna existente entre las escuelas clásica y positiva. Tercera escuela la principal surge en Italia (terzascuola), cuyos principales representantes son Alimena y Carnevale. En Alemania hubo una tercera escuela, que coincide con los postulados de la italiana.

La tercera escuela sustenta los siguientes postulados:

- Negación del libre albedrío.
- El delito es un hecho individual y social.

- Se interesa por el delincuente, mas que por el delito.
- Señala las ventajas del método inductivo.
- Adopta la investigación científica del delincuente.
- Considera la responsabilidad moral.
- Distingue entre imputables e inimputables.
- Plantea la reforma social como deber del Estado.

Naciendo la tercera escuela en virtud de la pugna establecida entre las escuelas clásica y positiva, ha dado lugar a estimar y con razón, que la tercera escuela está formada con bases de ambas escuelas.

La crítica dirigida a esta tercera escuela, estriba en sostener, que no contiene características propias para formar una escuela. “Nos parece que si la llamada tercera escuela puede presumir de título de vida en el periodo de los orígenes, es decir, que respondía a una necesidad, hoy, dados los nuevos desarrollos, de índole jurídica también, de la escuela criminal positivista, dadas las distinciones y diferenciaciones que se han efectuado en el seno mismo de la escuela clásica, esta tendencia carece de características propias lo bastante relevantes y distintas para formar una escuela. Por lo demás, su mismo fundador, Carnevale, repetía también que aquella escuela surgió por “una necesidad de distinción aunque fuera transitoria”.

## ¿Qué se conoce como la TerzaScuola?

Movimiento ecléctico italiano, admite algunos principios clásicos y algunos positivistas. Mira al Derecho Penal como cien-

cia independiente. Combate la teoría del delincuente nato de Lombroso; por primera vez clasifica a los sujetos activos del delito en Imputables e Inimputables y sostiene que el castigo (penas) es solo para los primeros y a los segundos les viene a efectos de la defensa social una medida de seguridad. Su precursor fue Eugenio Carnevale (1891). También: Bernardino Alimena, Giambatista Impaliomeni.

### **¿Cómo mira el delito la TerzaScuola?**

Consideran el delito como un fenómeno complejo, el cual tiene su origen en causas sociales. Se debe combatir arreglando la problemática social, mientras no se solucione el problema que genera el delito, el delito seguirá existiendo. El delito no es entonces, un simple ente jurídico, su origen está en el desorden social.

### **¿En la TerzaScuola cómo se mira el Derecho Penal?**

El Derecho Penal, para ellos, se compone de tres elementos: sociológicos, sicológicos, y jurídicos.

### **¿Qué es para la TerzaScuola la pena?**

La pena tiene el carácter de coacción sicológica a la que los asociados deben temer. Se crea para la defensa de la sociedad y tiene la capacidad intimidatoria de los sujetos que se dispongan a infringir la ley (Principio de la prevención).

## ¿Cómo clasifican los de la TerzaScuola la sanción?

Distinguen entre sujetos imputables e inimputables por tanto hay penas para los primeros y medidas de seguridad para los segundos. Las penas son aflictivas las medidas de seguridad no lo son.

### La escuela de la política criminal alemana

Una ciencia total del Derecho Penal: a) La Criminológica que se encargaba de la investigación de la causa del crimen y del efecto de las penas; b) La Política Criminal, que era la tarea valorativa que surgía como resultado de la científica o criminológica; c) Derecho Penal (dogmática), es concebido como una ciencia independiente de la Sociología criminal, de la cual difiere tanto por su contenido (la exposición dogmática del derecho vigente) como por su método, el lógico abstracto. (Ramos, 1982)

La originalidad de Liszt consistía en concebir al Derecho Penal como limitador de la Política Criminal. La Pena cumplía una función de prevención especial pero siempre dentro de los límites dogmáticos, por ello decía que el Derecho Penal era la Carta Magna del delincuente.

Los principales postulados de la escuela de la política criminal fueron:

- a) El Derecho Penal tiene la función de estudiar el aspecto dogmático del derecho vigente, utilizando para tal fin el método lógico abstracto.
- b) La imputabilidad se basa en la capacidad de conducirse socialmente.

c) El delito se enfoca desde dos ángulos: como concepto jurídico y como fenómeno natural, y,

d) La lucha contra el delito debe afrontarse con las penas y con las medidas de seguridad. No abjuran de la pena, aunque sí proclaman que deben tener un fin, pero ésta sólo se aplicará a los delincuentes imputables en tanto que los peligrosos serán corregidos o inocuizados por medidas de seguridad.

Jiménez de Asúa preconizaba que la Política Criminal es una disciplina dinámica, es un conjunto de principios fundados en la investigación científica del delito y de la eficacia de la pena, por medio de los cuales se lucha contra el crimen, valiéndose, no sólo de los medios penales, sino también de los de carácter asegurativo.

### **La escuela técnica-jurídica**

Es una escuela italiana. En ellas están Manzini, Rocco, Carnelutti, Pannain, Maggori, Petrocelli. En Alemania ubicamos a Karl Binding (1841 – 1920). La obra fundamental de Binding es “Las Normas y su Violación” dónde expone que:

La teoría de las normas, definiendo a éstas como prohibiciones o mandatos de acción, afirmaba que el delito choca contra esas prohibiciones y mandatos, pero no contra la ley penal y que las normas se deducen de los tipos penales, es decir de la ley penal.

También se ha caracterizado al pensamiento de Binding como positivismo jurídico toda vez que el objeto de su análisis es el derecho positivo, desarrollando la teoría de las normas donde

afirma que el delincuente no viola la ley penal, sino que la cumple, lo que viola es la norma prohibitiva u ordenatoria que subyace dentro de la norma penal. Binding defiende el retribucionismo como límite a los excesos del Estado, tal como lo plantearon Kant y Hegel.

### **Los principales postulados de la Escuela Técnica – Jurídica fueron:**

- a) La escuela técnica – Jurídica depura al Derecho Penal de las infiltraciones filosóficas con que los clásicos los desvirtuaron y de las concepciones biosociológicas de los positivistas, que incluso lo hicieron perder su autonomía.
- b) Reduce el objeto de la ciencia penal a la elaboración dogmática, a la exégesis y a la crítica del derecho positivo, al estudio de los delitos y de las penas en su aspecto jurídico, al contenido de los textos legales vigentes.
- c) Parte de la base de que las normas jurídicas son debidas a un proceso de abstracción y de generalización que constituye el método lógico – abstracto, absolutamente diverso del de las ciencias naturales y sociales.
- d) El delito es concebido como fenómeno jurídico, por lo que otras ciencias deben estudiarlo como fenómeno individual y social. En otras palabras, el delito es una pura relación jurídica dónde debe distinguirse la causalidad material y psíquica; es decir, el delito es un hecho humano, imputable, y lícito y dañoso, que pone en peligro la existencia de la sociedad jurídicamente organizada.

e) El delito merece una sanción, reservada para los sujetos capaces penalmente. Las acciones peligrosas que no dan lugar a la aplicación de una sanción por razones de incapacidad quedarán sometidas a medidas de seguridad o de carácter administrativo.

## Finalismo

Posteriormente apareció en el firmamento de la ciencia jurídico-penal la escuela finalista, que surge en el marco de los planteamientos fenomenológicos de los años veinte, influido por su más significativo exponente Hans Welzel. Sus planteamientos son distintos de los anteriores sistemas: Para los finalistas los resultados de las ciencias culturales no dependen exclusivamente de las valoraciones que el científico introduzca en su consideración del objeto, sino que el objeto que se quiere analizar condiciona los resultados del razonamiento científico.

El método no determina el objeto de conocimiento, sino que, al contrario, el método, de forma esencialmente necesaria, tiene que regirse por el objeto como pieza ontológica del ser que se trata de investigar.

El finalismo opone, por tanto, al subjetivismo neokantiano, en el que los resultados dependían de las valoraciones del sujeto, el objetivismo de la naturaleza de las cosas de las

estructuras lógico-objetivas. El finalismo sigue admitiendo la distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, claramente diferenciadas en función de la parte del ser que una y otra esperan llegar a conocer. Las ciencias naturales pretenden el conocimiento de la realidad causal, la Ciencia del Derecho estudia la realidad de las acciones humanas en su finalidad.

En concreto, la naturaleza final de las acciones del hombre y su libertad no pueden ser desconocidas a la hora de determinar el contenido de los elementos de la teoría del delito. Welzel y sus seguidores, entre los que se cuentan autores como Maurach, Kaufmann y Hirsch, elaboran un sistema en la teoría del delito, que estudiaremos más adelante, que se aparta del propugnado por el positivismo y neokantismo, en el contenido de los distintos elementos y en sus consecuencias prácticas.

## **Fuentes del derecho penal**

Fontán Balestra (1972) expresa que en la ciencia jurídica se habla de fuentes del derecho atribuyéndose a la palabra una doble significación:

En primer lugar, se entiende como fuente al sujeto que dicta o del cual emanan las normas jurídicas, dando lugar a las fuentes de producción.

En segundo lugar, el modo o medio por el que manifiesta la voluntad jurídica, es decir, como se concreta en la vida social, originando las fuentes de conocimiento o de cognición.



Por su parte Zaffaroni (1988) indica que las fuentes del derecho tienen diferentes sentidos:

Fuentes de la producción de la legislación penal, es decir, de los órganos capaces de producir legislación penal. (de donde emerge la legislación: Congreso, Legislatura)

Fuentes del conocimiento de la legislación penal indicando los elementos legislativos que el saber jurídico-penal debe interpretar y explicar (leyes nacionales, provinciales).

### **Fuentes de producción**

Según Fontán Balestra (1972) que el artículo 32° de la Constitución Nacional indica que “el congreso no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal” por cuya razón deben ser distinguidos los delitos de imprenta verdaderos y propios, de los delitos comunes para cuya ejecución la prensa ha sido sólo el medio, ya que la disposición constitucional alcanza sólo a los primeros en tanto que los segundos se rigen por el Código Penal y las leyes penales de la Nación.

### **Fuente de conocimiento**

No hay más fuente de derecho que la ley. La costumbre, la jurisprudencia y la doctrina podrán tener influencia más o menos directa en la sanción y modificación de las leyes, pero no son fuentes de derecho penal.

La ley debe ser la única fuente del derecho penal, la ley es advertencia y garantía: advertencia de que será penado quien

cumpla la conducta que la ley describe y garantía de que sólo en tales casos el Estado pondrá en funcionamiento el resorte penal.

En el mismo sentido se pronuncia Zaffaroni (1988), quien remarca que el principio de legalidad penal constituye la expresión de que la única fuente de la legislación penal argentina es la ley. La doctrina, la jurisprudencia y la costumbre no son fuentes de conocimiento de la legislación penal argentina. La ética social debe ser tenida en cuenta en la interpretación de la ley cuando ella, tácita o expresamente, se remite a esas pautas de conducta, como sucede cuando, por ejemplo, se refiere a la “mujer honesta” (artículo 120° del Código Penal) o cuando es menester marcar los límites del cuidado debido para determinar si hubo culpa (artículo 84° del Código Penal) o los límites del fraude comercial o industrial y las maniobras competitivas y publicitarias lícitas en esas actividades.

## **Caracteres de la ley penal**

La ley penal es la manifestación de voluntad soberana del Estado, imperativa y obligatoria, que describe una conducta humana omisiva o activa como delito al cual se le impone una pena.

**Exclusividad.** Solo la ley penal define delitos y establece penas, esta exclusividad da origen al Principio de Legalidad.

**Imperatividad.** Como regla de conducta que proviene del estado la ley penal es obligatoria, ella constituye un mandamiento imperativo para regular la conducta social, prohibiendo tácitamente determinados comportamientos.

**Igualitaria y general.** Es una ley que no distingue clases sociales.

**Irrefragable.** Solo otra ley puede abrogarla (dejar sin efecto toda la ley) o derogarla (dejar sin efecto parte de la ley). La ley penal es sancionada por el Poder Legislativo y promulgada por el Presidente de la República.

**Axiológica.** Porque tutela valores de mayor interés para una sociedad.

## La Costumbre

La costumbre son las prácticas, los usos de la sociedad, que pueden tener un carácter de haberse dado durante mucho tiempo, dando la impresión de que son verdadero Derecho, de aplicación obligatoria.

Se considera costumbre a la práctica implantada en la colectividad y considerada por esta como obligatoria, es decir, es el derecho nacido consuetudinariamente.

En las sociedades modernas la costumbre, fuente independiente de Derecho, es fuente subsidiaria que sólo regirá en defecto de ley aplicable.

## La Jurisprudencia

Por jurisprudencia cabe entender las decisiones de jueces y magistrados cuando aplican el Derecho al dirimir los conflictos. Es decir, cuando se solventan los conflictos, los jueces van sentando criterios, reglas, sobre lo que creen que el legislador quiso establecer con una norma. Ahora bien, en nuestro Orde-

namiento Jurídico y a diferencia del anglosajón, por ejemplo, el juez no innova el Derecho, sólo aplica la Ley. No obstante, saber qué dijo un Tribunal en casos parecidos orienta sobre el posible fallo del mismo. Cuestión distinta son las Sentencias del Tribunal Constitucional, bien cuando interpretan la Constitución o cuando declaran la inconstitucionalidad de una Ley, por cuanto tienen un valor mucho más fuerte ya que pueden eliminarlas del ordenamiento jurídico. (Zavala Egas, 1985)

## **La Doctrina**

Por doctrina cabe entender las aportaciones de los estudiosos del Derecho, es decir, las cuestiones que resuelven y analizan los especialistas en las distintas ramas jurídicas, pueden dar pautas importantes a la jurisprudencia y a la Administración, para aclarar el contenido de las normas o para justificar un fallo o resolución.

## **El Proceso Legislativo Penal**

Se entiende como proceso legislativo en algunos casos como procedimiento legislativo – a la serie de etapas o pasos formales que deben seguirse a fin de elaborar o modificar una ley.

Este proceso mediante el cual se hacen las leyes puede diferir en los distintos países, sobre todo respecto a sus métodos, pero la finalidad es la misma, es decir el cumplir con los requisitos legales y constitucionales para que un cuerpo normativo obtenga el carácter de ley.

En este sentido, me parece importante considerar lo expuesto por Jorge Machicado (2012) cuando define al Proceso Legislativo como la “técnica de elaboración de la ley guiada por el Principio de Razonabilidad que obliga que los actos de los poderes públicos deben seguir el debido proceso bajo pena de ser declarados inconstitucionales.”

Esto, a mi parecer, resulta sumamente importante dado que el procedimiento para la creación de las leyes se encuentra normado tanto en la Constitución de la República como en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, y de incurrirse en cualquier acto que violente dichas normas el resultado podría ser que la ley creada posea carácter de ilegal e incluso de inconstitucional, por eso es que la normativa de la Asamblea Nacional contenida sobre todo en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, detalla y limita cada una de las etapas del proceso legislativo de creación de nuevas leyes.

Pero es importante en este punto indicar que, si bien la mayor parte del proceso legislativo se concentra en la creación de las leyes, no es menos cierto que existen otros elementos en los que la Asamblea Nacional trabaja y que también están dentro del campo legislativo como es la aprobación de tratados internacionales y la producción de acuerdos y resoluciones legislativas. Sin embargo, para efectos del presente trabajo, centraremos nuestra atención a los procesos de creación de leyes pues este aspecto se refiere a la principal de las funciones de un parlamento y es entendido por la doctrina política y jurídica como la etapa de la creación del derecho.

Las fases del procedimiento legislativo son:

1. Iniciativa
2. Discusión
3. Sanción
4. Promulgación
5. Publicación

## **El principio de Legalidad o Reserva**

El principio de legalidad o primacía de la ley es un principio fundamental, conforme al cual todo ejercicio de un poder público debería realizarse acorde a la ley vigente y su jurisdicción y no a la voluntad de las personas. Si un Estado se atiene a dicho principio entonces las actuaciones de sus poderes estarían sometidas a la constitución actual o al imperio de la ley. (Prieto, 2003)

Se considera que la seguridad jurídica requiere que las actuaciones de los poderes públicos estén sometidas al principio de legalidad. El principio se considera a veces como la “regla de oro” del Derecho público, y es una condición necesaria para afirmar que un Estado es un Estado de Derecho, pues en el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas. En íntima conexión con este principio, la institución de la reserva de Ley obliga a regular la materia concreta con normas que posean rango de ley, particularmente aquellas materias que tienen que ver la intervención del poder público en la esfera de derechos del individuo.

Esta relación entre el principio de legalidad y el de reserva de la ley esta generalmente establecida -en una democracia- en el llamado ordenamiento jurídico y recibe un tratamiento dogmático especial en el Derecho constitucional, el Derecho administrativo, el Derecho tributario y el Derecho penal. A cumplir una condena a los que se les implica la sentencia para retomar el crimen que pudo haber ocurrido.

## Clasificación de la ley penal

Según el Intérprete:

- **Interpretación auténtica, legislativa, contextual o simultánea:** que existe cuando en el mismo texto legal están contenidas las normas interpretadas, que son aquellas cuyo sentido y alcance es menester esclarecer, y las interpretativas, que son las que tienen por finalidad esclarecer el sentido y finalidad de las primeras.
- **Interpretación auténtica o legislativa posterior:** en ciertos casos, tras haber dictado determinada ley penal, surgen inconvenientes en lo que respecta a la interpretación y, por lo tanto, en lo que respecta a la aplicación de esa ley; entonces, el mismo poder que dictó la ley, al darse cuenta de esas dificultades, dicta posteriormente una nueva ley que tiene por finalidad aclarar las disposiciones de la anterior, para eliminar de esta manera las dificultades que

se han presentado en la interpretación y aplicación de la misma ley entrada anteriormente en vigencia; la norma interpretativa está contenida en un texto legal que entra en vigencia con posterioridad a la ley interpretada.

- **Judicial o jurisprudencial o forense:** es la que realizan los jueces competentes cuando aplican disposiciones generales y abstractas de la ley a los casos particulares y concretos que plantea la realidad.

- **Doctrinal, doctrinaria o científica:** es la realizada por los Maestros del Derecho, por los juristas especializados en materia penal, con el propósito de llevar al verdadero sentido de la Ley.

Según el medio empleado:

- **Gramatical:** es aquella que pretende establecer el sentido y alcance de determinada disposición legal, mediante el examen del significado propio de las palabras que componen el texto legal; y, además, mediante el examen de las relaciones que esas palabras guardan entre sí. Tiene dos elementos:

1. **Uno Literal:** que atiende al significado propio de las palabras que integran el texto legal

2. **Otro Sintáctico:** que toma en cuenta las relaciones que guardan entre ellas las palabras que integran el texto legal.

- **Teleológica o finalista:** cuando una disposición está oscuramente redactada, no basta con examinar las palabras de la ley y las relaciones de éstas, para poder esclarecer el



sentido y significado hay que remontarse a la realidad para la cual fue dictada esa ley, a la razón que tuvo el legislador para dictar una disposición legal determinada.

Según los resultados alcanzados:

**Declarativa:** existe interpretación declarativa cuando hay total conformidad entre el texto legal y la voluntad de la ley.

**Extensiva:** cuando el texto legal no alcanza a expresar toda la voluntad legislativa y por eso hay que extender el significado propio de las palabras, para poner de acuerdo el texto legal con la voluntad legislativa, y en este caso hay interpretación extensiva.

**Restrictiva:** en ciertos casos, el texto legal expresa más de lo que pretendió expresar la voluntad legislativa, entonces hay que restringir el significado de las palabras del texto legal para poner de acuerdo éste con la voluntad legal. (Echeverría Gavilanez, 1971)

## Leyes Penales Impropias

Impropias (nacieron marcadas por objetivos mayoritariamente no penales civiles, mercantiles, tributarios- aunque para conseguir tal finalidad prevén como delitos o faltas algunas de las conductas indicadas para, de esta manera, respaldar con mayor intensidad sus contenidos).

Se trata de leyes compuestas principalmente por una normativa jurídica que regula un todo en la materia tratada, y dentro de ella aplica un régimen sancionatorio a una conducta delictual determinada.

En lo que respecta las leyes penales especiales impropias se van a encargar no necesariamente al ámbito penal, sino por el contrario están compuestas principalmente por una normativa jurídica que regula un todo en la materia tratada, y dentro de ella aplica un régimen sancionatorio a una conducta delictual determinada.

Además, las leyes penales especiales Impropias surgen marcadas por propósitos mayoritariamente no penales, es decir, civiles, tributarias, mercantiles, aunque para lograr tal propósito prevén como delitos o faltas algunas de las conductas indicadas para, de esta forma, respaldar con mayor intensidad sus contenidos.

## **Leyes Penales en Blanco**

Las leyes penales en blanco, fueron así denominadas como aquellas que imponen una sanción, pero la descripción de la figura delictiva a la que se refieren, está contenida en otra norma jurídica, pudiendo remitirse a otra ley penal o de otro sector del orden jurídico, o a alguna norma reglamentaria, jerárquicamente inferior, que necesariamente las debe complementar.

La razón de que se dicten estas clases de leyes penales en blanco es que se trata de prescribir sobre conductas que varían a lo largo del tiempo o que requieren ir adaptándose a las circunstancias.

## Formas de Leyes Penales en Blancos

Para determinar cuáles serían aquellas leyes penales en blanco que no se ajustan a la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional ha diferenciado tres categorías de leyes penales en blanco, distinguiéndolas unas de otras de acuerdo de la naturaleza jurídica y el rango jerárquico de la norma complementaria, en: leyes penales en blanco impropias cuando a la norma que se hace referencia es de rango legal; en propias cuando está perfeccionada por disposiciones infra legales como reglamentos, ordenanzas o cualquier otra fuente emanada de alguna autoridad administrativa; y una tercera categoría conocidas como leyes penales abiertas, que no tiene norma complementaria alguna, ni siquiera preceptos infra legales, sino que la determinación o complementación queda entregada al mismo juez del fondo.

Ahora bien, para esta judicatura el problema de inconstitucionalidad se presentaría sólo en las leyes penales en blanco propias y en las abiertas, ya que en las leyes en blanco impropias al tener como norma complementaria a otra de rango legal se satisface la exigencia constitucional (ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta esté expresamente descrita en ella), y respecto a las leyes penales abiertas, en esta oportunidad, tampoco merecen mayor análisis (aun cuando me referiré a ellas en las conclusiones como resultado de la presente investigación), pues existe cierto consenso que éstas per se son derechamente inconstitucionales, dado que la descripción de la conducta penalmente reprochable ni siquiera existe en la norma infra legal, toda vez que será el juez quien la determine o pormenore la conducta típica.

Por ello, sólo es pertinente analizar cuándo, a criterio del Tribunal Constitucional, las leyes penales en blanco propias contravienen el texto constitucional.

## **Penas privativas de la libertad en la legislación ecuatoriana**

**Según el Art. 51 del Código Orgánico Integral Penal** que rige en la legislación ecuatoriana, la pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Las penas privativas de la libertad son prisión correccional y reclusión, a las que se les agregaría una pena de carácter restrictivo que es la sujeción a la vigilancia de la autoridad.

**En el Art. 59 se establecen:** las penas privativas de libertad definiendo que tienen una duración de hasta cuarenta años. La duración de la pena empieza a computarse desde que se materializa la aprehensión. En caso de condena, el tiempo efectivamente cumplido bajo medida cautelar de prisión preventiva o de arresto domiciliario, se computará en su totalidad a favor de la persona sentenciada.

La reclusión se divide en menor y mayor; la primera se divide en ordinaria y extraordinaria; y la segunda en ordinaria, extraordinaria y especial.

## **Diferencias entre prisión y reclusión**

La prisión y la reclusión son medidas para asegurar el cumplimiento de la persona que comete la infracción a un juicio. La diferencia entre la prisión y la reclusión se encuentra en el número de años, dependiendo del bien jurídico que ha sido violentado. Si una persona comete un delito que no tiene mayor alarma social como por ejemplo un hurto, se puede solicitar una medida sustitutiva o una fianza para poder recuperar la libertad, no obstante, el juicio continúa. Con respecto a la reclusión, son para los delitos sancionados con un mayor número de años porque son infracciones en los que se ha afectado bienes jurídicos protegidos por el Estado. Como por ejemplo un delito como un robo agravado, o una violación en contra de una menor de edad. Por tanto, un acusado no siempre puede solicitar que se le sustituya la medida de prisión preventiva, dependiendo de tipo de delito en el que esta persona ha incurrido.

## **Sujeción a la vigilancia de la autoridad**

La sujeción a la vigilancia de la autoridad pública no podrá imponerse como pena principal, sino como pena accesoria de prisión.

Esta pena obliga al penado a dar cuentas a los respectivos Jefes Civiles de los municipios donde resida o por donde transite, de su salida y llegada de éstos.

Restringe la libertad plena a la que tiene derecho el penado luego de cumplida la pena principal.

## **Eficacia de la ley penal**

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) en su Artículo 1, menciona que “este Código tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas.”

La teoría de las fuentes en el Derecho Penal está presidida por: La vigencia del principio de legalidad: sólo la ley penal puede ser, en nuestro Derecho, fuente formal o directa del Derecho Penal; así, la Ley Penal es la única norma que puede establecer las conductas delictivas y sus penas, cumpliendo una función de garantía de los ciudadanos, pues el monopolio de la ley con todos sus requisitos materiales y formales satisface las exigencias constitucionales de seguridad jurídica y de certeza propias del Estado de Derecho.

Partiendo desde este punto, se puede decir que la ley penal es la manifestación de voluntad soberana del Estado, imperativa y obligatoria, que describe una conducta humana omisiva o activa como delito al cual se le impone una pena.

## **Limites temporales**

La vigencia de las leyes penales se encuentra entre la entrada en vigor y su derogación. La norma penal despliega sus efectos desde su entrada en vigor y durará hasta la derogación expresa o tácita de la norma penal.

- *Derogación Expresa*: La derogación se produce de forma expresa cuando lo disponga otra ley penal.
- *Derogación Tácita*: Cuando a través de otras normas, o bien se declara inconstitucional el precepto, o bien es eliminado por la norma.

Estos límites temporales se derivan estos límites del hecho de que las normas penales tienen un período de vigencia desde que entran en vigor hasta su derogación.

## **Sucesion de las leyes**

El tema de la sucesión de leyes penales, constituye uno de los capítulos más importantes de la teoría general del delito. Se relaciona directamente con la problemática de la irretroactividad de la norma penal que, como se sabe, se refleja hasta la exigencia primaria conectada con la originaria afirmación del principio de legalidad.

Se analiza la disciplina del vigente, partiendo de la reglamentación del Código liberal Zanardelli de 1889, teniendo en cuenta los criterios elaborados sobre la doctrina y la jurisprudencia. El artículo examina también la función político-criminal que puede de hecho ser punto de inflexión del fenómeno de la sucesión de normas penales, adelantando la posibilidad de un cortocircuito peligroso en las relaciones entre el poder legislativo y el poder judicial, y subrayando la voluntad jurisprudencial en la materia.

Si bien se inscribe dentro del Capítulo fundamental del Principio de Irretroactividad, el fenómeno de la sucesión de las leyes penales en el tiempo, es decir, con un lenguaje más actual,

el derecho penal Inter temporal ocupa un espacio jurídico sobre el que converge tanto si se quiere como si no la gran cuestión de fondo del derecho penal mismo, y la encontramos partiendo de la función de la pena, para acabar con el Principio de culpabilidad. (Enzo, 2009)

## **Hipotesis de sucesion de las leyes penales**

El ordenamiento jurídico no permanece inmutable en el tiempo: unas leyes se extinguen y otras nuevas nacen. Hay sucesión de leyes penales cuando un hecho se regula por una ley nueva que describe un tipo legal que antes no existía; cuando hace desaparecer el tipo existente, y cuando modifica la descripción o la penalidad de las figuras de delito.

Las hipótesis de sucesión de leyes en el tiempo, son las distintas circunstancias para hacer variar la situación jurídica del imputado. La cuestión se plantea cuando la ley vigente en el momento del fallo que regularía el hecho cometido, es distinta de la que regía cuando se lo cometió, modificando la situación jurídica del sujeto imputado.

- Que un hecho que antes no era considerado delictivo en la ley derogada, la nueva ley lo considere delito o lo incrimine como delito.
- Que la nueva ley discrimine o deje de considerar delito un hecho que antes era considerado delito.
- Que la nueva ley por atender a requisitos de punibilidad menos estrictos o por las consecuencias de punibilidad más rigurosas, agrave la situación del agente con relación a la que tenía en la ley derogada.



- Que la nueva ley por las mismas razones que en 3-, conierta en menos gravosa la situación jurídica del agente con relación a la de la ley derogada.

## **Retroactividad de la ley penal más favorable**

Es la otra cara del principio de irretroactividad. Su fundamento en opinión de numerosos autores estaría en razones de justicia, porque no es justo aplicar una ley vieja que ya no responde a las concepciones sociales dominantes, y lo justo es aplicar la nueva ley porque le favorece (Antón Oneca, Rodríguez Mourullo, Maurach).

En opinión de otros autores como por ejemplo Silvela su fundamento estaría en la falta de utilidad, es decir, en la falta de utilidad de la aplicación de la ley antigua. No hay ningún interés por el cual aplicar la ley antigua en lugar de la nueva.

Hay autores que se expresan en sentido similar a este, como Cobo o Vive, que consideran que es una explicación enlazable al principio de proporcionalidad.

Algunos de estos argumentos en realidad servirían para justificar la aplicación retroactiva de las favorables, pero también las desfavorables porque si decimos que el fundamento está en la falta de interés, también se podría aplicar las nuevas desfavorables. Este tipo de argumentos no son sólidos, porque permitirían decir lo contrario. (Ruíz, 1980)

Hay que decir que el fundamento de la irretroactividad reside fundamentalmente en que esta retroactividad no se opone al principio de irretroactividad ni a la seguridad jurídica. Junto a esto podemos añadir que además hay razones de humanidad, justicia.

Tal aplicación retroactiva no solo es posible cuando la ley cambia después de cometer el hecho y antes de que se dicte sentencia, sino incluso aunque al entrar en vigor la nueva ley hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En tal caso hay que revisar la condena.

Pero, además, si una sentencia ya se ha cumplido, aún la nueva ley tiene cierto efecto retroactivo, pues en aquellos casos en que viene a despenalizar una conducta, los antecedentes por el delito ahora despenalizado no se tendrán en cuenta para la apreciación de la agravante de reincidencia.

Una ley es más benigna si la pena para el mismo delito es corta. También una medida de seguridad puede ser retroactiva, con esto se reconoce que la ley nueva es más apropiada para llegar al fin que persigue.

Puede haber casos en que no quede claro cuál es la ley más favorable, por ejemplo, cuando las penas previstas en uno y otro texto son de distinta naturaleza, por ejemplo, pena privativa de libertad contra inhabilitación. En caso de duda, será oído el reo, aunque su opinión no es vinculante para el juez, que es quien decide en última instancia.

## **Ultraactividad de la ley penal**

Se entiende por ultraactividad de la ley a un problema de aplicación de la ley en el tiempo y está íntimamente ligada al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración.

La Ultraactividad consiste en la aplicación a hechos de ley cuando ha sido derogada y la sentencia sigue firme aun cuando la ley temporal termine su vigencia.

En leyes transitorias existe ultraactividad porque se dan por circunstancias no durables, pero que pueden producirse. En leyes excepcionales no hay ultraactividad porque se dan por condiciones de la sociedad, pero si hay normativa, entonces ya no debería ser aplicada.

De la misma manera si hablamos de las leyes temporales, podemos decir que en estas tampoco existe ultraactividad. “Como estos crean delitos, duran lo que dura su vigencia, si termina la ley ordinaria cobra ipso jure su vigencia.” (Bramont, 2010)

## **La cosa juzgada**

La cosa juzgada es la eficacia que adquiere la sentencia judicial que pone fin al proceso y que no es susceptible de impugnación, por no darse contra ella ningún recurso o por no haberse impugnado a tiempo, lo que lo convierte en firme. La cosa juzgada es lo resuelto en proceso contradictorio, ante juez o tribunal, por sentencia firme, contra la cual no se admite recurso, salvo el excepcionalísimo recurso de revisión.

Según Martha M. (1976) afirma que “una sentencia judicial se llama así cuando ha transcurrido el termino o plazo para impugnar la sentencia, y no se han usado los correspondientes recursos o han sido declarados inadmisibles, en este caso la sentencia se vuelve firme e irrevocable.” (pág. 7).

Así mismo asegura que una ley es retroactiva cuando haya sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada, porque:

1. Si la sociedad considera que un hecho ya no debe ser castigado, ya que sería injusto mantenerlo como tal.
2. Si durante la condena se aplica una ley más benigna, esta se aplicara.

## **Leyes intermedias**

Una ley intermedia es aquella que no estaba vigente en el momento de comisión de los hechos, lo estuvo después, pero dejó de estarlo antes de la celebración del juicio. Se ha considerado aplicable la ley intermedia si era más beneficiosa para el reo que las vigentes en el momento de comisión de los hechos y de celebración del juicio, argumentando que si la justicia funcionase con mayor celeridad el sujeto se habría podido beneficiar.

Entonces se podría decir que las leyes intermedias representan un problema de cara a la ley penal más favorable. Esta situación se plantea cuando al cometerse el delito está en vigor una ley penal que es derogada posteriormente por otra más favorable, y en el momento del juicio esta segunda ley más favorable ha sido a su vez derogada por otra ley más severa.

Cerezo M. (1987) considera que “no cabe aplicar con carácter retroactivo la ley penal intermedia porque el principio de retroactividad de la ley penal más favorable obliga a comparar la ley vigente en el momento de comisión del hecho delictivo, con aquella que rige en el momento del juicio. En este caso más que retroactividad podemos hablar de ultraactividad de la ley.” (pág. 34).

Hay que decir que la mayoría de la doctrina, y entre ello juristas tan destacados como Oneca, Assua, Cobo o Vives, tomando como base la amplitud de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable considera que se puede aplicar con carácter retroactivo la ley penal intermedia.

## Leyes temporales

Una ley temporal es aquella que tiene limitada su vigencia a una determinada situación o a la concurrencia de ciertas circunstancias, por ejemplo, las leyes promulgadas en situaciones de excepción o de alarma, estas se aplicarán siempre a los hechos cometidos bajo su vigencia no pudiendo aplicarse a los mismos retroactivamente una ley posterior más favorable.

Así como lo estipula el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 5 literal 2.

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

El problema que plantean estas leyes es que son leyes que establecen figuras delictivas que no existen en periodos ordinarios, o bien agravan las penas de figuras delictivas que sí existen normalmente y precisamente por eso entra en cuestión inmediatamente la aplicación de la ley penal más favorable.

## **Aplicación espacial de la ley penal**

Para un mejor entendimiento se socializara en dos marcos:

1. Principio de Territorialidad.
2. Casos de Extraterritorialidad.

La aplicación espacial se presenta cuando existan reglas de solución ante el conflicto de distintas legislaciones aplicables a un hecho delictivo; cuando por el lugar de la comisión o por la nacionalidad o estatuto personal del autor o de la víctima, se podría dar la posibilidad de aplicación del Derecho Penal de otro Estado, por lo que se presenta un conflicto entre varias legislaciones aplicables a un hecho delictivo.

### **Principio de territorialidad**

Fundado en el Principio de Soberanía e Independencia del Estado La Ley penal tiene validez exactamente en el territorio de la República, sobre las infracciones cometidas por cualquier persona, sin importar la nacionalidad del autor y los partícipes, ni tampoco contra quienes se ha dirigido. Locus regisactum. Es una garantía frente a una intervención punitiva abusiva, presente en todo Estado Democrático social de Derecho. Este principio se fundamenta en el mantenimiento del Orden Público y el fortalecimiento del orden jurídico donde el Estado ejerce soberanía.

De acuerdo con este principio, la ley penal es aplicable a los delitos cometidos en el territorio del estado, basándose en el concepto de soberanía, expresión que sintetiza la idea de independencia. Para este principio lo que decide la aplicación de la

ley penal del estado es el lugar de comisión del delito, es decir, la mencionada ley penal se aplica a los delitos cometidos dentro del estado o sometidos a su jurisdicción, sin que importe la condición del autor o del ofendido, ni la “nacionalidad” del bien jurídico afectado.

Lo que limita la aplicación territorial de la ley es el concepto jurídico de territorio, que no necesariamente coincide con su extensión física, ya que aquel se extiende a todos los lugares sobre los que el estado ejerce su “jurisdicción” legislativa y judicial:

Las tierras comprendidas dentro de sus límites internacionales, el mar territorial, el espacio aéreo, las naves y Aeronaves públicas y privadas con pabellón nacional que se encuentran en alta mar (mar libre) o en su espacio aéreo y los lugares donde, por convenio internacional, ejerce dicha jurisdicción.

**1.1 El territorio comprende:** En base a la observación de un mapa político del Ecuador, compruebe la división del territorio.

Los antecedentes históricos de la población ecuatoriana y sus diversas actividades, explican la creación, formación y desarrollo del espacio nacional, en el que cada región y, dentro de ésta, cada provincia evoluciona según el medio geográfico, dando origen a la conformación de provincias, cantones, parroquias y recintos que cubren jurisdicciones de diferentes dimensiones.

De acuerdo con la Constitución, el territorio ecuatoriano “...comprende el de la Real Audiencia de Quito, con las modificaciones introducidas por los tratados válidos, las islas

adyacentes, el Archipiélago de Colón o Galápagos, el Mar Territorial, el subsuelo y el espacio suprayacente respectivo. La Capital es Quito. Distrito Metropolitano”.

Hasta julio de 1999 en el Ecuador existen 22 provincias, 216 Cantones y un número fluctuante de parroquias urbanas y rurales. De las 22 provincias. 21 están ubicadas en el territorio continental, 10 en la región Sierra, 5 en la Costa. 6 en el Oriente y 1 en la región Insular. La creación, supresión y fusión de cualquiera de estas jurisdicciones territoriales, es atribución del Congreso Nacional.

Suelo, subsuelo, dominio marítimo y espacio aéreo que los cubre. Se considera parte del territorio nacional del Ecuador, los edificios y los locales de representación diplomática o consular en el extranjero; también se consideran los espacios acogidos por el Principio de Pabellón o bandera (territoire flottant), es decir se extiende la aplicación de la ley penal peruana a hechos punibles cometidos en naves o aeronaves nacionales en donde se encuentren y, en las naves o aeronaves nacionales privadas que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerce soberanía. Contemplado además en el Convenio de Chicago de 1944 y Convenio de Tokio de 1963.

## **2. Extraterritorialidad de la ley penal**

Efectivamente, con la emergencia del Estado liberal surgió la doctrina de la soberanía absoluta sobre un determinado territorio, la cual llevaba indisolublemente aparejado el ejercicio de la misma sobre todos los residentes hasta los confines te-



territoriales del Estado. Pero esta estricta visión del principio de territorialidad fue evolucionando al ponerse de relieve que el Estado necesita mantener relaciones con sus ciudadanos más allá de los límites geográficos; al mismo tiempo, se empezó a reconocer que ciertos actos producen efectos en el territorio nacional, aun cuando hayan acontecido en el extranjero.

Esta es una excepción al Derecho Penal Internacional, también es conocido como Principio de extraterritorialidad o ultra territorialidad de la ley penal, que es sustantiva y no procesal, que comprende:

## **2.1 Principio Real, De Protección o de Defensa**

Se basa en la necesidad de proteger los intereses nacionales y lleva a castigar los delitos que ataquen esos intereses, con arreglo a la legislación del país atacado, sin tomar en consideración el lugar donde se cometió el delito.

El ejemplo que indica Fontán Balestra es el de la falsificación de moneda perpetrada en el extranjero, que afecta al estado cuyo signo monetario es objeto de imitación.

De acuerdo con Carlos Creus expresa que el principio de defensa es:

Una derivación “objetiva” del principio de nacionalidad, ya que el aspecto decisivo en él es la nacionalidad del bien protegido, la ley penal ampara los “intereses nacionales” y, por tanto, rige ella en todos los casos en que el delito vulnera o amenaza uno de esos intereses, cualquiera que sea su lugar de comisión y sin que interese la nacionalidad del autor. (Creus, 1992).

La cuestión básica que tiene que ser resuelta es la de que bienes jurídicos “nacionales” se tienen que considerar para discernir la ley aplicable, ya que sólo algunos de esos bienes dar lugar a la aplicación de la ley penal del estado. Indica Creus que generalmente se reducen a los consustanciados con la organización, preservación y actividades fundamentales del estado (integridad territorial, defensa, moneda, etcétera) siendo habitual que para determinarlos las leyes enuncien taxativamente esos bienes o los delitos que se rigen por este principio para evitar dificultades interpretativas, cosa que no ocurre en nuestro derecho

## **2.2 Principio de personalidad**

A pesar de tal declaración formal, se reconoce en nuestra legislación algunos privilegios; pero no en relación a la calidad de las personas, sino a la función que desempeñan. Dichos privilegios constituyen circunstancias que excluyen de la esfera de aplicación del derecho penal común a las personas favorecidas, ya sea temporal o definitivamente, en relación a todos sus actos o sólo a algunos.

Principio jurídico según el cual la ley que a se aplica a una persona en función de la comunidad o identidad a la que legalmente se le asocia. El principio de personalidad fue sucedido por el principio de territorialidad a partir del «Edicto de Teodorico» (503 dEC), sin embargo con la emergencia de lo transnacional propia de la globalización y el paso a un mundo de redes distribuidas estamos viendo un verdadero resurgir de este criterio.

## La extradición

Es un mecanismo de cooperación judicial internacional, en virtud del cual mediante un pedido formal, un Estado obtiene de otro la entrega de un procesado o condenado por un delito común para juzgarlo penalmente o ejecutar la pena que se le hubiere impuesto.

### Definición

Esta palabra se deriva de dos raíces latinas: EX.- que significa salida, negación, fuera; y, TRADERE, TRADIUM: que es igual a entregar, tradición, extradición, traidores.

Otros estudiosos manifiestan que la palabra extradición tiene su origen en las voces latinas, EX: que quiere decir fuera de; y, TRADITIO: que significa entrega.

Es decir, la extradición es la entrega de un reo a un gobierno extranjero que lo reclama. Por lo general se lo aplica para perseguir a los delincuentes comunes, sin descartar su aplicación con fines de persecución política.

En lenguaje sencillo la extradición significa negar la estadía de un delincuente y sacarlo de un país para entregarlo a otro que lo reclama, para sancionarlo bajo el imperio de su Ley.

## **Reglas internacionales**

Esta institución se regula mediante los tratados de extradición firmados entre estados, entre los que se destacan las siguientes características o reglas internacionales:

1. La no extradición de los nacionales, es decir, de las personas nacidas en el territorio al que representa la reclamación;
2. La extradición de las personas que se encuentran inculpas en delitos comunes;
3. La no extradición en los casos acusados por delitos políticos.

## **Instrumentos Internacionales**

Existen otros instrumentos internacionales, entre los que se destacan La Convención sobre Extradición firmada en Montevideo en diciembre de 1.933 y el Reglamento sobre Extradición; el Acuerdo sobre Extradición, suscrito por Ecuador, Bolivia, Perú y Venezuela; la Convención sobre Situación de los Extranjeros, suscrita como consecuencia de la Sexta Conferencia Internacional Americana, realizada en La Habana, en febrero de 1.928; Código Sánchez de Bustamante aprobado por la Sexta Conferencia Panamericana de La Habana, ratificado por el Ecuador al 19 de noviembre de 1.932; además el Tratado sobre Asilo y Refugio Político, firmado en Montevideo en agosto de 1.939, que versa sobre la excepción a la extradición de delincuentes políticos; existen muchos tratados entre los diferentes Estados, como Francia, España, Ecuador con Estados Unidos, etc.

## En Ecuador

El tema de la extradición, en el Ecuador también lo tratan la Ley de Extranjería. El 18 de agosto del año 2000, en el R.O. 144 se publicó la Ley de Extradición, en la que se manifiesta que la extradición se concederá preferentemente atendiendo al principio de reciprocidad, aún con la posibilidad de que el gobierno del Ecuador exija una garantía de reciprocidad al Estado requirente; en la que no se contemplan muchos aspectos de procedimiento, seguramente para no contradecir las relaciones internacionales entre los Estados que son materia de las notas diplomáticas, en las que como ya se dijo debe primar la RECIPROCIDAD DE LOS PAISES y la NO - INTERVENION DE LOS ESTADOS, que son materia de áreas específicas de la diplomacia y su observancia y vigencia depende mucho del conocimiento claro de los tratados internacionales firmados con el Ecuador y otros Estados; la dinámica diplomática, la eficiencia y la experiencia, para evitar la improvisación, el apasionamiento y la novelería.

Constitución de la República del Ecuador (2008) estipula que en su:

Art.79 manifiesta de igual manera la misma disposición que la referida en el año 2008 con respecto a la extradición. Nuestra legislación recoge un principio consagrado en un elevado número de países que conforman la comunidad internacional, en base al cual un Estado no concede la extradición de sus nacionales, generalmente dicho principio es completado en base al cual, si bien no se concede la extradición, se juzgará al reo de acuerdo a las leyes nacionales (pág. 37)

La extradición activa se halla prevista en el artículo 22 de la Ley de Extradición; y, el procedimiento para conferirla se encuentra a nivel de los artículos 23 y 24 *ibidem*, determinándose que corresponde al Presidente de la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional de Justicia), determinar la procedencia de la extradición de conformidad con los tratados celebrados por el Ecuador y el Estado que será requerido, o en su defecto, sobre la base de principios de Derecho Internacional, siempre y cuando exista orden de prisión preventiva o sentencia ejecutoriada sobre la persona cuya extradición se requiere. Obtenida la resolución del presidente de la Corte Nacional de Justicia de solicitar la extradición concluye la fase judicial, y comienza la fase diplomática con la solicitud de esta propia autoridad como el ministro de Relaciones Exteriores Comercio e Integración, quien concreta el pedido de extradición al Estado donde se encuentra el prófugo (disposiciones contenidas además en los artículos 25 y 26 de la Ley de Extradición).

## **Vigencia de la Extradición**

En fin la extradición es muy antigua y su vigencia se afianza con el constitucionalismo y la soberanía de los países, pero los gobiernos de Francia y España menoscavaron la soberanía del Ecuador y sus instituciones, al no haber consultado a nuestro gobierno y haberle dejado parada a la Policía Nacional del Ecuador en el caso de un ex banquero; sin que se haya dado una satisfacción a la altura de lo que se merece nuestro País y nuestro pueblo; por más que hoy se pretenda dar otra imagen al problema suscitado por ese conflicto de soberanía internacional.

## Clasificación de la extradición

La extradición es una institución que se inspira precisamente en la colaboración internacional, en la lucha contra la impunidad del delito.

Los autores clasifican la extradición indicando varias modalidades para hacerla convincente, tomando en cuenta la preeminencia de cada una de ellas proporcionándonos de esta manera una idea más recóndita del contenido de la extradición. Antes de analizar una clasificación del concepto en estudio, se destaca que el fenómeno de la extradición considerado como tal es uno solo.

### Según la posición del Estado con respecto a la solicitud:

- **Extradición Activa:** La institución de la extradición se produce por lo menos entre dos Estados, sujetos de derecho internacional público por excelencia, mediante la cual un 26 Estado solicita la entrega de otro Estado, a una persona requerida por sus propios tribunales de justicia. El Estado que solicita dicha entrega se denomina Estado requirente, o demandante, lo que da lugar a la extradición activa, dado el rol activo del Estado que pide que una persona natural procesada o imputada le sea entregada a fin de que cumpla una pena ya impuesta o a fin de establecer su responsabilidad penal por un hecho delictual.

Se aplica según los casos previstos en los Tratados vigentes con el Estado en cuyo territorio se encuentre la persona reclamada y conforme a la aplicación de la legislación del lugar

en el que se encuentre la persona cuya extradición se solicita. Si no se da ninguno de los dos casos anteriores, la extradición dependerá de la aplicación del principio de reciprocidad y colaboración que establezcan los países implicados.

- **Extradición Pasiva:** Como contrapartida, en el Estado requerido, se produce la extradición pasiva donde un Estado solicitado por otro Estado entrega a una determinada persona a fin de establecer la respectiva responsabilidad penal, siempre conservando las garantías, la dignidad y la integridad del extraditatus. El carácter pasivo se traduce en la observancia por el Estado requerido del procedimiento necesario para determinar si da lugar a la entrega del sujeto, o a la petición que hizo el Estado requirente. La entrega de los sujetos es un acto obligatorio, siempre y cuando estén debidamente cumplidas las exigencias legales establecidas para esos casos en el tratado.

- **Extradición de Hecho y Extradición de Derecho**

Extradición de hecho a la mera entrega arbitraria (entendida tal expresión como la no sujeta a normas jurídicas preexistentes) de un individuo por un Estado a otro al margen del derecho.

Extradición de derecho se entiende aquélla que se realiza conforme a una normativa local o internacional previamente establecida.

Extradición por imperativo internacional y Extradición por imperativo interno La extradición tendrá un carácter de internacional si su fuente son los tratados internacionales, acuerdos colectivos, la voluntad de la comunidad internacional; y, es de carácter interno si su fuente es una Ley nacional o 27 interna, ya una Ley de extradición, etc.



## **Según el contenido de las demandas:**

La Extradición en Tránsito Lo normal es que esta institución opere directamente entre dos Estados a fin de que el Estado requerido entregue al Estado requirente, el extraditirus reclamado. Si ambos Estados son fronterizos la extradición opera en toda su plenitud, en caso contrario, la extradición puede requerir la intervención de un tercer país que permita que el extraditirus atraviese su territorio manteniendo su integridad para ser entregado al Estado requirente. Ello sucede si se transporta al extraditirus en el tercer Estado por su territorio en calidad de detenido o en buques o aeronaves de nacionalidad distinta de los Estados involucrados, y que para efectos de una correcta y concreta aplicación requiere leyes, acuerdos o convenios entre el tercer Estado y los Estados interesados.

Reextradición y concurso de demandas de extradición. Una vez que el extraditirus es efectivamente entregado al Estado requirente, se entiende que existe reextradición si, “éste es reclamado por un tercer Estado (al Estado requirente), a causa de un delito anterior a aquél por el que fue entregado” En algunos países se regula por medio de leyes especiales, en otros se resuelve por la costumbre internacional y en general se mantiene la tesis de que el Estado requerido tiene el derecho y la obligación de examinar si la reextradición es admisible según las propias leyes internas o los convenios con el Estado que produjo la demanda últimamente

## **Respeto a la soberanía ecuatoriana**

Sería muy importante que el Gobierno Ecuatoriano no desmaye y tome cartas muy serias para que en el futuro no vuelva a

ocurrir este impase internacional con las Repúblicas de Francia y España ni con ningún Estado, cuando se traslade al país a cualquier persona no solamente a los ex banqueros, cuando sean requeridos por la justicia del Ecuador; porque esos escándalos dejan fisuras en el respeto a la soberanía ecuatoriana en el campo internacional y hacen perder la credibilidad de nuestros ciudadanos dentro de las fronteras del Estado; más aún, cuando son decenas y hasta centenas de ex colaboradores de distintos gobiernos que están fuera del país acusados de delitos de peculado, concusión y enriquecimiento ilícito, con la careta de perseguidos políticos, en busca de asilo o amparándose en el tratado que protege a los refugiados y que posiblemente estarían incurso en un proceso de extradición.

No se debe olvidar que un país como el Ecuador que ha perdido parte de su prestigio por tantos actos de corrupción, hoy debe buscar su reivindicación a través de una optimización de su diplomacia.

## **Casos en que puede solicitarse la extradición**

El artículo 826 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señala que solo podrá pedirse o proponerse la extradición:

- De los españoles que habiendo delinuido en España se hayan refugiado en país extranjero.
- De los españoles que habiendo atentado en el extranjero contra la seguridad exterior del Estado, se hubiesen refugiado en país distinto del en que delinquieron.
- De los extranjeros que debiendo ser juzgados en España se hubiesen refugiado en un país que no sea el suyo.

## Procedimiento

### Requisito previo

Para que pueda pedirse o proponerse la extradición, será requisito necesario que se haya dictado auto motivado de prisión o recaído sentencia firme contra los acusados a que se refiera.

#### 1. Juez competente

El Juez o Tribunal que conozca la causa en que estuviese procesado el reo ausente en territorio extranjero, será el competente para pedir su extradición.

#### Acuerdo de la petición de extradición por el órgano judicial

Los Fiscales de las Audiencias y el del Tribunal Supremo, cada uno en su caso y lugar, pedirán que el Juez o Tribunal proponga al Gobierno que solicite la extradición de los procesados o condenados por sentencia firme, cuando sea procedente con arreglo a Derecho.

El Juez o Tribunal que conociere de la causa acordará de oficio o a instancia de parte, en resolución fundada, pedir la extradición desde el momento en que, por el estado del proceso y por su resultado, sea procedente.

Contra el auto acordando o denegando pedir la extradición podrá interponerse el recurso de apelación, si lo hubiese dictado un Juez de Instrucción.

## **Elevación de la petición al órgano gubernativo**

Salvo en el caso de que por el Tratado vigente con la nación en cuyo territorio se hallare el procesado, pueda pedir directamente la extradición el Juez o Tribunal que conozca de la causa, la petición de extradición se hará en forma de suplicatorio dirigido al Ministerio de Justicia, que se remitirá por medio del Presidente de la Audiencia respectiva.

Junto al suplicatorio se remitirá testimonio en el que se inserte literalmente el auto de extradición y en relación la pretensión o dictamen fiscal en que se haya pedido, y todas las diligencias de la causa necesarias para justificar la procedencia de la extradición.

Si el Tribunal que conociera de la causa fuese el Supremo o su Sala Segunda, los documentos mencionados se remitirán por medio del Presidente de dicho Tribunal.

## **Ley penal y las personas**

En primer lugar, resaltaremos la ley penal y las personas en su naturaleza jurídica que trata la responsabilidad penal de la persona jurídica, que aparece regulada de manera autónoma respecto de la responsabilidad de la persona física que comete el delito.

Las discusiones doctrinales sobre si una persona jurídica puede ser penalmente responsable han quedado superadas. El trabajo analiza los fundamentos y requisitos de la responsabilidad penal de la persona jurídica, que se podrá declarar con

independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad de la persona física, teniendo en cuenta que se añade para la persona jurídica la responsabilidad por infracciones propiciadas al no haber ejercido el debido control sobre sus empleados, pero siempre teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación.

Una de las críticas más razonables contra la responsabilidad penal colectiva es que implica normalmente un deterioro del derecho penal individual. En el mundo anglosajón se ha constatado como en muchas áreas la responsabilidad individual ha perdido importancia, al ser suplantada por la responsabilidad colectiva. Las cifras son significativas: en la mitad de los procesos del derecho penal de la empresa, la única procesada es la persona jurídica. Esta objeción nos pone sobre la pista del sentido y la utilidad de este tipo de responsabilidad: La responsabilidad de personas jurídicas tiene como finalidad incrementar la eficacia del derecho penal y la responsabilidad individual.

No viene a sustituir a la responsabilidad individual, sino a hacerla más efectiva. La responsabilidad colectiva sirve para reforzar la individual porque su finalidad es que las personas jurídicas adopten medidas de organización que impidan la realización de hechos delictivos.

La eficacia de este descansa sobre una constatación empírica que nadie discute: la empresa se encuentra en mejores condiciones que el Estado para controlar el comportamiento de sus agentes. Llegados a este punto podría contra argumentarse que tal cometido puede alcanzarse sancionando a los directi-

vos, y no a la entidad. Existen, sin embargo, buenas razones para entender que un derecho penal desdoble vía, colectiva e individual, permite alcanzar esta meta más eficientemente.

Este principio se sigue manteniendo en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos, si bien en algunos ha comenzado a aparecer la posibilidad de que una persona jurídica cometa un delito. En esos casos, la pena se ajusta al tipo de sanción que la persona jurídica puede cumplir, normalmente pecuniaria, aunque también se podría hacer alguna privación de derechos, e incluso, en algunos sistemas penales se adoptan sanciones que reciben el nombre de medidas de seguridad.

La doctrina jurídica clásica concibe al fuero como:

Aquella prerrogativa de senadores y diputados -así como de otros servidores públicos contemplados en la Constitución- que los exime de ser detenidos o presos, excepto en los casos que determinan las leyes, o procesados y juzgados sin previa autorización del órgano legislativo al que pertenecen: Parlamento, Congreso o Asamblea. El término es de uso coloquial o común y suele utilizarse como sinónimo de inmunidad parlamentaria (García , 2015).

El fuero o la inmunidad se entienden también como un privilegio conferido a determinados servidores públicos, para mantener el equilibrio entre los poderes del Estado en los regímenes democráticos, y salvaguardarlos de eventuales acusaciones sin fundamento.

En el caso de la responsabilidad civil de los legisladores no se requiere del procedimiento de declaración de procedencia, ya que, en cuanto particulares, se les podrá demandar por la realización u omisión de actos o el incumplimiento de

obligaciones señaladas en el Código Civil, los cuales siempre tienen una obligación reparadora o bien el otorgamiento de una indemnización.

El fuero de corte es una regla de determinación de la competencia absoluta que consiste en el privilegio otorgado a ciertas personas que, en razón de una investidura, es de excepción expresa y por lo mismo sólo se aplica para los casos puntualizados en la misma Ley.

Fuero ante la Corte Superior corresponde conocer en primera y segunda instancia de toda causa penal que se promueva contra estas autoridades:

Gobernadores Provinciales; Alcaldes; Prefectos Provinciales; Vocales de los Tribunales Provinciales Electorales; Concejales Municipales; Consejeros Provinciales; Administradores de Aduanas; Jueces de lo Penal, de lo Civil, de Trabajo, de Tránsito, de Inquilinato; Agentes Fiscales; Intendentes; Comisarios Nacionales; Comisarios Municipales; los miembros de los Tribunales de Menores.

## **Otros Fueros de corte especiales:**

### **Fuero Restringido**

Corresponde también a las Cortes Superiores conocer en primera y segunda instancia las causas penales, pero únicamente por infracciones cometidas en el ejercicio de sus funciones, contra notarios, contra registradores de la Propiedad, contra Registradores Mercantiles.

## Fuero ante el Juez Penal

Desde la instrucción del sumario de las causas que por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones o por delitos comunes, se promuevan contra los delitos comunes, se promuevan contra los tenientes políticos y los secretarios de los juzgados, cuyo conocimiento no esté atribuido a otra autoridad.

Este fuero es general a toda infracción, y no únicamente a las relativas al ejercicio de funciones.

El fuero parlamentario tiene su origen en la separación de poderes y la búsqueda de la independencia del poder legislativo con respecto al ejecutivo, sobre todo en el caso de las monarquías parlamentarias.

En un comienzo, no dejaba de ser habitual que cuando un parlamentario se oponía a los deseos del rey, éste buscase excusas para, utilizando el poder ejecutivo, acusarle de algún delito y buscase apartarle de la vida pública. Como forma de evitar estas injerencias, se establecieron medidas que impedían que pudiese ser encausado ningún parlamentario si previamente el propio Parlamento no daba su visto bueno y que, en el caso de ser encausado, estuviese sometido a algún orden jurisdiccional específico

Fuero parlamentario, en Derecho, a los privilegios o normas especiales que aplican a una o varias personas en el ámbito del Derecho penal por el hecho de pertenecer a un Parlamento democrático, como representantes de la soberanía popular. Estas personas, mientras se encuentran en su cargo, tienen privilegios propios, como la inviolabilidad o el sometimiento a tribunales específicos.



En lo que respecta a la inmunidad parlamentaria podemos indagar que es una figura jurídica que se refiere a la imposibilidad de la autoridad competente para detener o someter a un parlamentario a un proceso penal por la posible comisión de algún delito. De este privilegio, conocido también como fuero constitucional, gozan además de los parlamentarios, aquellos funcionarios públicos que indica la Constitución.

Por otra parte, en los casos de responsabilidad civil de los parlamentarios –diputados y senadores- puede ocurrir que no se requiera el procedimiento de declaración de procedencia ya que, en su carácter de particulares, se les podrá demandar por la realización u omisión de actos o el incumplimiento de obligaciones señaladas en el Código Civil, los cuales siempre tienen una obligación reparadora o, en su caso, el otorgamiento de una indemnización.

## Teoría del delito

En derecho penal, el dogma es la ley penal, pues es la única fuente obligatoria del derecho penal. La interpretación mencionada debe ser coherente y sistemática. Bajo este concepto, podemos señalar estas características propias de la teoría del delito:

- Es un sistema porque representa un conjunto ordenado de conocimientos.
- Son hipótesis, pues son enunciados que pueden probarse, atestiguar o confirmarse solo indirectamente, a través de sus consecuencias.

- Posee tendencia dogmática al ser parte de una ciencia social. No existe unidad respecto de la postura con que debe abordarse el fenómeno del delito, por lo que existe más de un sistema que trata de explicarlo
- Consecuencia jurídica penal: el objeto de estudio de la teoría del delito es todo aquello que da lugar a la aplicación de una pena o medida de seguridad.

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 si o por medio de instrumentos, animales, mecanismos o personas.

**Voluntad:** Es el querer, por parte del sujeto activo, de cometer el delito. Es propiamente la intención.

**Actividad:** Consiste en el hacer o actuar. Es el hecho positivo o movimiento corporal humano encaminado a producir el ilícito.

**Resultado:** Es la consecuencia de la conducta; el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal.

**Nexo de causalidad:** Es el ligamento o nexo que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material. Dicho nexo es lo que une a la causa con el efecto, sin el cual este último no puede atribuirse la causa.

## **El delito como valoración jurídica a través del tiempo**

El delito a lo largo de los tiempos, ha sido entendido como una valoración jurídica, objetiva y subjetiva, la cual encuentra

sus fundamentos en las relaciones necesarias surgidas entre el hecho humano contrario al orden ético social y su especial estimación legislativa. Gorofalo, dice Leija Moreno, define el delito natural como la violación a los sentimientos altruistas de probidad y piedad.

## La escuela clásica

Origen del nombre: Se le debe su origen a Enrico Ferri, que lo usaba peyorativamente para significar lo viejo y caduco.

**Antecedentes:** Nace como reacción a la barbarie y los métodos medievales donde privaba la tortura como medios de obtención de pruebas, igualmente como reacción el principio de juzgado, es decir, tribunales diferentes para nobleza y los plebeyos, inspirada en la Doctrina de los Enciclopedistas del siglo XVIII, con Beccaria que en 1764 publica su obra “De los delitos y de las Penas”, de contenido individualista liberal, basado en los principios de la Revolución Francesa de 1789.

Encuentra sus bases filosóficas en el derecho natural, negando la tesis del contrato social, el derecho es innato al hombre porque es dado por dios, por lo tanto el hombre debe vivir conforme a la ley natural pero ésta no es suficiente, el hombre acepta leyes hechas por él, y para que estas leyes sean cumplidas necesita un conjunto de normas sancionadoras, las leyes tienen un orden así:

- 1. Leyes de Dios.
- 2. Leyes del Hombre.
- 3. Leyes Sancionatorias.

Los filósofos que influyeron en la Escuela Clásica fueron Kant y Hegel, el primero decía que nunca se debe tratar a nadie como simple medio, sino como fin en si mismo. El segundo decía que el delito es la negación del derecho; la pena es la negación del delito o sea la afirmación del derecho.

## La escuela positiva

El origen de la escuela positiva nace en el siglo XIX. Su creador fue Ezequiel Cesare Lombroso como una reacción contra la Escuela Clásica:

Su concepto:

Escuela positiva. Cuerpo orgánico de concepciones que estudian al delincuente, al delito y su sanción, primero en su génesis natural, y después en sus efectos jurídicos, para adaptar jurídicamente a las varias causas que lo produzcan los diversos remedios, que por consiguientes serán eficaces.

La escuela criminal positiva no consiste únicamente, en el estudio antropológico del criminal, pues constituye una renovación completa, un cambio radical de método científico en el estudio de la patología social criminal, y de los que hay de más eficaz entre los remedios sociales y jurídicos que nos ofrece (Ferri E. , 1906).

La ciencia de los delitos y de las penas era una exposición doctrinal de silogismos, dados a luz por la fuerza exclusiva de la fantasía lógica; nuestra escuela ha hecho de ello una ciencia de observación positiva, que, fundándose en la antropología,

la psicología y la estadística criminal, y así de como el derecho penal y los estudios penitenciarios, llega a ser la ciencia sintética que yo mismo la llamo sociología criminal, y así esta ciencia, aplicando el método positivo al estudio del delito, del delincuente y del medio, no hace otra cosa que llevar a la ciencia criminal clásica el soplo vivificador de las últimas e irrefragables conquistas hechas por la ciencia del hombre y de la sociedad, renovada por las doctrinas evolucionistas” (Ferri). El principal medio de difusión de esta escuela fue la revista *Archivi di psichiatria, scienzepenali e antropologiacriminale*.

## Escuela técnico-jurídica

Esta corriente pretende ceñir el método investigativo de la ciencia penal al simple derecho positivo, prescindiendo de la indagación filosófica de los estudios naturalísticos y destacando como tarea principal “la elaboración técnica de los principios fundamentales de las instituciones del Derecho Penal Positivo y aplicación de este derecho”

Principios de la escuela técnico jurídica

- Retoma el método lógico abstracto
- Concibe el delito como un ente jurídico
- Puede crear una relación entre gobernados y Estado
- Prescinde del argumento del libre albedrío en cuanto a la imputabilidad
- Mantiene la distinción entre imputables e inimputables

Admite al dualismo penal, es decir penas y medidas de seguridad. No puede decirse que el tecnicismo jurídico sea una escuela, sin embargo, encara el estudio del Derecho penal propiamente dicho, es superior en jerarquía con respecto a la escuela, porque constituye el único planteo correcto para el estudio de una ciencia jurídica. La esencia del movimiento consistió en restituir el método jurídico penal a supuesto exacto dentro del ámbito de la metodología jurídica en general. El tecnicismo jurídico se limita al estudio científico del Derecho penal con independencia de los problemas referentes a la pena, que tratan de resolver las diversas tendencias de carácter filosófico.

## **Definiciones dogmáticas en la doctrina**

Según Paresce E.. (1965) la Dogmática jurídica en su texto expresa que:

Es también utilizada para referirse al conjunto de opiniones valorativas de los estudiosos del derecho sobre el derecho positivo (*lege y sententia ferenda*). Frecuentemente se trata de una expresión peyorativa y con una clara carga valorativa negativa, aunque también es posible utilizarla sin connotaciones emotivas (pág. 45).

La **dogmática jurídica** es una disciplina perteneciente al Derecho, cuyo método se basa en la de complejos sistemas de carácter formal, compuestos por dogmas jurídicos o tipos. Tales dogmas han de extraerse del contenido de las normas jurídicas positivas, utilizando la abstracción, y siguiendo una serie de operaciones lógicas que otorgan a la dogmática jurídica un carácter eminentemente sistemático.

1. La dogmática jurídico-penal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal.
2. La dogmática penal no concibe la norma como un dogma rígido sino que reconoce soluciones parciales a los problemas jurídicos.
3. la dogmática penal tiene como función garantizar los derechos fundamentales del ciudadano frente al poder punitivo del Estado.
4. La dogmática penal penetra e indaga los fundamentos del tipo penal, como se distingue uno del otro, cuando un comportamiento es impune y cuando no, en este sentido, al señalar límites y definir conceptos se quiere una aplicación segura y calculable del Derecho penal a fin de sustraerla a la irracionalidad, arbitrariedad e improvisación.<sup>41</sup>
5. Característica de la dogmática es su realización práctica descartándola como pura ciencia teórica. Los problemas teóricos deben vincularse a la ley. Así, la dogmática realista es adecuada en la medida que sirva de aplicación de la ley.
6. la dogmática en el proceso de aplicación de la ley a la realidad persigue la decisión de casos fácticos.
7. La dogmática y lo que es propio a su quehacer científico -su carácter abierto- le obliga a procesos continuos de «rediscusión y profundización de sus planteamientos, cuyo objetivo fundamental sólo puede ser la dignidad del ser humano.

## **Estructura jurídica del delito**

A partir de la definición usual del delito (acción típica, antijurídica y culpable), se ha estructurado la teoría del delito correspondiéndole a cada uno de los elementos de aquella un capítulo en esta. Así se dividió esta teoría general en:

- 1) La Acción
- 2) Conducta
- 3) Tipicidad
- 4) Antijurídica
- 5) Culpabilidad

Aunque también algunos autores agregan a lo anterior la punibilidad. No obstante, aunque hoy un cierto acuerdo respecto de la definición, no todos le atribuyen el mismo contenido. Así son especialmente debatidas las relaciones entre sus diversos elementos y los componentes de cada uno de ellos.

## **El concepto jurídico de delito en nuestro código**

El COIP, en su artículo 18, establece el concepto genérico de Infracción penal, para la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en dicho Código, conductas que según el artículo 19, se clasifican en delitos y contravenciones, dependiendo de la consecuencia establecida por el legislador, de tal manera que será delito “la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días” y contravención “la infracción penal sancionada con pena no privativa de libertad o privativa de libertad de hasta treinta días”.



## Sujetos del delito

Los sujetos del delito se encuentran marcados dentro de la tipicidad y en las cuales se distinguen 2 tipos de sujetos: el sujeto activo y el sujeto pasivo.

“Son las personas cuyos intereses (uno ilegítimo que arremete al otro), colisionan en la acción delictiva, pueden ser indeterminados, cuando la ley no quiere una característica específica (al que), o determinados, cuando se requiere de una calidad especial para poder cometer el delito (ser servidor público para poder cometer uno de los delitos cometidos, por los servidores públicos, por ejemplo, o ser mayor de doce años y menor de dieciocho para poder sufrir el delito de estupro)” (Charancá, 2004, pág. 45)

### Sujeto activo

El sujeto activo se refiere a aquella persona física o natural que realiza o causa el delito, la acción antijurídica y atípica, y que solo puede ser un hombre una sola persona. Sin embargo, en las leyes más antiguas existían conflictos con respecto a que quien o que debía ser un sujeto activo del delito ya que se podría referir como activos a los animales y a las cosas, claro está que con el avance del derecho solo se toma como sujeto activo al hombre, por su capacidad de raciocinio sobre las otras especies y objetos que no la poseen.

Otro concepto de sujeto activo es “La persona individual con capacidad penal que realiza la conducta típica” (Jácome, 2020, pág. 36).

El sujeto activo del delito en la mayor parte de los casos, sin ninguna exigencia o motivo especial, es cualquier individuo, sin embargo para que sea un sujeto activo debía tener ciertas cualidades o condiciones, ya que si no las poseía estas condiciones el delito no existía...“El ser funcionario o empleado público (peculado, cohecho, concusión); el ser jueza (prevaricato); el ser ecuatoriano (Traición,); el tener con el sujeto pasivo una relación de parentesco o matrimonio (parricidio); el estar casado (bigamia)” (Calle, 2011, pág. 26).

Sujetos activos de acuerdo al delito cometido:

Ejemplo de sujeto activo en la legislación argentina en el fraude contra la administración Pública.

“Según la ley los autores del delito pueden ser los empresarios de cualquier clase de obra y los constructores; así también los vendedores de materiales de construcción, cuyo caso solo será típica la entrega si existe un contrato de venta...Como empresario se entiende al titular de la empresa que ejecuta la obra, y como constructor aquel que dirige la obra”. (Donna, 2001, pág. 548)

Con respecto al sujeto del delito en el delito societario se argumenta lo siguiente. “serán sujetos activos de esta modalidad delictiva los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación” (Chamarro, 2005, pág. 92).

## Sujeto pasivo

El sujeto pasivo se refiere a que “Es todo titular de un interés que se ve perjudicado con el delito, pudiendo ser una persona individua o colectiva, y no pueden serlo ni los muertos ni los animales, por no ser titulares de ningún interés” (Vega, 2016, pág. 58)

Dentro del sujeto pasivo existirían varios tipos de sujetos:

- Puede ser persona jurídica: el delito cometido contra una sociedad.
- Puede ser la persona física: por ejemplo aquel una mujer que sufre maltrata físico por parte de su conviviente.
- Pude ser el estado: por ejemplo cuando se comete terrorismo,espionaje, o sabotaje y suyo afectado por estos delitos es el estado.

“Tampoco la ley establece ninguna limitación; por tanto, puede serlo cualquier persona, aun un niño de corta edad o una persona que, por discapacidad o enfermedad, este en forma temporal o permanente en imposibilidad de movilizarse por sí misma”. (Alban, 2018, pág. 154)

Albán expresa en su libro “Manual del derecho penal ecuatoriano”, que para que exista tipicidad en ciertos delitos es preciso que congrege condiciones establecidas, por ejemplo, claro está en Ecuador sería: ser presidente de la república (cuando se comete desacato); un niño recién nacido (cuando se comete infanticidio); menores de 14 años (cuando se comete una violación calificada).

## Sujetos pasivos de acuerdo al delito cometido

En el derecho societario el sujeto pasivo “Se refiere a los titulares de los derechos negados o cuyo ejercicio se impide. Con ello pretende afirmarse que sujetos pasivos hipotéticos los son estos socios que ven impedido o negado el ejercicio de sus derechos” (Chamarro, 2005, pág. 92)

Un ejemplo de sujeto pasivo en la legislación argentina es en el fraude contra la administración Pública. “Según la doctrina pueden ser el propietario de la obra; el empresario, si este fue la víctima del vendedor, sin perjuicio económico para el propietario”. (Donna, 2001, pág. 549)

## Objeto del delito

En el derecho penal se distinguen dos objetos del delito: el objeto material y el objeto jurídico.

### Objeto material del delito

Al hablar del objeto material del delito nos referimos a que es el individuo, animal, bien, cosa o interés sobre la que recae directamente la acción del sujeto activo y que por su puesto causa un daño además que estos (individuo, bien, cosa o interés) están penalmente protegido. Sin embargo, el objeto material no está presente en todos los delitos por ejemplo en la omisión, o en el falso testimonio

La persona física o jurídica que es la afectada, concuerda con el sujeto pasivo esta persona por ejemplo puede ser afectada en homicidio, difamación, violación o lesiones, la afecta-

ción puede ser también puede ser a una cosa, y este puede ser un bien mueble o un bien inmueble, por ejemplo, como bien inmueble pueden ser derechos, o también servicios básicos como la luz, el agua.

## **Objeto del delito jurídico**

El objeto jurídico se refiere a que es el “Bien jurídico penalmente protegido, que resulta lesionado por el acto delictivo y sobre el cual recae el efecto jurídico del delito. Necesariamente en todo delito debe haber un bien jurídico afectado y en algunos casos puede haber más de uno”

Albán también menciona en su libro “Manual del derecho ecuatoriano” que se puede dar más de un bien jurídica afectado cuando por ejemplo cuando hay contra una persona una violación con homicidio o robo con homicidio, en este último hay dos objetos jurídicos el de vida y propiedad. Este necesario determinar el exacto objeto jurídico para instaurar con necesaria exactitud el propósito de la ley. Por ejemplo, en delitos como violación, rapto, tráfico de drogas, o aborto.

“Se trata del bien jurídico tutelado, es decir el bien o el derecho que es protegido por las leyes penales, el cual puede ser la vida la integridad corporal, la libertad sexual y la propiedad privada, entre otros” (Marena, 2020, pág. 279).

Lo que protege, tutela y por lo tanto es de interés del derecho en cada delito es la libertad de los individuos, por ejemplo, los legisladores establecen delitos como el homicidio, el aborto, entre otros, con el fin de proteger la vida, también el objeto jurídico en un robo es el patrimonio, la posesión, por lo tanto, se busca proteger la propiedad.

## Clasificación del delito

### 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.

La Clasificación Del Delito es una elaboración hecha por el legislador que sirve para distinguir los diversos tipos legales del delito.

### Clasificación del delito

- Por su gravedad: tripartito y bipartito.
- Por la forma de la acción: de comisión, de omisión, de comisión por omisión.
- Por la forma de ejecución: instantáneo, permanente, continuado, flagrante, conexo o compuesto.
- Por las consecuencias de la acción: formal, material.
- Por la calidad del sujeto: impropio, propio.
- Por la forma procesal: de acción privada, de acción pública a instancia de parte, de acción pública.
- Por las formas de culpabilidad: doloso, culposo.

- Por la relación psíquica entre sujeto y su acto: preterintencional o ultraintencional.
- Por el número de personas: individual, colectivo.
- Por el bien vulnerado: simple, complejo, conexo.
- Por la unidad del acto y pluralidad del resultado: concurso ideal, concurso real.
- Por la naturaleza intrínseca: común, político, social, contra la humanidad.
- Por el daño causado al objeto de la acción: delito de lesión y delito de peligro.

En rigor la Clasificación del Delito se refiere a las Clases De Tipos Legales que están puestas en la parte especial de un Código Penal.

Entonces tenemos:

### **Por su gravedad**

Aquí encontramos a los sistemas: tripartito y bipartito.

El Sistema Tripartito divide en:

1. crímenes,
2. delitos,
3. contravenciones.

**Importancia.** Permite la individualización, la sociedad reacciona con mayor intensidad a los crímenes y es de utilidad

práctica: determina la competencia de los tribunales, el jurado conoce los crímenes, las correccionales los delitos y la policía las contravenciones.

**Critica.** No hay diferencia cualitativa entre crimen y delito, una lesión puede ser ambas, según la menor o mayor gravedad de sus consecuencias.

El Sistema Bipartito divide en:

- Delitos y
- Contravenciones

Se basa en la gravedad de la pena y la jurisdicción. Las diferencias entre delito y contravención serían: en el delito el daño es efectivo, en la contravención es un simple peligro; en el delito hay intención manifiesta, en la contravención no hay mala intención; el delito está en el código penal, la contravención esta en disposiciones especiales de caza, de pesca, en disposiciones sanitarias, etc.

## **Por la forma de la acción**

De comisión, de omisión, de comisión por omisión.

Por la Forma de la Acción el delito clasifica en delito de comisión (hacer lo que la ley prohíbe), de omisión (no hacer lo que la ley manda), de comisión por omisión (hacer lo que no se debe, dejando hacer lo que se debe).



## **Por la forma de ejecución**

Instantáneo, permanente, continuado, flagrante, conexo o compuesto

La clasificación del Delito por la Forma de Ejecución se puede dar de la siguiente manera:

- Delito instantáneo,
- Permanente,
- Continuado,
- Flagrante,
- Conexo o delito compuesto.

## **Por las consecuencias de la acción**

Se divide en: formal, material.

**Delito formal (delitos de actividad, delitos sin resultado o de simple actividad).**

Aquel en que la ley no exige, para considerarlo consumado, los resultados buscados por el agente; basta el cumplimiento de hechos conducentes a esos resultados y el peligro de que estos se produzcan o basta también la sola manifestación de la voluntad.

Por ejemplo los delitos de falsificación, de envenenamiento, la traición, calumnia, el falso testimonio; en los cuales basta, para configurarlos, la posesión de máquinas para la falsifica-

ción, el suministro del veneno, la preparación de actos dirigidos al sometimiento de la Nación a una potencia extranjera, la manifestación de la voluntad imputando un delito a otro o la sola juramentación en falso, sin que sea necesaria la producción de un resultado.

Por “interpretación ordinaria y constitucional: el delito de uso de instrumento falsificado es de mera actividad y es instantáneo, se consuma al momento que es usado en el tráfico jurídico.

En los delitos formales jamás se da la Tentativa, este sólo se da en los delitos materiales.

## **Delito material (o de resultado)**

El jurista y criminólogo Raffaele Garofalo ve el delito desde el punto de vista natural o sociológico manifestando que:

El delito existe en la naturaleza y siempre ha sido así. Bajo esta premisa Garofalo define al delito como “El delito natural es una lesión en los sentimientos de piedad y probidad, según la medida media en que son poseídos por las razas superiores, medida que es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad (Rueda, 2017, pág. 10).

El que se consuma mediante la producción de un daño efectivo que el delincuente se propone. El acto produce un resultado por ejemplo en el asesinato el resultado de la acción es la muerte de una persona. En el robo el resultado es la aprehensión de la cosa.

Por la calidad del sujeto

Puede ser: impropio, propio.

### **Delito Impropio**

El realizado por cualquier persona. En el CP empiezan con las frases “Toda persona que...”, “El que...”, “ Los que se alzar...ren....

### **Delito propio**

Aquel cometido por personas que reúnen ciertas condiciones relacionadas con el cargo público, oficio o profesión. Empiezan: “EL Oficial de Registro Civil que autorizare. “El médico que diere certificado falso. La madre que diere muerte a su hijo.

### **Por la forma procesal**

Puede ser: de acción privada, de acción pública a instancia de parte, de acción pública.

**Delito de acción privada.** Se enjuicia y se persigue sólo a querrela de parte ofendida, por ejemplo giro de cheque en descubierto, despojo los delitos contra el honor (difamación e injuria).

**Delito de Acción Pública a Instancia de parte.** Aquel en que el Fiscal puede perseguir sólo ha pedido de la parte damnificada u ofendida. Ej. , Abandono de familia, de mujer embarazada (proxenetismo).

**Delito de acción pública.** Puede demandar quienquiera incluso el Ministerio Público de oficio. Los delitos que no están establecidos en el código son de acción pública. Ej. , El homicidio.

## **Por las formas de culpabilidad**

Se divide en: doloso, culposo.

### **Delito doloso**

Ejecución de un acto típicamente antijurídico con conocimiento y voluntad de la realización el resultado. No exige un saber jurídico, basta que sepa que su conducta es contraria al Derecho, peor aún, basta la intención de cometer el hecho delictivo.

El código penal sin reformas decía “un delito es doloso cuando el hecho cometido es querido previsto y ratificado por el agente o cuando es consecuencia necesaria de su acción”.

El código penal reformado reemplaza la definición de dolo y se corrigen los defectos estructurales e insuficiencias de la formulación anterior, como es el caso de la expresión: “o cuando es consecuencia necesaria de su acción” la que trastorna toda la sistemática de la teoría del delito en razón de que la consecuencia necesaria objetiva puede responder tanto a conductas dolosas como culposas. “Actúa dolosamente el que realiza un hecho previsto en un tipo penal con conocimiento y voluntad. Para ello es suficiente que el autor considere seriamente posible su realización y acepte esta posibilidad.”

## **Delito culposo**

Un delito es Culposo es cuando quien no observa el cuidado a que está obligado conforme a las circunstancias y sus condiciones personales y, por ello no toma conciencia de que realiza un tipo penal, y si lo toma, lo realiza en la confianza de que lo evitará. (Zaffaroni E. , Manual de Derecho Penal, 2007).

El delito es culposo cuando el resultado, aunque haya sido previsto; no ha sido querido por el agente, pero sobreviene por imprudencia, negligencia o inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes, etc. Ej., Fumar en surtidor de gasolina o exceso de velocidad que causan un accidente.

En el delito doloso existe intención; en el delito culposo existe negligencia. En los delitos dolosos, para consumar la figura delictual, es necesaria la intención de producir un resultado dañoso; en los delitos culposos basta con que ese resultado haya sido previsto o, al menos, que haya debido preverse.

## **Por la relación psíquica entre sujeto y su acto**

Puede ser: Preterintencional o Ultraintencional

### **Delito Preterintencional (O ultraintencional).**

Es aquella, en que se desea cometer un delito pero resulta otro más grave. Ej. , Cuando sólo se lo quiere lesionar pero lo mata. La sanción sigue la Teoría de la Responsabilidad Objetiva, o sea, son calificados por el resultado, por el evento ocurrido, que no estaba en la intención del agente.

## **Por el número de personas**

Puede ser: individual, colectivo

### **Delitos Individuales**

Son los realizados por una sola persona, ej. , La violación, el prevaricato.

### **Delitos Colectivos**

Son los realizados por 2 o más personas ej. , Sedición, conspiración.

## **Por el bien vulnerado**

Puede ser: simple, complejo, conexo.

### **Delito Simple**

Vulnera un solo bien o interés jurídicamente protegido, ej. , El homicidio vulnera el derecho a la vida.

### **Delito Complejo**

Vulneración de varios bienes o intereses protegidos. Ej. , Rapto seguido de violación. Es casi igual al Concurso Real De Delitos.

### **Delito Conexo**

Las acciones están vinculadas de tal manera que unos resultados dependen de unas acciones y otros resultados de otras acciones. Ej. , Los delincuentes se ponen de acuerdo antes, luego cometen delitos en diferentes tiempos y lugares.

## **Por la unidad del acto y pluralidad del resultado**

Puede ser: concurso ideal, concurso real.

### **Concurso Ideal de Delitos (Delito Compuesto)**

Con una sola acción se vulneran varios bienes jurídicos. Ej., una acción como una patada puede causar dos delitos: lesiones y atentado. Golpear a una mujer embarazada produce delitos como: lesiones y aborto. Se sanciona con pena del delito más grave, se puede aumentar hasta un máximo de una cuarta parte del delito más grave.

### **Concurso Real de Delitos**

Dos o más acciones u omisiones dan a lugar a dos o más delitos. Ej., Explosión de automóvil con bomba en centro comercial. Las acciones que generaron pueden ser: apoderamiento de un automóvil, instalación de la bomba. Los delitos son: robo de automóvil y terrorismo. Se sanciona con pena del delito más grave, se puede aumentar el máximo hasta una mitad.

Ambas se caracterizan porque las disposiciones a aplicarse no se excluyen.

## **Por la naturaleza intrínseca**

Puede ser: común, político, social, contra la humanidad.

### **Delito común.**

Lesiona los intereses tutelados de los particulares, ej. , la vida, el patrimonio, la libertad.

## **Delito político**

**Criterios: Objetivo.** El delito político es aquel que lesiona la organización política y social del estado.

**Criterio subjetivo.** Es aquél que lesiona la organización política y social con voluntad altruista y de sacrificio. Criterio mixto. El delito político es aquél inspirado con fines generosos atenta contra la seguridad externa e interna de un Estado, persiguiendo mantener el orden establecido o cambiarlo a formas más superiores.

**Diferencias:** El DC lesiona intereses particulares, el DP afecta el interés colectivo traducido en la seguridad y estabilidad del Estado; el autor de un DC puede ser indultado, conmutada su pena o extraditado, el autor de un DP puede ser amnistiado pero nunca extraditado; los DC ligados a delitos políticos son tratados como si fueran DP.

## **Delito social**

Aquel que va contra el régimen económico y social. Ej. , sabotaje. Delitos contra la Humanidad. Son los que atentan contra los derechos esenciales de la persona humana. Ej. , vida, nacionalidad, religión, opinión, etc.

La Convención Internacional sobre el Genocidio de 1948 cataloga como Delitos contra la Humanidad a los siguientes:

- El homicidio de grupo,
- El exterminio. (Acabar del todo con la fuerza),

\*La deportación en tiempo de paz;

\*El genocidio;



\*La reducción a la servidumbre; y,

\*La persecución política o religiosa.

## **Los delitos contra la humanidad**

Se caracterizan por: (a) Son cometidos debido a raza, nacionalidad o discrepancia política; y, (b) Sé atento contra la población civil; inclusive contra la propia población en los “golpes de Estado”.

## **Por el daño causado al objeto de la acción**

Puede ser: delito de lesión y delito de peligro

En relación con el daño causado al objeto de la acción, se distinguirá entre:

### **Delito de lesión**

El Delito de Lesión es el detrimento que se causa a una persona natural en su integridad corporal, su salud física o incluso su salud mental.

### **Delito de peligro**

Aquel para cuya configuración no se requiere la producción de un daño, siendo suficiente con que se haga correr un riesgo genérico o concreto al bien jurídico protegido por la norma. Por ejemplo: exposición y abandono de persona Por peligro se comprende una situación de riesgo de un mal, daño o perjuicio.

Entre estos delitos de peligro, se distingue:

- delitos de peligro abstracto; y,
- delitos de peligro concreto.

En los primeros delitos de peligro abstracto, el peligro es considerado como necesariamente derivado de ciertas situaciones, de ciertas acciones y, sobre todo, del empleo de ciertos medios.

El legislador no incorpora, por lo tanto, dicho peligro como una nota del tipo legal; por ejemplo, el delito de incendio.

En el delito de peligro concreto, los bienes se encuentran, efectivamente, en la esfera de la influencia nociva del acto. Este hecho figura en la descripción realizada por el legislador al elaborar el tipo legal, quien deberá comprobar su existencia al efectuar esa elaboración, e igualmente debe hacerlo el juzgador, en cada caso particular; por ejemplo, el delito de explosión .

## La conducta

El derecho natural define, al delito como una infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto extremo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

Esta expresión nace de la idea que el delito es un “ente jurídico”, es la lesión de un derecho por obra de una acción u

omisión humana, por cuya razón no habrá delito mientras no exista la ley cuya violación tanga pena fijada previamente. Al positivismo penal le interesó el delito como el hecho resultante de una personalidad humana.

Lombroso lo estudia como un hecho biológico sosteniendo que el delincuente era un individuo predispuesto al delito por su constitución psicofísica, aunque este concepto no resultaba suficiente para explicar la posición del positivismo frente a distintos problemas del derecho penal.

No puede admitirse la natural inclinación al delito cuando ningún hecho ha sido considerado siempre antisocial. Hace un análisis de los sentimientos para elaborar su definición sobre la base de la existencia de elementos perdurables en la humanidad que son, según él, la piedad y probidad o justicia. La lesión de tales sentimientos constituye entonces el delito natural (Garfo , 2009).

### **Síntesis de las definiciones jurídicas de delito:**

- a) Definición formal: En este sentido era definida de una manera puramente formal, afirmándose que era el hecho previsto y penado por la ley. Esta definición se limitaba a individualizar genéricamente el delito como el hecho punible.
- b) Definición doctrinaria: El formalismo fue abandonado por la Escuela Toscaza, que lo define a partir de sus características que las deducían de la ley natural.

Para Carrara, expositor de este punto de vista, define al delito como:

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 políticamente dañoso (Carraca , 2011).

c) Definición dogmática: Enuncia las condiciones que caracterizan jurídicamente al delito, que confieren autonomía de la parte general del derecho penal al delito.

## **Modalidades de los delitos**

- Delito de comisión: las normas jurídicas se expresan en prohibiciones, se las infringen realizando una conducta prohibida.
- Delito de omisión: se concretan, no realizando una conducta querida por la norma.
- Delitos dolosos: el autor quiere realizar la conducta prohibida por la norma, realizando la misma en forma voluntaria.
- Delitos culposos: la conducta no es voluntaria, pero el autor no se comporta con el cuidado debido a fin de evitar la lesión del bien jurídico.

## Clasificación de los delitos de omisión

Se reconoce en la acción y en la omisión dos realidades diferentes, por cuya causa se acepta la necesidad de reconocer delitos “comisivos” por una parte y, por otra, delitos “omisivos” y, dentro de ellos, delitos dolosos y culposos. A los fines de la distinción entre acción y omisión, Bacigalupo pone el acento en el aspecto práctico mediante tres comprobaciones diferentes:

- En primer lugar debe establecerse si el autor ha dado impulso a la cadena causal que llevó al resultado.
- En segundo lugar habrá que verificar si ese impulso es típico, antijurídico y culpable.
- Por último, siempre y cuando no se trate de un hecho activo típico, antijurídico y culpable, cabe preguntarse si haciendo lo que era posible el autor hubiera evitado el resultado.

Con estos elementos, para el autor hay delito de omisión cuando se requiere para su tipicidad sólo la omisión de una acción (omisión propia), mientras que en otros la tipicidad requiere que se haya omitido evitar el resultado (delitos impropios de omisión).

Estos últimos son la contrapartida de los delitos de comisión de resultado de lesión: su problemática consiste en establecer cuando no evitar el resultado es punible.

**Clases:** En consecuencia, según Zaffaroni, se tienen en cuenta dos tipos de omisiones:

- Omisiones propias: son aquellas donde el autor puede ser cualquier que se encuentre en situación típica. Ejemplo, el artículo 108° del Código Penal.
- Omisiones impropias: son aquellas donde el autor sólo puede ser quien se encuentra dentro de un limitado círculo que hace que la situación típica de la omisión, equivalga a un tipo activo. La posición en que debe hallarse el autor se denomina “posición de garante”.

Tipos de omisión	Propia	Autor puede ser cualquiera (delictacomuni)	No tiene un tipo activo como equivalente (son excepcionales en el Código Penal).
	Impropia	Autor sólo puede ser el que se encuentra en posición de garante (delicta propia)	Tiene un tipo activo como equivalente.

La acción o el acto constituye el aspecto tangible y sustancial del delito, es un sustantivo (tiene existencia real) al que se añaden las restantes características como calificativos o atributos.

En ese marco, para la doctrina naturalista o causal, la acción es: Una manifestación de la voluntad, aunque Radbruch la consideró inapropiada y propuso reemplazar el concepto de acción por el de la concreción del tipo.

El hombre actúa proponiéndose un fin, por lo que la acción humana es finalista, donde la finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo. Gráficamente hablando, “la causalidad es ciega y la finalidad es vidente”. (Welzel, 1954).

## Conceptos de Omisión

- Concepto Normal de Omisión que hace depender al concepto de omisión de las propiedades del comportamiento humano, tiene en cuenta la pasividad, el no hacer, la acción que es posible
- Concepto Normativo de Omisión.- El que se utiliza. Donde lo importante es fijar un criterio que nos permita seleccionar entre todos los comportamientos pasivos o finalmente potenciales, aquellos que interesan al Derecho Pena.

Por tanto la Omisión no consiste en un comportamiento pasivo sino en abstenerse de realizar aquel comportamiento que debiera haberse hecho. Así, por ejemplo, un médico no cometería delito por omisión en caso de no atender el seguimiento del paciente, la omisión no es que el médico no haga, lo relevante a efectos penales se produce cuando ese médico evita el cumplimiento de sus obligaciones, es decir, lo que manda la norma.

- Solo serán omisivas aquellas conductas que consistan en no realizar una determinada prestación o que consistan en no evitar la producción del resultado cuando así lo establezca el CP.
- Los delitos de Omisión suponen la infracción de una norma de mandato o preceptiva a diferencia de los delitos de acción donde lo que se infringe es una norma prohibitiva, o de prohibición.

## **Fuerza irresistible**

Que es condición de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente. Por ejemplo peatón que es impelido contra un escaparate y lo rompe. No es autor el que haya sido constreñido por fuerza física irresistible. En este caso, quien hubiere ejercido violencia será sancionado.

## **Ausencia de acción**

El aspecto negativo de la Acción, se presenta cuando no se produce ésta por la voluntad directa de la agente, sino se generan a partir de circunstancias externas al sujeto. Son actos no voluntarios, por ejemplo, los movimientos reflejos. Los actos que escapan a todo control del querer no pueden atribuirse a la voluntad y por lo tanto, no pueden constituir delito.

La ausencia de la Acción se presenta por las siguientes causas:

- a. El Sueño Natural
- b. El Sonambulismo
- c. Las pesadillas
- d. Ebriedad onírica o Ebriedad del Sueño
- e. Sueño Artificial o Hipnosis
- f. Actos Reflejos, Automáticos o inconscientes
- g. Actos Violentos.
- h. Fuerza física superior exterior irresistible Vis absoluta
- i. Fuerza mayor o Vis mayor



**a. El Sueño Natural:** Condición orgánica de estado de inconciencia es la suspensión de la vida para descansar cesan los actos reflejos y cualquier actividad motriz del cuerpo.

**b. El Sonambulismo:** Marchar Dormido; Actividad motriz del individuo, inconsciente estando dormido incluso pudiere conversar lógicamente y ejecutar actos o acciones de las cuales al despertar no recordaría.

**c. Las Pesadillas:** Actividad del sub.-consiente con posibles actividades motrices, estudio profundo de situaciones conflictivas apagadas a la realidad o por el contrario sugestión a extrema a intenso dolor o estrés.

**d. Ebriedad onírica o Ebriedad del Sueño:** Condición extrema por cansancio en la que se produce la pérdida de reflejos y vencimiento de la voluntad por el sueño. Persistencia del soñar.

**e. Sueño Artificial o Hipnosis:** El sueño natural inducido por otra persona.

**f. Actos Reflejos, Automáticos o inconscientes:** Movimientos no voluntarios que obedecen a una reacción producto de un estímulo o excitación.

**g. Actos Violentos:** Producto de un violencia física, amenaza o coacción moral y psicológica, involuntario y no genera culpa.

**h. Fuerza física exterior irresistible (VIS ABSOLUTA).**- Por ella debe entenderse cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que éste ejecute irremediablemente, lo que no ha querido ejecutar. No hay acción o

conducta cuando se es violentado por una fuerza exterior que no se puede resistir. Supera la voluntad del sujeto de tal modo de que es incapaz de auto determinarse.

Por ejemplo, el policía que es atado para que no persiga al delincuente. La violencia física debe ser irresistible, que anule la libertad del agente y quien, por consiguiente, no es causa moral del delito, ni siquiera su causa física, sino mero instrumento. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias, al cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es involuntario. Cuando un sujeto comete un delito por una fuerza física e irresistible proveniente de otro sujeto, no hay voluntad en la realización y no se puede presentar el elemento de conducta en virtud de no ser un acto voluntario.

Es importante determinar que la fuerza debe ser física, es decir material – no puede ser de naturaleza moral – porque es la única que puede obligar al sujeto que recibe la fuerza física, no la puede dominar o resistir y es vencido por ella.

### **La Fuerza mayor (VIS MAYOR FISICA IRRESISTIBLE).**-

Esta causa de ausencia de conducta, deriva de la naturaleza. Se presenta una conducta delictiva por causa de fuerza mayor, es decir, cuando el sujeto realiza una acción, en sentido amplio (acción u omisión) coaccionado por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza. En la fuerza mayor como en la fuerza física exterior irresistible, no hay voluntad en el sujeto, la diferencia estriba en que la vis absoluta, es una fuerza irresistible proveniente del hombre, mientras que la vis mayor es una fuerza proveniente de la naturaleza.

Por Ejemplo: Quien propina a otro una simple bofetada y al retirar la víctima violentamente la cabeza se pega contra el poste del tranvía y se fractura la base del cráneo, de cuya lesión muere horas después, por lo tanto no podemos cargar en la cuenta del autor del hecho insignificante, la muerte que resultó por ser absolutamente imprevisible. Tanto la Fuerza física como la fuerza mayor eliminan la conducta humana. Pero si el sujeto puede controlarlas o por lo menos retardarlas, ya no funcionan como elementos negativos del delito.

El término “fuerza irresistible” encuentra su origen más reciente en el Código Penal (1973), actualmente derogado, como causa que excluye que:

La acción y por tanto impiden que dichos hechos se puedan valorar penalmente. Los proyectos de Código Penal anteriores al de 1973, ya apuntaron que tanto la fuerza irresistible como el caso fortuito no eran eximentes de la responsabilidad criminal del sujeto activo, en sentido estricto, sino casos en que se excluía la acción, o la culpabilidad atendiendo a las diferentes corrientes doctrinales del momento (aunque en caso de concurrir exoneraría de responsabilidad criminal al sujeto activo, a tenor del artículo 8 de ese texto penal)

Siendo este el motivo de suprimirla del texto punitivo por lo que la “fuerza irresistible” no ha encontrado cabida en el Código Penal de 1995, quedando suprimido así, esta figura tras la entrada en vigor del mismo.

La Fuerza irresistible es la llamada en el derecho romano y en el derecho común “vis physica absoluta o ablativa”. Se trata de aquella fuerza que imposibilita de todo punto al sujeto

moverse o dejarse de mover, por lo que la fuerza irresistible imposibilita al sujeto de todo movimiento físico, por lo que se consideró como una de las causas que excluía la acción del mismo, y su culpabilidad al privarle de posibilidad de conducta alguna.

La doctrina determina notas definitorias de la fuerza irresistible al referirse a esta como aquella causa de exención de responsabilidad criminal del sujeto al faltar la culpabilidad del mismo, basándose en la imposibilidad de exigir al autor del delito una conducta distinta de la que hubiera observado el hombre medio si hubiera estado situado en idénticas circunstancias externas, impulsado por las mismas motivaciones y en semejantes condiciones personales; En otras palabras la ausencia de culpabilidad del autor del delito se centra en la imposibilidad del sujeto de llevar a cabo la libre determinación de su voluntad. Algún otro sector doctrinal ha considerado, que, en el caso de la fuerza irresistible, existe un supuesto de verdadera ausencia de Acción.

En ese marco, para la doctrina naturalista o causal, la acción es: Una manifestación de la voluntad, aunque Radbruch la consideró inapropiada y propuso reemplazar el concepto de acción por el de la concreción del tipo.

### **Conceptos de Omisión**

- Concepto Normal de Omisión que hace depender al concepto de omisión de las propiedades del comportamiento humano, tiene en cuenta la pasividad, el no hacer, la acción que es posible
- Concepto Normativo de Omisión. - El que se utiliza.

Donde lo importante es fijar un criterio que nos permita seleccionar entre todos los comportamientos pasivos o finalmente potenciales, aquellos que interesan al Derecho Pena.

Por tanto, la Omisión no consiste en un comportamiento pasivo sino en abstenerse de realizar aquel comportamiento que debiera haberse hecho. Así, por ejemplo, un médico no cometería delito por omisión en caso de no atender el seguimiento del paciente, la omisión no es que el médico no haga, lo relevante a efectos penales se produce cuando ese médico evita el cumplimiento de sus obligaciones, es decir, lo que manda la norma.

- Solo serán omisivas aquellas conductas que consistan en no realizar una determinada prestación o que consistan en no evitar la producción del resultado cuando así lo establezca el CP.
- Los delitos de Omisión suponen la infracción de una norma de mandato o preceptiva a diferencia de los delitos de acción donde lo que se infringe es una norma prohibitiva, o de prohibición.

### **Fuerza irresistible**

Que es condición de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente. Por ejemplo, peatón que es impelido contra un escaparate y lo rompe. No es autor el que haya sido constreñido por fuerza física irresistible. En este caso, quien hubiere ejercido violencia será sancionado.

## **Ausencia de acción**

El aspecto negativo de la Acción, se presenta cuando no se produce ésta por la voluntad directa de la agente, sino se generan a partir de circunstancias externas al sujeto. Son actos no voluntarios, por ejemplo, los movimientos reflejos. Los actos que escapan a todo control del querer no pueden atribuirse a la voluntad, por lo tanto, no pueden constituir delito.

La ausencia de la Acción se presenta por las siguientes causas:

- a. El Sueño Natural
- b. El Sonambulismo
- c. Las pesadillas
- d. Ebriedad onírica o Ebriedad del Sueño
- e. Sueño Artificial o Hipnosis
- f. Actos Reflejos, Automáticos o inconscientes
- g. Actos Violentos.
- h. Fuerza física superior exterior irresistible Vis absoluta
- i. Fuerza mayor o Vis mayor
  - a. El Sueño Natural: Condición orgánica de estado de inconciencia es la suspensión de la vida para descansar cesan los actos reflejos y cualquier actividad motriz del cuerpo.
  - b. El Sonambulismo: Marchar Dormido; Actividad motriz del individuo, inconsciente estando dormido incluso pudiere conversar lógicamente y ejecutar actos o acciones de las cuales al despertar no recordaría

c. Las Pesadillas: Actividad del sub.-consiente con posibles actividades motrices, estudio profundo de situaciones conflictivas apagadas a la realidad o por el contrario sugestión a extrema a intenso dolor o estrés.

d. Ebriedad onírica o Ebriedad del Sueño: Condición extrema por cansancio en la que se produce la pérdida de reflejos y vencimiento de la voluntad por el sueño. Persistencia del soñar.

e. Sueño Artificial o Hipnosis: El sueño natural inducido por otra persona.

f. Actos Reflejos, Automáticos o inconscientes: Movimientos no voluntarios que obedecen a una reacción producto de un estímulo o excitación.

g. Actos Violentos: Producto de una violencia física, amenaza o coacción moral y psicológica, involuntario y no genera culpa.

h. Fuerza física exterior irresistible (VIS ABSOLUTA).  
- Por ella debe entenderse cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que éste ejecute irremediamente, lo que no ha querido ejecutar. No hay acción o conducta cuando se es violentado por una fuerza exterior que no se puede resistir. Supera la voluntad del sujeto de tal modo de que es incapaz de auto determinarse.

Por ejemplo, el policía que es atado para que no persiga al delincuente. La violencia física debe ser irresistible, que anule la libertad del agente y quien, por consiguiente, no es causa moral del delito, ni siquiera su causa física, sino mero instru-

mento. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias, al cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es involuntario. Cuando un sujeto comete un delito por una fuerza física e irresistible proveniente de otro sujeto, no hay voluntad en la realización y no se puede presentar el elemento de conducta en virtud de no ser un acto voluntario.

Es importante determinar que la fuerza debe ser física, es decir material – no puede ser de naturaleza moral – porque es la única que puede obligar al sujeto que recibe la fuerza física, no la puede dominar o resistir y es vencido por ella.

La Fuerza mayor (VIS MAYOR FISICA IRRESISTIBLE).  
- Esta causa de ausencia de conducta, deriva de la naturaleza. Se presenta una conducta delictiva por causa de fuerza mayor, es decir, cuando el sujeto realiza una acción, en sentido amplio (acción u omisión) coaccionado por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza. En la fuerza mayor como en la fuerza física exterior irresistible, no hay voluntad en el sujeto, la diferencia estriba en que la vis absoluta, es una fuerza irresistible proveniente del hombre, mientras que la vis mayor es una fuerza proveniente de la naturaleza.

Por Ejemplo: Quien propina a otro una simple bofetada y al retirar la víctima violentamente la cabeza se pega contra el poste del tranvía y se fractura la base del cráneo, de cuya lesión muere horas después, por lo tanto, no podemos cargar en la cuenta del autor del hecho insignificante, la muerte que resultó por ser absolutamente imprevisible. Tanto la Fuerza fí-



sica como la fuerza mayor eliminan la conducta humana. Pero si el sujeto puede controlarlas o por lo menos retardarlas, ya no funcionan como elementos negativos del delito.

La acción y por tanto impiden que dichos hechos se puedan valorar penalmente. Los proyectos de Código Penal anteriores al de 1973, ya apuntaron que tanto la fuerza irresistible como el caso fortuito no eran eximentes de la responsabilidad criminal del sujeto activo, en sentido estricto, sino casos en que se excluía la acción, o la culpabilidad atendiendo a las diferentes corrientes doctrinales del momento (aunque en caso de concurrir exoneraría de responsabilidad criminal al sujeto activo, a tenor del artículo 8 de ese texto penal).

Siendo este el motivo de suprimirla del texto punitivo por lo que la “fuerza irresistible” no ha encontrado cabida en el Código Penal de 1995, quedando suprimido así, esta figura tras la entrada en vigor del mismo.

La Fuerza irresistible es la llamada en el derecho romano y en el derecho común “vis physica absoluta o ablativa”. Se trata de aquella fuerza que imposibilita de todo punto al sujeto moverse o dejarse de mover, por lo que la fuerza irresistible imposibilita al sujeto de todo movimiento físico, por lo que se consideró como una de las causas que excluía la acción del mismo, y su culpabilidad al privarle de posibilidad de conducta alguna.

La doctrina determina notas definitorias de la fuerza irresistible al referirse a esta como aquella causa de exención de responsabilidad criminal del sujeto al faltar la culpabilidad del mismo, basándose en la imposibilidad de exigir al autor del delito una conducta distinta de la que hubiera observado el hombre medio si hubiera estado situado en idénticas circuns-

tancias externas, impulsado por las mismas motivaciones y en semejantes condiciones personales; En otras palabras la ausencia de culpabilidad del autor del delito se centra en la imposibilidad del sujeto de llevar a cabo la libre determinación de su voluntad. Algún otro sector doctrinal ha considerado, que, en el caso de la fuerza irresistible, existe un supuesto de verdadera ausencia de Acción.

La Jurisprudencia, resaltando el carácter exógeno de la fuerza irresistible, la define como toda violencia física o material ejercida por un tercero sobre el agente, venciendo su voluntad y anulando su libertad realizaría, hasta el extremo de forzarle a la ejecución de un acto, respecto del que aquél aparece como mero instrumento de ajenas y antijurídicas intenciones (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 diciembre 1970, 29 abril 1981 y 21 febrero 1989), o en otros términos se configura como “toda clase de presión que se ejerce sobre el autor del delito, de tal entidad que venza su voluntad, anulando por completo la misma” (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1.985). Claro ejemplo de esta figura será el supuesto en que la mano del autor del delito es materialmente forzada a pulsar un dispositivo detonador sin que pueda ofrecer efectiva resistencia, en cuyo caso se puede afirmar que el mismo, no tiene capacidad de libre determinación de su voluntad.

De la anterior definición jurisprudencial, se deducen los siguientes requisitos:

- Que una persona obre violentada, es decir, constreñida y, por tanto, privada de libertad o voluntad (vis absoluta), quedando reducida a un mero instrumento material.

- Que dicho obrar sea debido a una fuerza irresistible, lo cual supone, a su vez, que se trate de una fuerza material o física, quedando fuera de la misma cualquier manifestación de coacción moral. Asimismo, dicha fuerza ha de proceder de un tercero y no de propias autosugestiones o de situaciones fatales de puro hecho (lo que supone, en determinadas ocasiones, la distinción de esta circunstancia de la de estado de necesidad).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1958 se negó a aplicar la eximente de fuerza irresistible al caso de un conductor de tranvía, al que fallaron los frenos de una calle de pendiente pronunciada, al producirse un corte de energía eléctrica y a consecuencia de aquello atropello a unos peatones. Aun así la posteriores corrientes jurisprudenciales admitieron se admitió la aplicación de la fuerza irresistible en casos donde fue producida por un agente natural (ej. Temporal), o aquellos donde la fuerza irresistible provenía del interior del sujeto (ej. Casos donde el movimiento corporal es producido por un acto reflejo).

Fuerza física irresistible (*vis absoluta*): Está prevista como causa de exclusión de pena en el artículo 34, inciso 2, del Código Penal anterior juntamente con la amenaza de sufrir un mal grave e inminente (*vis compulsiva*), excluyente ésta de culpabilidad.

La diferencia es que en la *vis compulsiva* el movimiento responde a una manifestación de voluntad del individuo que lo dirige con sentido a pesar de que obra bajo amenaza; en cambio en la *vis absoluta* el movimiento responde a la voluntad de quien ejerce la fuerza, es decir, el sujeto violentado no

domina la acción, es utilizado como “cosa”. Por ejemplo, en el delito de omisión al sujeto se lo sujeta por la fuerza para que no realice la acción.

## **Fuerza irresistible**

En segundo lugar, tenemos la fuerza irresistible, que es un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el autor. Francisco Muñoz Conde afirma que, desde el punto de vista cuantitativo, la fuerza debe ser absoluta de tal forma que no deje ninguna opción al que la sufre (vis absoluta), pues si la fuerza no es absoluta, el que la sufre puede resistirla o tiene esa posibilidad, no se podría apreciar esta eximente.

Torres Ariana (2020) asevera que:

“La fuerza que puede ejercerse sobre un individuo puede recaer sobre su cuerpo o sobre su voluntad, a la primera se designa como vis absoluta, en la que no hay acción, porque no hay una voluntad finalista que dirija el comportamiento externo, el individuo obra “como mero cuerpo físico, igual que una cosa”; y, a la segunda como vis compulsiva, en la que solo hay presión sobre la voluntad del individuo, aunque se ejerza a través de una fuerza física” (pág. 14)

Habría que apartar de los casos de fuerza irresistible a la utilización de medios hipnóticos o narcóticos, en los que la mayoría de tratadistas citados concuerdan en que quien actúa bajo estas circunstancias no se encuentra afectado por una fuerza física irresistible. Edgardo Donna sostiene que en el caso de

intoxicación con narcóticos o estupefacientes, se analizará en la culpabilidad, salvo que la ingesta sea de tal envergadura que haya generado un verdadero estado de inconsciencia absoluta del autor, aunque debe tenerse en cuenta la teoría del actio libera; y, respecto del hipnotismo –anota– que si bien hay dudas acerca de hasta qué punto el sujeto hipnotizado responde estrictamente a las órdenes del hipnotizador o a su propia voluntad, en caso de duda, sobre si ha actuado de modo consciente o inconsciente, siempre debe adoptarse la solución que favorezca al imputado (principio *in dubio pro reo*).

Por consiguiente, en esta causa de ausencia de acción, también se debe diferenciar entre la fuerza física exterior irresistible (*vis absoluta*) o la violencia moral o coacción (*vis moral* o *vis compulsiva*), que tendrá valor en el juicio de la acción como base de la culpabilidad (para algunos autores el miedo insuperable estaría ubicado en esta categoría).

## **Sonambulismo**

(A veces también conocido como noctambulismo) es un trastorno del sueño en el cual, como ya mencionaba, un individuo puede desarrollar diversas funciones motoras, incluso algunas muy complejas, de forma automática mientras está durmiendo. Aunque en nuestro imaginario, el sonámbulo se nos puede figurar como un tipo que se levanta de la cama en la madrugada y se tambalea por toda la casa con los brazos extendidos hacia delante, en realidad, un sonámbulo presenta una lucidez mucho mayor, tiene sus ojos abiertos y cierto grado de consciencia sobre sus actividades.

Sin embargo, no son lo suficientemente conscientes como para poder recordar lo que han hecho en ese lapso de tiempo, razón por la cual es muy difícil hacer que se den cuenta de la experiencia misma, incluso cuando la acaban de experimentar o se despiertan en un lugar que no es exactamente el mismo en el cual se habían ido a dormir. Increíblemente, un sonámbulo puede hacer todo tipo de cosas mientras duerme, entre otras, desde caminar por la casa a salir al patio, encender electrodomésticos, salir de la casa, ir al baño, o hasta ¡conducir un auto!

Todo ocurre durante el primer tercio nocturno, cuando el cuerpo se encuentra en estado de No-REM (el estado más profundo del sueño), el cuerpo se mueve de un lado a otro en la cama y el cerebro comienza a tranquilizarse. Durante el No-REM, el cuerpo está muy activo mientras que el cerebro no, por otro lado, en el REM, el cuerpo está muy tranquilo mientras que el cerebro está muy activo en medio de los sueños. Los episodios de sonambulismo se desarrollan en la No-REM, la primera etapa.

Entonces, el cerebro se encuentra descansando, pero el cuerpo aún no y el sonámbulo entra en acción. Uno de estos episodios puede tener una duración de desde apenas unos segundos hasta casi media hora. El sonambulismo puede desarrollarse a causa de diversos factores, antes de conocer cuáles son, aprendamos a reconocer a uno de acuerdo a los hechos. Como causas del sonambulismo. Entre ellas, las más representativas son el factor genético, el exceso de estrés y una amplia variedad de factores fisiológicos. Además, suele ocurrir durante los sueños de ondas lentas, siendo más común especialmente entre los más pequeños y los más ancianos.

**LA TIPICIDAD; EL TIPO; JUICIO DE TIPICIDAD; ATIPICIDAD; FUNCIÓN DE LA TIPICIDAD; ELEMENTOS DEL TIPO: SUJETO Y OBJETO; LA FORMULACIÓN DEL TIPO, EL TEXTO LEGAL.**

## La tipicidad

Conducta típica o Tipicidad tiene que ver con toda conducta que conlleva una acción u omisión que se ajusta a los presupuestos detalladamente establecidos como delito dentro de un cuerpo legal. Esto quiere decir que, para que una conducta sea típica, debe constar específica y detalladamente como delito dentro de un código.

Tipicidad es la adecuación del acto humano voluntario efectuado por el sujeto a la figura descrita por la ley como delito. Es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal. Si se adecua es indicio de que es delito. Si la adecuación no es completa no hay delito. El concepto suele utilizarse en el ámbito del derecho para nombrar a aquello que constituye un delito ya que se adecua a una figura que describe la ley.

## El tipo

Es la figura abstracta e hipotética contenida en la ley, que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho y sus circunstancias. Es la descripción legal de un delito. La figura delictiva creada por el Estado a través de

una norma jurídica o ley”, “la descripción del comportamiento antijurídico”

El tipo penal es un instrumento legal lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tienen por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes, por estar penalmente prohibidas (Zaffaroni E. , 2010).

Fundamenta lo siguiente:

- a) El tipo pertenece a la ley. Los tipos son “el que mataré a otro” o “el que causaré a otro un daño en el cuerpo o en la salud”. Tipos son las fórmulas legales que nos sirven para individualizar las conductas que la ley penal prohíbe.
- b) El tipo es lógicamente necesario para una racional averiguación de la delictuosidad de una conducta.
- c) El tipo es predominantemente descriptivo, porque los elementos descriptivos son los más importantes para la individualización de una conducta. No obstante, los tipos no son a veces absolutamente descriptivos, porque en ocasiones acuden a conceptos que remiten o se sustentan en un juicio valorativo jurídico o ético.

## Juicio de tipicidad

Juicio de tipicidad. Existe cuando, además de verificarse la relación de todos los elementos de la figura típica, se dañe o concretamente se ponga en peligro el bien jurídico tutelado en el correspondiente tipo penal. Uno de los principios que au-



torizan al derecho penal a reprimir una conducta es la lesión a un bien jurídico que la norma determine proteger. Los tipos penales se encuentran inmersos en un sistema más o menos ordenado de normas para proteger determinados bienes o intereses jurídicos que el legislador estima deben salvaguardarse de forma más enérgica, mediante la amenaza de la sanción penal.

## **La atipicidad**

Si la tipicidad es un elemento positivo del delito, la atipicidad entonces se traduce en un elemento negativo, y es fácil concluir que se da cuando un hecho atribuido a un sujeto no puede ser objeto de sanción por no encajar dentro de una descripción penal.

La ley describe en los preceptos legales la conducta que por sus causas de origen sea antijurídica y sancionable, singulariza un supuesto por medio de elementos que deben de constituir un delito; el cual al no cumplir con lo establecido por la ley (tipo), automáticamente constituye una conducta atípica.

## **Función de la tipicidad**

La tipicidad penal cumple diversas funciones pero, entre las más importantes tenemos:

- a) Función seleccionadora.- Escoge determinadas conductas que ocurren en la sociedad –que considera más graves– y las plasma en las leyes penales. Esto es una de las manifestaciones del carácter fragmentario y del principio de última ratio del derecho penal.

b) Es aquí donde se plasma un significado valorativo, defendiéndolo Welzel como: “selección de los hechos relevantes para el derecho penal”. Por tanto, el tipo encierra un significado valorativo propio y los hechos típicos no son valorativa mente neutros sino, penalmente relevantes; esto no se produce por que sea anti normativo sino por una sección o puesta en peligro de un bien jurídico.

c) Función de garantía. - Una persona solo puede ser sancionada si su conducta está tipificada –señalada– en un tipo penal. El tipo, el siempre “tipo legal”, solo la ley escrita es fuente del tipo.

d) Función indiciaria. - El tipo consiste en la descripción general de acciones antijurídicas, ello permite la selección inmediata entre los ilícitos punibles y los no punibles, lo que da lugar a un juicio preliminar acerca del carácter antijurídico del hecho, como muchos autores manifiestan. Se dice que se crea un indicio, una presunción siempre refutable acerca de la antijuricidad, ya que se puede dar la existencia de lo que conocemos como las causas de justificación.

e) Función motivadora. - La finalidad de los tipos penales es motivar a las personas para que no cometan las conductas sancionadas. El tipo responde a caracteres de la prevención general intimidatoria, es decir, re-amenaza a toda la sociedad con imponer un mal –la pena– si realizan ciertas conductas.

## **Elementos del tipo: sujeto y objeto**

En todo delito puede distinguirse un hecho típico, el o los sujetos y un objeto. En el hecho típico se constata una parte objetiva y otra subjetiva. La objetiva viene constituida por el aspecto externo de la conducta. En ella se incluye la exteriorización del proceso humano por el agente contra realidades jurídicamente valoradas. La parte subjetiva viene constituida por la exteriorización de un proceso movido por las potencias psíquicas y la libertad del agente. En las facultades psíquicas se incluye el dolo y, en algunos casos, otros elementos subjetivos.

Sujetos del delito son el activo y el pasivo. El sujeto pasivo es aquel contra quien se dirige la acción del tipo. No siempre coincide el sujeto pasivo con la víctima que padece las consecuencias del delito. Si el sujeto pasivo es el titular del bien que el delito ataca, coinciden sujeto pasivo y víctima; en otro caso, no; sí coinciden en el homicidio, pero no en el tráfico de estupefacientes.

Objeto del delito es la realidad sobre la que recae la acción típica. Considerada en su realidad física, hablamos de objeto material del delito; pero considerada en su valoración jurídica, de objeto jurídico o bien jurídico. Así, en el delito de hurto, el objeto material viene constituido por la concreta cantidad de dinero sustraída, mientras que el objeto jurídico en el patrimonio afectado con la sustracción.

## **La formulación del tipo**

En la descripción de una conducta en la ley se emplean elementos del lenguaje. Hablando así de la porosidad del lengua-

je, para referirse a la falta de univocidad en los términos y expresiones. De entrada, la descripción legal es suficientemente amplia como para incluir toda conducta del mismo género.

En la labor de interpretación se pretende fijar el contenido de los términos de la ley. Ésta presenta elementos descriptivos y normativos. Entendemos por elemento descriptivo aquel término legal cuyo contenido viene determinado por el sentido que el uso del lenguaje da a la expresión. Se trata de realidades naturalísticas, perceptibles por los sentidos, a los que el lenguaje se refiere con expresiones comunes.

## **El texto legal**

Un texto legal es un escrito que por sí mismo otorga un permiso o establece restricciones para realizar alguna acción. El texto legal permite o señala ciertos comportamientos e indica las sanciones a las que se hace acreedora una persona que no cumple con lo establecido en este texto. Los documentos de este tipo se dividen en artículos e incisos sobre los que se hace referencia dentro del mismo, o hacia otro tipo de documentos ajenos a éstos.

## **El estado de necesidad en materia penal**

La ciencia del Derecho Penal ha alcanzado en las últimas décadas un importante progreso en el análisis técnico de los elementos constitutivos de la infracción penal, así como de sus causas de exclusión, valga decir, de las eximentes. Las innovaciones metodológicas y sistemáticas introducidas en el Derecho punitivo, producto del afán de esclarecidos juristas por encontrar soluciones más racionales a los complejos pro-

blemas que le atañen, han hecho de esta disciplina una de las más fructíferas de las ciencias jurídicas.

Actúa en estado de necesidad quien, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que se den una serie de requisitos, que ahora veremos.

- Requisitos del estado de necesidad en Derecho penal
- + Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar

**Este requisito está a su vez compuesto por varios factores:**

El mal que se trate de evitar ha de ser real, grave y actual o inminente. A diferencia de lo que sucede en la legítima defensa, este mal no procede de la actuación dolosa de otra persona (no hay “agresión ilegítima”). Si el sujeto cree que actúa en estado de necesidad (por ejemplo, allanamiento de morada del ex-cónyuge creyendo que los hijos menores están en peligro) habrá error de prohibición.

- . El mal causado por quien actúa en estado de necesidad debe ser igual o inferior al evitado, y ha de presentarse para el sujeto como la única alternativa posible para salvar los bienes en peligro.
- + Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto

Según la doctrina mayoritaria, sólo excluye el estado de necesidad la previa provocación dolosa de la situación de necesidad.

+ Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse

Bombero, policía, médico, etc.; hay estado de necesidad si los intereses del necesitado son claramente de mayor importancia que los otros en conflicto -por ejemplo, en un incendio un bombero rompe la puerta de una casa para no morir asfixiado.

En el caso del estado de necesidad, y a pesar de existir justificación, puede exigírsele responsabilidad civil por los males causados a las personas en cuyo favor se haya precavido el mal.

+ Causas de justificación

+ Legítima defensa

+ Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, oficio o cargo.

Al respecto se considera que la persona que ha sacrificado un bien tutelado por el derecho penal obrando en estado de necesidad se encuentra en una situación justificante y por tanto se exime de responsabilidad penal al autor.

Muchas veces tiende a confundirse el Estado de Necesidad Justificado con la Legítima Defensa siendo esto un error en el que no se debe incurrir. Para evitar tal confusión es necesario tener claro cada uno de estos conceptos:

Legítima Defensa: Reacción ejercida por un individuo que se encuentra ante un agresor quien tiene interés en perturbar o dañar su integridad física, psicológica, etc. y el agredido reaccionan ante dicha perturbación causando daños.

Estado de Necesidad: Acción que ejecuta un individuo que se encuentra en situación de peligro actual e inevitable que no ha sido causada por él.

Existe una clasificación de eximentes de responsabilidad penal entre los que tenemos:

1. Ausencia de los requisitos generales de la imputabilidad (edad, sordomudez enfermedad mental, embriaguez).
2. Causas que suprimen la voluntariedad del hecho (error, coacción, el sueño y la sugestión hipnótica).
3. Causas de justificación (orden de la autoridad, legítima defensa y estado de necesidad)

Causas de justificación: Son las que excluyen la antijuridicidad de la conducta penalmente típica y hacen que el hecho de apariencia delictiva sea legítimo por haber sido ejecutado con apego a derecho.

Son causas de justificación:

- a- La legítima defensa.
- b- El estado de necesidad.
- c- El ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber.
- d- La omisión por causa legítima.

## **El estado de necesidad justificado**

El Estado de necesidad es una situación de peligro grave, actual o inminente y no causada o al menos no causada dolo-

samente por el agente, para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante el sacrificio de un bien ajeno.

El estado de necesidad como causa de justificación, pero si como causa de inculpabilidad, porque considera que la no punibilidad de esta figura emerge de la no exigibilidad de otra conducta en la cual se encuentra el sujeto activo (Velez, 2012).

Una causa de justificación consiste en una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro medio que la violación de los intereses de otros, jurídicamente protegido.

Ambos intereses son legítimos, por lo que, debe ser de similar entidad o importancia para justificar el sacrificio de uno y salvar el otro. Ya que no sería equitativo, sino egoísta sacrificar bienes e intereses ajenos de gran entidad para salvar bienes e intereses propios de entidad insignificante.

Para Grisanti Aveledo, Hernando (1989), el peligro es:

“Además de grave debe ser inminente, no basta inminencia sino es grave, ni la gravedad sino es inminente, además el peligro debe ser de tal forma que solo mediante la desaparición del bien ajeno pueda desaparecer” (pág. 134).

## Historia

Desde la más remota antigüedad ha sido consagrada en una forma esbozada esta eximente de responsabilidad penal. Ya en el derecho israelí se contemplaba un caso de estado de necesidad: sostuvieron los Rabinos (sacerdotes israelíes) que, si dos personas se perdían en el desierto y tenían solo una botella de



agua que era suficiente únicamente para saciar la sed y salvar la vida de una sola de estas personas, estaba justificado el que alguna de esas personas sacrificase la vida de la otra, para apoderarse de la botella de agua que significaba salvación.

También en Roma se admitió el estado de necesidad justificado como eximente de responsabilidad penal; según algunos autores, porque no existía dolo, y por tanto para ellos el estado de necesidad es lo que llamaríamos hoy una causa de inculpabilidad; y otros, con mayor propiedad, afirmaron que, en realidad el acto realizado en estado de necesidad es un estado intrínseca y absolutamente justificado, ósea, lo que actualmente llamaríamos una causa de justificación.

Pero se admitió el estado de necesidad cuando se satisficieren en el caso concreto algunos requisitos; por ejemplo, fundamentalmente que existiese una cierta proporción entre el bien jurídico sacrificarlo y el bien jurídico salvado, en el sentido de que el bien jurídico salvado debía ser más importante que el bien jurídico sacrificado para salvar el primero; Se exigía también, que la persona que invocaba esta eximente de responsabilidad penal no hubiese provocado por sí misma la situación de peligro grave, actual o inminente. Satisfechos estos requisitos y otros más el derecho romano consideraba exenta de responsabilidad penal a la persona que obraba para salvar su vida, aun a costa del sacrificio de una vida ajena.

Actualmente el estado de necesidad se consagra como eximente de responsabilidad penal en la mayoría de los códigos penales vigentes se dice en la mayoría y no en la totalidad porque infortunadamente en esta materia hay excepciones tan destacadas como las señaladas por el código penal francés.

## **Diferencia entre el estado de necesidad y la legítima defensa**

La legítima defensa viene a ser la reacción necesaria contra una agresión ilegítima, actual o inminente, y no provocada, o al menos no provocadas suficientemente, por la persona que invoca esta causa de justificación como eximente de la responsabilidad penal. En cambio, el Estado de Necesidad viene a ser considerado como una situación de peligro, grave actual o inminente y no causada dolosamente por el agente para un bien jurídico que solo puede salvarse mediante sacrificio de un bien jurídico ajeno.

Tanto la legítima defensa como el Estado de Necesidad viene a ser considerado como una causa de justificación las cuales son aquellas que eliminan, que excluyen, la antijuricidad de un acto típico; por las que hacen que un acto, inicial y aparentemente delictivo, por estar adecuado a algún tipo legal o tipo penal, este intrínsecamente justificado, este perfectamente adecuado a derecho, estas causas de justificación tienen como fundamento el hecho de establecer si un hecho es o no antijurídico, no es delictivo y en el caso de que este no sea delictivo no engendran responsabilidad penal.

El Estado de Necesidad y la Legítima Defensa tienen, esencialmente, igual causa una situación de peligro actual o inminente y el agente persigue una misma finalidad que es la salvación de un bien jurídico que se encuentra en peligro.

## Diferencias

En la legítima defensa están en pugna el interés ilegítimo del agresor (que se propone como meta principal matar, robar, etc.) y el interés legítimo del agredido (que defiende su vida o su propiedad, etc.). En el Estado de necesidad, colindan dos intereses legítimos, lo que va a producir un conflicto de normas protectoras de intereses ya que ambas personas tanto el agraviado como el agraviante poseen un interés legítimo.

Según Cristina Ruales (2019) señala que:

En la legítima defensa la situación que se presenta de peligro para los intereses tutelados por el derecho es creada siempre por el hombre, por una agresión legítima en cambio en el Estado de Necesidad la situación proviene de una persona que puede ser el mismo agente, en este caso, solo procederá la eximente cuando el sujeto que obra es su salvación no haya provocado dolosamente la situación de peligro o bien en segundo lugar el titular del bien jurídico sacrificado y un tercero que puede ser el necesitado en la hipótesis del auxilio necesario a terceros (pág. 15).

En cuanto a la legítima defensa se puede actuar o ejercer dicha acción con la finalidad de defender todos nuestros derechos o bienes jurídicos de los cuales se es titular en cambio en el Estado de Necesidad solo se puede hacer uso de el para salvaguardar dos bienes jurídicos la vida y la integridad personal.

Es decir que en caso de legítima defensa la persona se ve exenta tanto de responsabilidad de tipo civil como penal en cambio en la en Estado de Necesidad cuando esta acción se realiza a favor de un tercero esta responde civilmente y es

sobre esta recae la obligación de reparar el daño hecho y no sobre la persona que ha llevado la acción para salvaguardar a esta.

Un ejemplo de esto sería si Juan, salvaguarda a María que se encuentra en un estado de necesidad mediante el sacrificio de un bien jurídico ajeno perteneciente a Pedro en este caso será María y no Juan la persona sobre la cual recae la obligación de reparar el daño hecho a Pedro y no recae sobre Juan ya que este realizó la acción para salvar a María.

## **Fundamentación doctrinal**

La mejor doctrina penal consiste en que la persona que actúa en estado de necesidad no se le puede imputar, pues debe estar exenta de responsabilidad penal, pero difiere sustancialmente en cuanto al fundamento de tal exención penal. Así parece las siguientes teorías:

### **Teoría de la Ajurídica:**

Propulsada por Grocio y FICHTE entre otros, quienes sostienen que la conducta observada bajo un estado de necesidad es un acto jurídico, en el sentido que no es un acto jurídico, pero tampoco que es un antijurídico. Estos autores sostienen la detención, la obligación o suspensión de la ley positiva ante una circunstancia constitutiva de un peligro actual e inminente, el cual hace reobrar vigencia de la ley natural.

## **Teoría del acto antijurídico**

Esta otra teoría defendida y propulsada por MANUEL KANT, quien estima que en el acto realizado en estado de necesidad es un acto antijurídico y fundamentalmente injusto pero que este debe quedar impune en función de la utilidad práctica de la pena por la persona que se encuentra en un grave peligro actual o inminente se defiende de este, olvidando la pena posible que le puede imponer. Olvida el aspecto disuasivo de la pena.

## **Teoría de la Perturbación anímica**

Según Rojo (2003), quien sostiene que:

El instinto de conservación es tan fuerte que actúa casi automáticamente ante la presencia de un peligro grave actual o inminente contra la persona o integridad física, pues este peligro crea en el individuo una profunda perturbación anímica. Como puede observarse para Mediante esta teoría no se puede fundamentar el auxilio necesario a tercero (pág. 48).

Para Balbontin (2020) el derecho a la vida es:

El más absoluto de todo el derecho y que no permitir a una persona salvaguardar su vida en peligro, equivale a negarle de un golpe, todo el derecho de los cuales es titular o puede ser titular esa persona en un momento determinado (pág. 47).

## La legítima defensa

La Legítima Defensa es en Derecho Penal, es una causa que justifica la acción de una conducta sancionada penalmente, eximiendo de responsabilidad a su autor respetando una serie de requisitos ya establecido en nuestro código, y en caso de no cumplirse todos sus requisitos, permite reducir la pena aplicable. Esta es una situación que permite eximir, o reducir, la sanción ante la realización de una conducta generalmente prohibida.

Otra definición más concreta revela que la legítima defensa es contra ataque o repulsión de una agresión actual, inminente e inmediata con el fin de proteger la vida o bienes jurídicos propios o de terceros.

Ha sido objeto de estudio de multitud de juristas, que trataban de buscar una justificación que explicara por qué surgió el concepto, y por qué se ha mantenido. Especialmente Ceib, Asúa, Cicerón, Gayo, Ulpiano y Luís P. Sisco. Mientras que otros, se han puesto en la tarea de dar fundamentos de normas presupuestas dentro del sistema jurídico, dando normas fundantes indispensables para la creación de constituciones y derechos adquiridos propios de cada una de las personas que conforman la colectividad nacional internacional, en contraposición a la opinión iuris.

Así pues, algunos trataron de ver en la figura una manifestación jurídica del instinto de conservación innato en el ser humano, es decir, aquel rasgo natural que, pese al tránsito hacia la vida en sociedad, ni puede ni debe ser eliminado.

También hubo un sector que afirmó que la legítima defensa respondía, en exclusiva, al interés que el derecho tiene en prevalecer sobre el injusto, sobre la agresión al ordenamiento jurídico. Pese a ello, la teoría fue rechazada por no tener en cuenta que la legítima defensa sólo puede realizarse por un ataque contra el derecho que afecte la vida y a bienes jurídicos personales.

Si esta fuera la explicación, la legítima defensa podría utilizarse para defender cualquier ataque contra el derecho, sea de la naturaleza que sea, llegando a la absurda conclusión de que el ordenamiento jurídico apoya la auto tutela, negando de esta manera una de las principales justificaciones que se dan del derecho como fenómeno social.

El problema para los penalistas que creen en la defensa legítima restringida es que ellos no logran apartarla del caso en que existe homicidio, golpes o heridas cometidos para defender la persona y su vida.

## **Legítima Defensa del Honor**

En los países donde la nueva tradición jurídica, únicamente puede defender la integridad física las leyes no hablan de legítima defensa del honor, ahora bien en los países de la vieja tradición, hablan que todo bien material o inmaterial, se haya protegidos por la legítima defensa del honor.

Es legítima defensa, la muerte que da uno cualquiera de los cónyuges al otro al encontrarle infraganti en delito de adulterio.

## **Legítima Defensa del Pudor**

Al hablar de pudor nuestra mente se traslada al sexo. Esto es que nadie puede ser obligado a realizar un acto contra la naturaleza y si la única manera de evitarlo es ejerciendo la violencia es evidente que ese hecho debe legitimarse.

## **Legítima Defensa Del Patrimonio**

La ley romana lo permitía, en caso de Destrucción de Bienes Material ejerciendo la violencia esta puede evitarlos y deben reunir una serie de condiciones para ejercer la legítima defensa de un bien material.

## **Condiciones Para Que Exista La Legítima Defensa**

La agresión.-Acto negativo por medio del cual el agresor causa un daño al agredido o sujeto activo. Es el acto por medio del cual se repele la agresión ilegítima lanzada por el sujeto pasivo. La agresión que generalmente se da es la agresión por acción, es decir en la que el sujeto pasivo actúa.

**La agresión Inminente.**-No ha de esperar que el otro agregada porque podría morir por lo que cuando es inminente la agresión y no cabe duda de que seremos atacado.

**La agresión Ilegítima.**-Algunos tratadista del derecho dicen agresión injusta significa que esta contra la ley es ilegítimo el ataque que un hombre lanza contra otro sin estar amparado en la ley.



**Condición:** De la Defensa Necesaria y Proporcional.- Es el acto por el cual el agredido repele la agresión. Es un elemento sin el cual no es posible que haya legítima defensa. No se concibe la legítima defensa si no hay un bien jurídicamente protegido. Contrariamente a la agresión que debe ser siempre ilegítima, la defensa debe ser legítima.

**Necesidad de la Legítima Defensa.-** “La necesidad actual” es que si no hay necesidad de defensa esta será ilegítima. La legítima defensa es independiente de la gravedad del daño causado por la agresión ilegítima es decir que esta derecha existe desde el momento en que la agresión es real o por lo menos inminente, no importa que el bien amenazado sea la vida, una casa, un carro, etc.

**La Proporcionalidad.** -Las medidas de proporción se encuentran envueltas en la idea de necesidad, pero no debe confundirse. Lo que no se puede es exigirse una proporción real, es decir, “Ojo por ojo, diente por diente”. En nuestro código solo dice que se debe actuar en legítima defensa y no menciona proporcionalidad.

Las Armas para Repeler, Blanca y de Fuego. No hay especialidad para elegir entre armas blancas y de fuego y de la misma categoría, elegir una y despreciar otra, cualquier arma sea esta de fuego o blanca, es admisible para repeler una agresión ilegítima.

## **Efectos de La Legítima Defensa**

Siguiendo el esquema de la teoría del delito, la legítima defensa es una causa de justificación de una acción típica que impide que la conducta sea calificada como antijurídica, de

manera que se aplica la eximente completa o la eximente incompleta, que supondrá la ausencia de pena en el primer caso (eximente completa), y su reducción en el segundo (eximente incompleta). Así pues, las características de la figura han sido tradicionalmente expuestas en forma de requisitos esenciales e in esenciales, cuyo cumplimiento determina el grado de la eximente (requisitos in esenciales) o incluso la aplicabilidad o no de la legítima defensa (requisitos esenciales).

## Requisitos Esenciales

La presencia de los requisitos esenciales será necesaria para considerar la existencia de la legítima defensa, de forma que su incumplimiento descarta la aplicación de cualquier eximente.

- **Agresión ilegítima:** La agresión será una acción humana y dolosa que ponga en peligro bienes jurídicos personales, propios o de tercero.
- **Bien jurídico particular:** Tales bienes jurídicos habrán de pertenecer a un particular, de manera que no cabe la legítima defensa de bienes colectivos, comunitarios o supra personales, debido a la idoneidad o peligro que supone facultar al particular para actuar en defensa de aquellos bienes.
- **Carácter de acción activa u omisiva:** Es necesario que la agresión sea una acción, y no un supuesto de “falta de acción” (agresión procedente de movimientos inconscientes o involuntarios, como ataques epilépticos, sonambulismo y demás). Por otro lado, cabe la acción propiamente dicha, así como la comisión por omisión. Por supuesto, por acción nos referimos a la conducta perteneciente ex-

clusivamente a las personas físicas, y en ningún caso, a los animales o personas jurídicas.

- **Carácter doloso de la acción:** La acción habrá de ser dolosa, es decir, tendrá que existir una voluntad y conocimiento de lesión de bienes jurídicos. Ello implica que no cabe hablar de agresión en caso de imprudencia, con lo que no puede considerarse legítima defensa la reacción contra una acción involuntaria.
- **Peligro real o agresión adecuada para producir daños:** La acción tendrá que suponer un peligro verdadero para el bien jurídico. No cabe hablar de legítima defensa cuando tratemos la agresión procedente de tentativa idónea, así como los supuestos de tentativa idónea, pero cuyo ataque resulte inofensivo por estar el bien jurídico totalmente protegido y fuera de peligro.
- **Necesidad de defensa:** Según este requisito, la agresión ilegítima que se dirige a un bien jurídico ha de suponer que sea necesaria la intervención que impida o repela el ataque. Así pues, la defensa es una conducta típica o atípica, activa u omisiva cuyo fin es defender un bien jurídico de una agresión típica y antijurídica.

La reacción instantánea que como repuesta del agraviado a una agresión o hecho que eminentemente pone la vida en peligro, es una repuesta reflexiva de todo ser humano, y que muchas veces no da tiempo a pensar en cómo o con que se va a defender, causa en la mayoría de los casos respuestas que no se ajustan a las condiciones eximentes de la Legítima Defensa.

## **Legítima defensa (Derecho Penal)**

### **Legítima defensa**

Según el CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL DE PROCESOS en su Artículo 33.- Legítima defensa. -

Existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos:

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

Existen varios autores que definen a la legítima defensa, el cual es importante mencionarlos para así con ello entender el tema de este trabajo:

Ernesto Olivares Rodríguez (2013) afirma que:

“La legítima defensa es la más antigua y más típica causal de justificación. Consiste en la reacción necesaria para impedir o repeler la agresión ilegítima no provocada, contra la persona o cualquier bien jurídico, propio o ajeno, actual o inminentemente amenazado.” (pág. 15).

Baraybar Luna (2017) afirma que:

“La legítima defensa no es más que ejercicio de la violencia para tutelar o proteger un bien jurídico atacado injustamente; esta noción estricta es preferible a las que aluden a todos los elementos de la justificación.” (pág. 17).

Por su parte Epifanio López (2021) afirma “Es la repulsa a la agresión ilegítima actual o inminente por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla” (pág. 34).

Como conducta encaminada a repeler un injusto, la acción defensiva busca evitar la negación del derecho; y por ello se constituye en la negación de la negación del derecho, de allí que ella sea intrínsecamente justa, pues no es una venganza contra el injusto realizado, si no el acto que quiere anticiparse a la consumación del ilícito, la acción que se opone aun a la aparición misma del delito, y que antes que vengar busca evitar”

### **Excepción de legítima defensa**

Por excepción puede presentarse una situación de legítima defensa en el curso de una riña. Ello sucede cuando uno de los combatientes violare substancialmente, con deslealtad y ventaja, las condiciones de la lucha, rompiendo así la continuidad de los actos, como expresa Carrara, caso en el cual el contendor traicionado puede rechazar legítimamente esa violencia inesperada e injusta.

Así, si dos sujetos acuerdan una riña a puñetazos, y en su desarrollo uno de ellos esgrime arma, saliéndose de las estipulaciones del combate, coloca al otro en el terreno de la defensa legítima.

## La Legítima Defensa Putativa

Según Carmen Requejo (1998) afirma que:

“Esta figura jurídica consiste en una percepción de error por parte del agente que la invoca, es decir, opera cuando la persona, en estado de incertidumbre, temor o terror, traspasa los límites de la defensa” (pág. 165).

En la doctrina se le llama también: “Legítima defensa con error”.

Dicha figura jurídica es una causa de justificación, es decir, al hacer uso de ella, y la misma reciba tutela por parte del juez, el agente queda exonerado de responsabilidad penal y de responsabilidad civil.

La verdadera legítima defensa es objetiva o real, es decir, se ejercita para repelar una violencia grave e injusta que materialmente existe. A esta defensa, provocada por la necesidad real de rechazar un peligro cierto, es lo que se refiere nuestro Código Penal.

Al lado de la legítima defensa ha elaborado la doctrina la institución de la legítima defensa putativa o subjetiva, acogida por la jurisprudencia. La palabra putativa deriva del latín “putate”, que significa pensar, crear, suponer o juzgar acerca de algo.

La defensa putativa se presenta cuando por un error sustancia de hecho, por una equivocada interpretación de una circunstancia, el sujeto cree hallarse en la necesidad de defenderse, sin que exista realmente ningún peligro. Se obra de buena fe, en la errónea opinión de que un mal amenaza que

está ejerciendo una reacción proporcionada a él y en las condiciones de justificación.

Mientras que en la legítima defensa objetiva se rechaza un peligro real, en la legítima defensa putativa se rechaza un peligro imaginario.

### **La Legítima defensa de tercero**

Legítima defensa de terceros: Art. 21.- No comete infracción alguna el que obra en defensa de otra persona, siempre que concurren las dos primeras circunstancias mencionadas en el Art. 19, es decir que haya actual agresión ilegítima y necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión y que, en caso de haber precedido provocación al agresor, no hubiere tomado parte en ella el que defiende.

La Legítima defensa a terceros, como en el caso citado por Peco del hijo que engañado sobre el peligro inminente que corre sobre su madre de ser objeto de una violación, mata al supuesto violador en defensa de la honra de su progenitora.

Por lo que se ha visto, se colige que la llamada legítima defensa putativa no es conceptualmente otra cosa que un error esencial de hecho, una variedad de éste, y como tal debe tratarse jurídicamente. No constituye pues, una eximente de responsabilidad especial, no es una figura autónoma, no se la debe involucrar con la legítima defensa objetiva, como se suele hacer, sino que debe incluírsela entra las modalidades de error de hecho, como expresa Jiménez de Asúa. Esta es también la opinión de Soler, Peco, Sisco y otros maestros. Concretamente en nuestro derecho, quien obrare en legítima defensa putativa debe ser eximido de responsabilidad.

## **Legítima defensa del honor conyugal y Defensa justificada del pudor femenino**

El Art. 22 de nuestro Código Integral Penal lo tipifica así:

Tampoco hay infracción alguna cuando uno de los cónyuges mata, hiere a golpeo al otro, o al correo, en el instante de sorprenderlos en flagrante adulterio, o cuando una mujer comete los mismos actos en defensa de su pudor gravemente amenazado” ((Registro Oficial S. 180, 10 feb 2014) Art. 22).

Este artículo contiene dos partes, o dos instituciones; una, que tiene que ver con la defensa del honor conyugal; y la otra, que se refiere a la defensa del pudor de la mujer.

La legítima defensa, tienen como fundamento la defensa necesaria de la persona; en este caso, la legítima defensa va encaminada a proteger el honor conyugal y el pudor femenino. Es indudable, la importancia que reviste para los seres humanos estos dos bienes, que, no siendo precisamente materiales, son verdaderas virtudes que tienen que ver con los sentimientos y con los principios de moralidad de las personas.

### **Legítima de la propiedad**

Legítima defensa de la propiedad: Art. 20.- Se entenderá que concurren las circunstancias enumeradas en el artículo anterior, si el acto ha tenido lugar defendiéndose contra los autores de robo o saqueo ejecutados con violencia; o atacando a un incendiario, o al que roba o hurta en un incendio, cuando son aprehendidos en delito flagrante; o rechazando durante la noche el escalamiento o fractura de los cercados, murallas o entradas a una casa o departamento habitados o de sus depen-



dencias, a menos que conste que el autor no pudo creer en un atentado contra las personas, ya se atiende al propósito directo del individuo que escalaba o fracturaba, ya a las resistencias que debían encontrar las intenciones de éste.

### **Legítima defensa y estado de necesidad**

Estado de necesidad: Art. 24.- No se impondrá ninguna pena al que, en la necesidad de evitar un mal, ejecuta un acto que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que sea real el mal que se haya querido evitar, que sea mayor que el causado para prevenirlo, y que no haya habido otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

La legítima defensa tiene lugar cuando media una situación de necesidad, lo que la vincula a otra causa de justificación; el estado de necesidad. No obstante, ambas se mantienen nítidamente separadas; en el estado de necesidad se hace necesario un medio lesivo para evitar un mal mayor, en tanto que en la legítima defensa el medio lesivo se hace necesario para repeler una agresión antijurídica.

Esta diferencia hace que en el estado de necesidad debe mediar una estricta ponderación de los males; el que se causa y el que se evita, debiendo ser mayor el que se quiere evitar. En la legítima defensa, no hay una ponderación de esta naturaleza, porque hay una agresión antijurídica, lo que la desequilibra totalmente. La ponderación de los males en la legítima defensa sólo puede funcionar como “correctivo”, es decir, como límite. La legítima defensa no puede contrariar el objetivo general del orden jurídico la posibilidad de la coexistencia en forma tal, que cuando entre el mal que evita quien se

defiende y el que lo quiere causar, quien le agrede media una desproporción inmensa, porque el primero es íntimo comparado con el segundo, la defensa deja de ser legítima.

## Causas de exclusión de la antijuridicidad

Según menciona Nuñez (2020), que la antijuridicidad:

No surge del derecho penal, sino de todo el orden jurídico, porque la antinormatividad puede ser neutralizada por un permiso que puede provenir de cualquier parte del derecho. También consiste en la constatación de que la conducta típica (antinormativa) no está permitida por ninguna causa de justificación (precepto permisivo) en ninguna parte del orden jurídico (derecho penal, civil, comercial, laboral, etc.).” (pág. 10).

Las causas de justificación son los motivos jurídicos fundados para ejecutar un comportamiento prohibido, a diferencia de lo que ocurre con el comportamiento atípico, en el justificado se trata de un comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado como socialmente soportable solo en consideración a su contexto, o sea, a la situación de justificación. Aquí lo importante es el ánimo de defender, no solo basta que se den las circunstancias de justificación, sino que el sujeto tenga el ánimo de defender.

En el COIP “no existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa. Tampoco existe infracción penal cuando

se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal.” (Pazmiño Vargas, 2017, pág. 12)

## **Estados de necesidad para que proceda la exclusión de antijuricidad**

### **a. Legítima Defensa:**

Para Zaffaroni la legítima defensa es entendida como una idea de que en lo anti normativo permanece algo negativo que proviene de la acción defensiva, pero siendo esta antijurídica dando como resultado que se produzca la eliminación de la culpabilidad.

El artículo 33 del Código Orgánico Integral Penal indica que “Existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando concurran los siguientes requisitos:

**a.1 Agresión actual e ilegítima.** (La agresión ilegítima requiere tres condiciones: debe ser conducta humana, agresiva y antijurídica).

Para Tandalla Klever (2021), la agresión ilegítima no es sinónimo exacto de agresión antijurídica, sino que la “ilegitimidad de la agresión debe ser valorada, desde el punto de vista del sujeto pasivo, como un derecho a mantener un statu quo, lo que se funda en el mencionado argumento de que el atacado por un mono estaría más limitado en su accionar que el atacado por un hombre, al igual que quien se defiende de la acción del que actúa en error in vincible de tipo (...)” (pág. 38).

**a.2 Necesidad racional de la defensa.** (Para impedir la agresión debe existir la necesidad de defensa, tiene que ser contemporánea y el único medio posible).

La cuestión que plantea la legítima defensa no es, pues, de tolerancia, sino de racionalidad respecto de los límites de este derecho, tal como deben plantearse en todos los ejercicios de derechos. Cuando se dice que el orden jurídico no puede tolerar que la legítima defensa se lleve hasta un grado en que la conducta defensiva resulte contraria a la seguridad jurídica.

**a.3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho.”** Para Guerrero (2022), en cuanto a los límites temporales de la acción defensiva, cabe señalar que:

Esta puede realizarse mientras exista una situación de defensa que se extiende desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos “Si bien la agresión no necesariamente es típica, cuando lo sea no deben identificarse estos momentos con la tentativa y la consumación, porque puede haber legítima defensa contra actos preparatorios y sin que haya acto de tentativa, como también puede haberla después de la consumación(...)” (pág. 91).

## **Por Homicidio**

En el caso del Homicidio, establecido en el artículo 144 del Código Orgánico Integral Penal mismo que indica “La per-

sona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años” (Registro Oficial S. 180, 10 feb 2014, Art.144)

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

b.1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro. (El peligro de producción del mismo, debe ser inminente, actual y real, porque de no serlo, el autor incurría en un error de prohibición)

b.2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar. Debe entenderse que la lesión o peligro que se causó en contra de un bien jurídico protegido fue necesario, debido a que si ponderamos que se dañó un bien jurídico protegido por salvar a un conglomerado de bienes jurídicos protegidos, siendo todos ellos susceptibles de ser salvados mediante una acción justificada por estado de necesidad, siempre que se produzca una lesión menor dando como resultado que el mal inferido sea necesario por constituirse como una mera afectación al orden jurídico, pero sumamente necesaria.

b.3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.” (Código Orgánico Integral Penal, 2014) La inevitabilidad del mal por otro medio no lesivo o menos lesivo, es inherente a la situación de necesidad, sin que sea menester que la ley lo requiera expresamente. Por supuesto que el mal no será necesario cuando no sea el medio

adecuado para evitar otro, esto es, cuando igualmente el otro se producirá; tampoco lo será cuando se disponga de otro medio alternativo inocuo o menos lesivo

Para Sarango (2021):

El estado de necesidad “esta no puede legitimar cualquier lesión porque no media ninguna acción agresiva antijurídica por parte de quien soporta la lesión a sus bienes jurídicos. Por lo tanto, el límite justificante o legitimante está dado por la ponderación entre los males evitado y causados (...)” (pág. 18).

## **El estado de necesidad en el COIP**

Si analizamos el artículo 32 del Código Orgánico Integral Penal podemos darnos cuenta que cuando el sujeto se encuentra necesitado de actuar de modo lesivo, ya sea para proteger un derecho propio o ajeno sin importar el mal que provoque siempre y cuando este no sea menor al que evita, en cuyo caso la conducta será antijurídica, pero sin que quepa formular el reproche de culpabilidad, pues al agente no será posible exigirle razonablemente otra conducta. Esto hace por ejemplo que el homicidio nunca pueda justificarse por estado de necesidad, debido a que no cabe jerarquizar vidas humanas.

El estado de necesidad justificante puede provenir de una conducta humana o de una fuerza de la naturaleza, al igual que el estado de necesidad exculpante considerando que la coacción también constituye un estado de necesidad justificante cuando el mal que se evita es mayor que el que se causa ya que sin lugar a dudas por ejemplo se amenaza de muerte a un sujeto para que cometa un delito contra la propiedad. Pero

sin embargo en el estado de necesidad es importante clarificar que no se deberá imponer ninguna pena al sujeto que en la necesidad de evitar un mal ejecuto un acto que produjo un daño ya sea en la propiedad ajena siempre que este sea real y menor al daño que quiso evitar, siempre y cuando no haya habido tampoco otro medio practicable y menos perjudicial.

c. Mandato de Ley: Es una causa de justificación pues si un acto esta ordenado o permitido por la ley no puede al mismo tiempo estar sancionado por ella.

d. Obediencia Debida: Esta hace relación a los mandos de las Fuerzas Armadas y de la Policía mismos que serán responsables por las ordenes que impartan, clarificando que la obediencia a las órdenes superiores no eximirá de responsabilidad a quienes las ejecuten, La Constitución de la República del Ecuador (2008), menciona que: “Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional serán obedientes y no deliberantes, y cumplirán su misión con estricta sujeción al poder civil y a la Constitución (Registro Oficial 449, 20 oct 2008, Art. 159)

e. Caso Fortuito: Es importante partir entendiendo que el caso fortuito es considerado como un hecho que no pudo ser previsto, y no pudo o era imposible evitar, por ende, se excluye al agente de responsabilidad por los hechos que acontecen fortuitamente.

En tanto que la imputación objetiva del resultado no puede ser connotada típicamente, porque aun cuando la desplegada por el agente puede ser considerada como una condición para el resultado, éste escapa a la capacidad de control del autor, dado su carácter imprevisible; así no es punible por el resultado, aquel que hiere a otro dejándolo en campo abierto donde después le cae un rayo ultimándolo, o si al ser trasladado

en una ambulancia, esta se desembarranca produciéndose su deceso. Dentro del caso Fortuito existen dos tendencias sumamente marcadas que nos indican lo siguiente:

- Se acepta que si cabe como causa de justificación siempre y cuando se determine que no actuó con dolo o con culpa (Es decir no hubo delito y esta acción va contra el bien Jurídico Protegido previsto en la ley).
- No se acepta como causa de justificación que no haya dolo, culpa, en ausencia de la tipicidad.

f. Consentimiento: El consentimiento como causa de justificación se trata de casos en los que el propio ordenamiento jurídico reconoce al titular una facultad dispositiva sobre el bien jurídico protegido siempre y cuando cumpla con determinados requisitos tales como, por ejemplo:

- Facultad reconocida por la ley para disponer válidamente de determinados bienes jurídicos propios.
- Capacidad para disponer y entender el alcance de los actos por quien consciente.
- La voluntad no viciada de quien consciente por error, fuerza o engaño.
- El Consentimiento debe otorgarse con anterioridad a la comisión del acto y debe ser conocida por quien ejecuta el acto.
- El consentimiento se denomina acuerdo si la conducta se dirige contra o prescindiendo de la voluntad del interesado y el libre ejercicio de la misma.



El consentimiento del interesado o titular del bien jurídico posibilita que el agente esté exento de responsabilidad penal debido que al extenderse al bien jurídico individual sea la vida reconocida como un derecho fundamental, sin la existencia de una negación de la libertad como valor superior y de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad estableciéndose cláusulas generales que reconozcan el consentimiento del interesado como elemento que elimina la ilicitud de la conducta y, en consecuencia, no castigarse la muerte por aborto no punible de conformidad con lo que señala el Código Orgánico Integral Penal (Registro Oficial S. 180, 10 feb 2014, Art. 150) “El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.
2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.

En este ejemplo se puede apreciar claramente que el consentimiento del interesado o titular del bien jurídico posibilita que el agente esté exento de responsabilidad penal denominándolo acuerdo siempre y cuando la conducta se dirige contra o prescindiendo de la voluntad del interesado y el libre ejercicio de la misma, y busque proteger o tutelar el bien jurídico protegido por tratarse de una persona que de por sí debe cumplir con ciertos requisitos, caso contrario el consentimiento no aplicaría, como causa de justificación.

## **La culpabilidad**

Dentro del estudio del Derecho penal, es la conciencia de la culpa de una conducta calificada como típica y antijurídica, fundada en el desacato del autor frente al Derecho por medio de su conducta, mediante la cual menoscaba la confianza general en la vigencia de las normas. El problema de la culpabilidad es central en el Derecho Penal, por cuanto determina finalmente la posibilidad de ejercicio del *iuspuniendi*.

Bajo la categoría de la culpabilidad, como último elemento de la teoría del delito, se agrupan todas aquellas cuestiones relacionadas con las circunstancias específicas que concurrieron en la persona del autor en el momento de la comisión del hecho típico y antijurídico.

La culpabilidad es el elemento subjetivo del delito alrededor del cual gravitan los demás elementos del injusto. La situamos como la espina dorsal de la estructuración del delito en su Parte General.

### **Teoría Psicológica:**

La concepción psicológica de la culpabilidad centró o tuvo su núcleo en la relación o nexo psicológico que media entre el sujeto y el resultado.

De lo descrito se desprende que la culpabilidad tiene dos elementos, uno volitivo y otro intelectual. El primero, indica la suma de dos querer: de la conducta y del resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuricidad de la conducta.

Los presupuestos de índole psicológica son el dolo y la culpa: Por ende, el hombre es culpable, con toda simplicidad, por haber obrado dolosa o culposamente. Sólo la psique del autor es lo que debe considerarse para esta teoría de la culpabilidad.

En Argentina Sebastián Soler (1962) defiende la teoría psicológica de la culpabilidad con cierto desatino, ya que el mismo cae en un normativismo psicológico, pues la base de la culpabilidad la radica en dos elementos.

- 1) La vinculación del sujeto con el orden jurídico, que se denomina elemento normativo de la culpabilidad.
- 2) La vinculación subjetiva del individuo a su hecho que es el elemento psicológico de la culpabilidad.

A lo cual se apresura a aclarar: “En realidad, los dos elementos son psicológicos; pero mientras el uno atiende a la relación del sujeto con una instancia de responsabilidad y, por tanto, presupone una violación normativa, el otro, al considerar las relaciones del sujeto con el hecho, atiende a una situación puramente psíquica y despojada de valoraciones”.

Y concluye su normativismo psicológico con esta aseveración:

*“La culpabilidad proviene de la comprobación de la discordancia subjetiva entre la valoración debida y el disvalor creado: conciencia de la criminalidad del acto”.*

## Teoría Normativa Causalista:

En 1907 surge a la luz del derecho penal, una nueva concepción en materia de culpabilidad y en un estudio denominado “Estructura del concepto de culpabilidad”. del profesor Reinhard Frank, con motivo al homenaje rendido a la facultad de Derecho de la Universidad de Giessen.

Es entonces cuando Frank (2002) estiliza el término reprochabilidad: “*Culpabilidad es reprochabilidad*”, y “*un comportamiento prohibido puede ser imputado a alguien como culpable cuando le podamos hacer un reproche por haberlo asumido*”. (pág. 17).

Para que a alguien se le pueda hacer un reproche por su comportamiento, hay un triple presupuesto:

1. Una aptitud espiritual y normal del autor a lo que llamamos imputabilidad. Si es que existe en un sujeto es seguro que, en general a él le podamos hacer un reproche por su comportamiento antijurídico aun cuando no lo sea todavía que corresponda un reproche en el caso particular. Para esto importa, por de pronto.
2. Una cierta concreta relación psíquica del autor con el hecho en cuestión o aún la posibilidad de ésta, de manera que o bien aquél discierne sus alcances (dolo) o lo podría discernir (imprudencia). Sin embargo, aun cuando se da esa exigencia, no está sin más ni más, fundado un reproche. Para ello es necesario que, además, concurra.
3. La normalidad de la circunstancia en las cuales el autor obra. Si un sujeto imputable realiza algo antijurídico discerniendo pudiendo discernir los alcances de su acción,

desde el punto de vista del legislador en general, puede hacerle un reproche. Pero lo que es posible solo en general puede no serlo en el caso particular, y así desaparece la reprochabilidad cuando las circunstancias concomitantes comportaban para el autor o para un tercero un peligro del cual precisamente la acción prohibida lo podía salvar”.

En suma, podemos concluir que la caracterización de esta doctrina o su “ratio essendi”, es el reproche que tiene como base las motivaciones y el carácter del agente, refiriendo, como *conditio sine qua non*, el que se le puede exigir un comportamiento conforme a derecho.

## La Inimputabilidad

Inimputabilidad es un término que se vincula a la condición de inimputable. Un sujeto inimputable es aquel que no es responsable penalmente de un ilícito que cometió ya que no está en condiciones de comprender su accionar o las consecuencias de éste.

### **Criterios reguladores de la inimputabilidad**

Los sistemas penales suelen utilizar diferentes criterios para regular el problema de la inimputabilidad atendiendo a la causa y los efectos. Los criterios más importantes son los siguientes:

## **Criterio psicológico**

Este es uno de los criterios que se refieren solo al efecto que la causa produce con respecto a la comprensión y a la voluntad, es decir que se fundamenta en el hecho que el inimputable no comprende el significado de su comportamiento y por eso no es capaz de autorregularse. Como por ejemplo “el caso de los menores de edad entendida como edad en sentido psicológico y no cronológico”.

## **Criterio sociológico**

Es un criterio que toma en cuenta la personalidad del individuo en relación con el contexto social y cultural en que transcurre su vida, de este modo se considera inimputable a quien no logra adecuar su comportamiento al patrón socio-cultural dominante, porque procede de un ambiente distinto.

Generalmente en los estatutos penales que se fundamentan en este criterio se señala a los indígenas como inimputables.

## **Criterio mixto**

Todos los criterios hasta el momento son deficientes por sí solos por lo que para regular un fenómeno tan complejo como esté las legislaciones modernas utilizan el criterio mixto, que consiste en combinar los criterios anteriores.

Las fórmulas mixtas más comunes son: la psicológico–psiquiátrica, la biológico–psiquiátrica, y biopsicológica.

## **Causas de inimputabilidad absoluta**

Son los casos en los que la ley niega en forma absoluta, a determinados sujetos la capacidad de autodeterminación para actuar conforme al sentido y a la comprensión de lo antijurídico de su conducta.

Son los casos en que las personas padecen un trastorno mental permanente.

## **El trastorno mental transitorio**

El Trastorno mental transitorio es un concepto jurídico que se utiliza para determinar una profunda alteración de la mente o de los frenos inhibitorios, que aparece bruscamente, de forma súbita e inesperada, anula momentáneamente la capacidad de autodeterminación del sujeto y desaparece después sin dejar secuelas.

El perito psicólogo estudia las circunstancias del presunto delincuente antes de la comisión del delito para valorar si pueden explicar la existencia de un Trastorno mental transitorio y plasmarlo así en su Informe Pericial Psicológico.

El término trastorno mental transitorio (TMT) tiene su origen en el CP español de 1932. El jurista español Jiménez de Asúa jugó un rol importante en su redacción y propuso que, junto al enajenado que resultaba exento de responsabilidad criminal se encontraba también “el que se hallare en situación de inconsciencia”.

Nuestro Código Penal contempla como eximente en el art. 34 inc. 1º, a la alteración psíquica plena que se aprecia como un TMT completo bajo la forma de estado de inconsciencia, hecho que no trae mayores problemas para hacer el correlato médico -jurídico.

El problema se plantea cuando el TMT, a pesar de ser evidente o notable, no alcanza la plenitud requerida para la instalación de un estado de inconsciencia; se trataría entonces de un TMT incompleto y, por lo tanto, sólo sería un atenuante, no contemplado taxativamente en nuestro Código Penal. Por otra parte, las figuras que de alguna manera intentan cubrir estas circunstancias, son eminentemente jurídicas, sin correlato psiquiátrico forense, como es el caso de la llamada emoción violenta.

Durante muchos años se exigió, para establecer el diagnóstico de TMT, que la reacción anómala del sujeto tuviera un trasfondo patológico. Algunos autores, como Alonso Fernández, dicen que hay estados psíquicos que pueden provocar trastornos de la conciencia sin que concurra un fondo morboso como son el agotamiento, la somnolencia y situaciones afectivas intensas como la cólera, la angustia o el éxtasis. Por lo tanto, sostienen que estos trastornos de la conciencia no morbosos pueden tener “el valor de enfermedad” en la psiquiatría forense.

Lo que queda claro, es que la situación del TMT no ha de haber sido buscada a propósito para delinquir. La preordinación al delito excluye la posibilidad de apreciación de la eximente (completa) o la atenuación (incompleta).



## Características

El TMT debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Ser desencadenado por una causa inmediata y evidenciarle.
- b) Ser de breve duración
- c) Que cure rápidamente sin secuelas ni posibilidad de repetición.
- d) Que haya surgido sobre una base patológica probada.
- e) Que la intensidad del trastorno mental anule el libre albedrío no bastando la mera ofuscación.

Con base en lo anterior se puede formular la siguiente definición:

Los TMT son estados de perturbación mental pasajeros y curables, debidos a causas ostensibles sobre una base patológica probada, cuya intensidad puede llegar a producir trastornos en la comprensión y la voluntad y por ende, la consiguiente repercusión en la imputabilidad

Los TMT son estados de perturbación mental pasajeros y curables, debidos a causas ostensibles sobre una base patológica probada, cuya intensidad puede llegar a producir trastornos en la comprensión y la voluntad y por ende, la consiguiente repercusión en la imputabilidad.

## La ebriedad

Es un trastorno psico-orgánico transitorio que perturba la conciencia y compromete el SNC dando síntomas neurológicos de variada gravedad pudiendo llegar al coma y aún la muerte.

Las etapas clínicas del alcoholismo con valor médico legal que se pueden enunciar son:

- a) Período succínico (alcoholemia de hasta 1g por mil de sangre) es sintomatológicamente subjetivo. Se encuentra perturbada la atención y los reflejos.
- b) Período clínico (alcoholemia de 1 a 2g por mil de sangre) es sintomatológicamente objetivo. El individuo puede presentarse locuaz y desinhibido (bebida alegre), depresivo (bebida triste), somnoliento (bebida onírica) o agresivo (mala bebida).
- c) Período médico legal (alcoholemia de 2 a 3 g por mil de sangre) se producen amnesia total, incoordinación motora y automatismos.
- d) Período letal (más de 4 g por mil en sangre) se precipita la intoxicación con sueño profundo, coma, y muerte.

## El alcoholismo puede ser a su vez agudo y crónico

El alcoholismo agudo se puede dividir en simple (embriaguez común) o asociado a epilepsia, drogas, personalidades psicopáticas, etc. (embriaguez potenciada).

El alcoholismo crónico (organismo alcohólico) puede llegar a presentar desde el punto de vista mental, cuadros de psicosis y demencia.

## **El problema de las drogas**

El denominador común de las drogas (en menor grado el tabaco y la cafeína) es la capacidad de variar la conducta, en algunos casos transformar la personalidad e incluso llevarle a situaciones de dependencia total respecto a la sustancia, así como en algunos casos hasta un síndrome de abstinencia (SA).

Los efectos que produce son diversos desde la excitación, la inhibición o la relajación del SNC. Según el potencial del fármaco la repercusión en el cerebro aumenta llegando a producir completa perturbación mental asimilable a una enfermedad mental que anula el entendimiento y la voluntad

## **La Culpa**

Según Fernández (2003) afirma que “La culpa es uno de los elementos de la responsabilidad civil. En efecto, para que exista la obligación de indemnizar un daño no es sólo necesario haberlo causado, pues se requiere además que el comportamiento causante del daño se haya realizado con culpa.” (pág. 5)

## ¿Qué entendemos por culpa?

Entendemos por culpa al acto que carece de intencionalidad del sujeto activo y normalmente es realizada por descuido. En toda área siempre existen normas ya preestablecidas que deben de ser obligatoria observancia para que no se tenga resultados no deseados o situaciones peligrosas, riesgosas o actos antijurídicos.

Según el libro de Alfonso Reyes E. (1988) “la culpabilidad”, es:

La ejecución de un hecho típico y antijurídico por alguien que lo hizo como resultado de operación mental en la que intervinieron consciente y libremente las esferas intelectual, afectiva y volitiva de su personalidad. (pág. 57)

Ejemplo: Voy en mi carro conduciendo de pronomo aparece una abuela en la calle y detrás un niño debido a que voy conduciendo lo atropello lo dejo herido o causo la muerte no hay intención de causar daño, pero se dio porque hubo una falta de deber de cuidado.

Muchas de las veces se puede confundir culpa con culpabilidad, pero existe una gran diferencia entre estos dos términos, culpabilidad es un término estrictamente del derecho penal y culpa puede ser civil o penal dependiendo del sentido estricto que se dé la circunstancia, es decir la culpa es una falta más o menos grave cometida por un sujeto activo, la culpabilidad entra dentro de los elementos del delito y es hasta la sentencia cuando se determina el grado de culpabilidad del delito.

La ley distingue dos tipos de especies de culpa:

Culpa inconsciente o sin representación. - esta se debe que pese a tener los conocimientos que le permitirían visualizar la posibilidad de producción del resultado, no piensa en lo que va a suceder por lo tanto no tiene consciencia de la creación del peligro.

Culpa consciente o con representación. - en este caso el sujeto activo sabe que el resultado típico puede sobrevenir de la creación del peligro por él provocado. En base a elementos que integran la culpa en ellos se destacan los siguientes:

- a) Una conducta voluntaria, lícita o ilícita. porque nadie que sea obligado hacer un delito se lo debe considerar culpable porque está siendo coaccionado.
- b) Realizada prudente o negligentemente. es decir que el acto cometido fue por falta de cuidado del sujeto activo o también como puede ser que también pensó en los riesgos e igual cometió.
- c) Un resultado antijurídico no previsto si conocimiento de leyes que puedan juzgar el acto culposo.
- d) Una relación de causalidad entre la acción y el resultado. - debe haber relación entre la causa y efecto del acto culposo.

Consuelo Moreno manifiesta que los factores generadores de la culpa son la negligencia, la imprudencia, la impericia y la violación de reglamentos.

**Negligencia:** Consiste en una conducta omisiva contraria a las normas que imponen determinada conducta solícita, atenta y sagaz, encaminada a impedir la realización de un resultado dañoso o peligroso. Nos parece, sin embargo, que es este un concepto es incompleto porque la negligencia no solamente presenta las formas de la omisión, desatención o descuido respecto de algo que se debía hacer y no se hizo, sino que también existe cuando el sujeto actúa, pero de manera descuidada, innecesariamente lenta, con indolencia o desidia.

La negligencia penalmente relevante surge, entonces, tanto de la omisión como de la acción, siempre que aquella y esta se deba a desatención o descuido, es decir, a una actitud en la que está ausente la diligencia que le era exigible desplegar al agente para garantizar que su comportamiento no genere consecuencias antijurídicas.

**Imprudencia:** La imprudencia es una manera de actuar sin la cautela que, según la experiencia corriente, debemos emplear en todas aquellas actividades de las que pueda derivarse algún perjuicio; es un comportamiento inadecuado que lleva al sujeto a obrar sin las precauciones debidas y que suele originarse en falta de discernimiento, en desatención

Consiste en la realización de una actividad positiva que no está acompañada de aquella cautela que por ordinaria experiencia requiere emplear para garantizar la tutela de intereses propios y ajenos.

**Impericia:** La impericia consiste en la insuficiente aptitud para el ejercicio de un determinado oficio, arte o profesión, o en la falta de aquella habilidad que ordinariamente se exige en el desempeño de ciertas funciones.

La impericia supone, entonces, el ejercicio de una actividad determinada para la que se requieren conocimientos más o menos especializados; podría, pues, calificarse de imperito al ingeniero que construye un puente que luego se cae por fallas ostensibles en su cimentación o errores de cálculo respecto del peso que es capaz de soportar.

**Violación de Reglamentos:** Este generador de culpa se presenta siempre que el hecho antijurídico no querido por el actor haya sido el resultado de la violación de un mandato legal creado precisamente para prevenir tales acaecimientos.

Cuando hablamos de normas o mandatos legales estamos tomando el concepto de ley en general; por consiguiente, son leyes para estos efectos no solo las que emanan del Congreso, sino también los decretos del ejecutivo, las ordenanzas departamentales, los acuerdos municipales y los reglamentos administrativos y disciplinarios de origen público o privado.

Tal inobservancia genera culpa en la medida en que tenga por causa una conducta voluntaria del actor, ya sea que haya querido conscientemente transgredir el mandato o que simplemente lo haya ignorado.

## **Compensación de culpas**

Esta situación se plantea cuando la culpa del agente productor del daño coexiste con la culpa de la víctima del daño. Se trata, pues, de concurrencia de culpas o, como también se denomina, culpas concurrentes. En tales casos, se puede aplicar la regla de la llamada negligencia comparada para efectuar la

distribución de la reparación de los daños de acuerdo con el grado y magnitud de la negligencia de ambas partes. En cualquier caso, ambas partes, ofensor y ofendido, han de haber contribuido, de algún modo, al accidente.

Asimismo, cuando el perjudicado ha sido, a su vez, imprudente, se dice que ha incurrido en imprudencia concurrente.

En este sentido, se habla también de negligencia contribuyente cuando el demandante se ha expuesto intencionada e irrazonablemente a un peligro creado por la negligencia del demandado, peligro que el demandante conocía o tenía motivo para conocerlo. En todo caso, son defensas que el demandado podrá utilizar.

## **Delito Preterintencional**

En el delito preterintencional se conforma una clase especial de delitos mixtos de dolo y culpa, como elementos necesarios para estructurar y edificar la responsabilidad del hechor frente a la pena, en tal razón se advierte patente la intervención conjunta del dolo y la culpa en estos tipos de delitos.

El “Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Parte General” luego de un estudio pormenorizado de esta figura jurídica manifiesta que el criterio más aceptable para fundamentar la responsabilidad penal en los hechos preterintencionales es el siguiente: “El delito menor, el que se tuvo la intención de cometer es doloso; el resultado más grave sobreviniente, a consecuencia del cual la penalidad se eleva, es culposo” (Fontan, 1966).



Geoconda García (2020) dice al respecto: “Componen el delito preterintencional dos ingredientes, uno culposo, otro doloso. El dolo recae sobre el propósito, la culpa sobre el resultado” (pág. 16).

Nuestro Código Penal en su artículo 14 y en su parte pertinente dice: Preterintencional, cuando de la acción u omisión se deriva un acontecimiento dañoso o peligroso más grave que aquél que quiso el agente.

## Casos prácticos

### Condiciones Objetivas de Punibilidad

Las condiciones objetivas de punibilidad, “son hechos externos desvinculados de la acción típica, pero necesarios para que pueda aplicarse la pena. La indagación de la condicionalidad objetiva puede llevar a comprobar, por vía negativa, la falta de realización de ciertas condiciones de punibilidad, o sea, la ausencia de condicionalidad efectiva.” (Cruz, 2010, p. 52)

El origen histórico de las condiciones de punibilidad se encuentra, el principio de estricta legalidad que exige no sólo la simple conformidad del hecho con el tipo penal sino la efectiva lesión de los intereses tutelados.

“La condición objetiva de punibilidad representa, en un plano objetivo, un límite del ámbito de lo punible de una conducta perfecta ya desde la tipicidad y el injusto como conducta de riesgo.” (Grández, 1997).

De lo antes mencionado se puede decir que, si la punibilidad de un hecho es sometida a una condición, el hecho no constituye delito antes de verificarse aquella. Para el caso peruano, uno de los delitos aduaneros, como es el contrabando, no será considerado como tal, aun cuando se tenga demostrado que el hecho de ingresar del extranjero o extraer del territorio nacional mercancías constituye una conducta típica, antijurídica y culpable, si el monto de aquéllas no es superior a las cinco unidades impositivas tributarias.

Gunther (2013) manifiesta que las condiciones, pues, “son aquellas que, siendo irrelevantes para el principio de culpabilidad, están verdaderamente fundamentando el contenido del desvalor ético social del hecho” (pág. 1055).

## **Clasificación**

La clasificación de las condiciones objetivas de punibilidad en propias e impropias: Pese a todo lo expuesto, hay autores que apuntan la existencia de condiciones objetivas de punibilidad que fundamentan lo injusto.

Sería esto lo que ocurriría en determinados preceptos penales «en los que la no inclusión de un elemento en el tipo de lo injusto impide justificar la gravedad de la pena y, de otro lado, si se procede a incluirlo en el tipo, resulta que el precepto deviene prácticamente inaplicable por la dificultad de que se dé el tipo subjetivo o de poder imputar un determinado “resultado” al sujeto. Como consecuencia de este pensamiento que admite en principio que las condiciones objetivas de punibilidad no fundamentan lo injusto, pero a la vez se reconoce que algunas lo fundamentan se ha propuesto una clasificación

de las condiciones objetivas de punibilidad en propias e impropias, en función de su vinculación con lo injusto.

Las condiciones objetivas de punibilidad propias figurarían como meras causas de restricción de la pena, con lo cual no ofrecerían ningún problema de compatibilidad respecto al principio de culpabilidad. Una de sus funciones sería precisamente retrasar las barreras de protección penal, con el claro propósito de ofrecer un obstáculo limitativo a la punibilidad de determinadas conductas. JESCHECK las vislumbra como «el contrapunto objetivo de las causas personales de exclusión y anulación de la pena», con las cuales compartiría igual nivel en la estructura del delito. El legislador, aunque presentes lo injusto y la culpabilidad, rechaza en estos supuestos la necesidad de pena añadiendo una ulterior circunstancia que puede referirse al propio hecho, o a la evolución tras el mismo, y le confiere una mayor significación en relación con el mundo circundante. Así, además del merecimiento de la pena, y con antelación al reconocimiento de la necesidad de la pena, se exige la producción de un particular deterioro de los valores del orden protegidos por el respectivo precepto penal. Propone como ejemplos de condiciones objetivas de punibilidad propias la existencia de relaciones diplomáticas y la observancia de la reciprocidad en los delitos contra Estados extranjeros, supuestos en los cuales se verifica únicamente una restricción de la pena sin repercusiones respecto al principio de culpabilidad.

De otra parte, las condiciones objetivas de punibilidad impropias sí pueden suscitar problemas de orden dogmático, ya que en realidad son auténticas causas de agravación de

la pena encubiertas. Constituyen «restricciones del principio de culpabilidad por razones político criminales, puesto que pertenecen por su esencia al tipo del injusto, pero se configuran formalmente como condiciones de punibilidad, porque el legislador quiso independizarlas de la exigencia de la relación dolosa o imprudente.

JESCHECK pone de relieve que entre las condiciones objetivas de punibilidad impropias se encuentran algunos elementos que son en verdad «circunstancias encubiertas del hecho que agravan la pena y que, igualmente sólo por razones político criminales han sido desconectadas del injusto y de la culpabilidad. Tanto las condiciones objetivas de punibilidad impropias que figuran como verdaderas causas de agravación penal como aquellas que surgen como elementos fundamentados de la pena consisten en restricciones del principio de culpabilidad.

En las condiciones objetivas de punibilidad impropias que constituyen efectivamente causas de agravación de la pena «el comportamiento básico incluido en la exigencia de culpabilidad ofrece ya un cierto grado de merecimiento de pena, porque a través del mismo se pone en peligro la comunidad o a personas individuales. Sin embargo, al merecimiento de pena por el hecho sólo se llega formalmente mediante la concurrencia de la condición de punibilidad. Con todo, la circunstancia de que la conminación penal supere notablemente el contenido de culpabilidad del comportamiento básico indica que materialmente son causas de agravación penal que se han desvinculado del injusto y de la culpabilidad. Por otro lado, en las condiciones objetivas de punibilidad fundamentados de

la agravación de la pena sólo motivaciones político-criminales pueden llevar al legislador a desvincular de lo injusto culpable elementos que, en realidad, pertenecen al supuesto de hecho.

La doctrina que no se adhiere a la diferenciación entre condiciones objetivas de punibilidad propias e impropias abarca ambos supuestos en una misma y amplia categoría la de las condiciones objetivas de punibilidad, sin establecer ninguna distinción específica entre ellos. Consecuentemente, no suele vislumbrar en estos elementos ninguna incompatibilidad con el principio de culpabilidad y concibe todas esas circunstancias como supuestos de restricción de la punibilidad. Un análisis más detenido de la categoría en cuestión demuestra, no obstante, que la misma reúne una multiplicidad de elementos que sólo impropriamente podrían estar agrupados bajo una única denominación. Sin entrar aún en la conveniencia y admisibilidad de las denominadas condiciones objetivas de punibilidad impropias, importa destacar aquí que éstas últimas no se identifican para nada con las llamadas condiciones de punibilidad propias. De ahí que, en un primer momento, resulte conveniente trazar una línea diferencial entre tales circunstancias.

## **Excusas Absolutorias**

Las excusas absolutorias son causas que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impiden la aplicación de la pena, es decir, son aquellas en las que aun cuando se configure el delito, no permiten que se sancione al sujeto activo en casos específicos; en tanto que las excluyentes de responsabilidad se caracterizan

por impedir que ésta surja. En otras palabras, en las citadas excluyentes la conducta tipificada en la ley no es inculpada desde el inicio; mientras que en las excusas absolutorias la conducta es inculpada, pero no sancionable, consecuentemente no relevan al sujeto activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta típica, sino que determinan su impunidad.

[Zambrano Pasquel (2009) estima que:

Debe limitarse la excusa absoluta en el Ecuador en forma expresa para evitar equívocos e impunidades injustas, como cuando se ayuda a asegurar el producto o el provecho del delito, o cuando el encubrimiento del pariente o del cónyuge obedece al pago de un precio o de una promesa remuneratoria, casos en los que debe sancionarse penalmente la conducta del encubridor, cualquiera que fuere la relación familiar o conyugal, por la particular finalidad que motivó el favorecimiento (p. 116)

La Universidad Católica de Santa Fe, establece que la punibilidad, cualidad de punible, es decir aquella conducta a la que se tiene la posibilidad de aplicar una pena (dependiendo de ciertas circunstancias), en el terreno de la coerción materialmente penal no es una característica del delito sino el resultado de la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable que cumple determinadas condiciones. “La voz “punibilidad” tiene dos sentidos: 1) puede significar merecimiento de pena, en este sentido todo delito es punible; 2) también puede significar posibilidad de aplicar penas; en este sentido no a cualquier delito se le puede aplicar pena. La afirmación de que el delito es punible, en el sentido primer sentido, surge de la afirma-

ción de que es delito, pero la coercibilidad a que da lugar el delito no siempre opera, porque hay una problemática que le es propia y que ocasionalmente impide su operatividad (en el segundo sentido)”.

## **Punibilidad**

La penalidad o punibilidad es, por tanto, una forma de almacenar o elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador por razones utilitarias, diversas en cada caso y ajenas a los fines propios del Derecho penal, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que sólo tienen en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad, y su carácter contingente, es decir, sólo se exigen en algunos delitos concretos. Al no ser elementos de la tipicidad, no tienen que ser abarcados por el dolo, siendo, por tanto, irrelevante el error del sujeto sobre su existencia.

Los factores que intervienen en este proceso pueden ser condiciones objetivas de punibilidad o procedibilidad, causas personales de exclusión de la pena o excusas absolutorias; en tales casos, aunque existe merecimiento de pena (juicio de antijurídica y de culpabilidad), el legislador ha considerado que no hay necesidad de pena.

### **Características**

- a) General: Porque va dirigida a la colectividad en su conjunto.

- b) Abstracta: Que no pretende representar seres o cosas concretos.
- c) Imperativa: Ya que constituye un mandato que emana del legislador para ser cumplido obligatoriamente.
- d) Original: Característica sostenida por Echandía para quien la norma penal es original “en cuanto fuente única de punibilidad referida exclusivamente a las conductas que ella describe”
- e) Autónoma: Al sostener que la norma penal es original se desprende inmediatamente que ésta es autónoma, es decir independiente de cualquier otra ley, sin dejar de estar subordinada al texto constitucional.

## La pena

La pena es pues la consecuencia lógica del delito y consiste en la privación o restricción de ciertos derechos del trasgresor que debe estar previamente establecida en la ley y que es impuesta a través de un proceso como retribución en razón del mal del delito cometido.

Tal concepto de pena se adapta a la naturaleza misma de esta sanción y se enmarca perfectamente dentro de las previsiones de nuestra Constitución la cual contiene diversas disposiciones relativas a la sanción penal y entre otras cosas en materia de derechos individuales se refiere a la garantía de no poder ser “considerado a sufrir pena que no esté establecida en ley preexistente” ni poder ser considerado en causa penal sin antes haber sido notificado personalmente de los cargos y oído en la misma que indique la ley y a la imposibilidad de



que algún ciudadano pueda ser condenado a pena de muerte o a penas perpetuas o infamantes o restrictivas de la libertad que exceden de treinta años o la pena de extrañamiento salvo como conmutación de otra pena y a solicitud del mismo reo.

### **Características**

Las características de la pena son:

- **Intimidatoria.** Debe preocupar o causar temor al sujeto que comete la conducta ilegal, es decir evitar el delito por el temor a la aplicación de una sanción.
- **Aflictiva.** Debe causar cierta afectación o aflicción al delincuente, para evitar futuros delitos.
- **Ejemplar.** Debe ser un ejemplo a nivel individual y general para prevenir otros delitos, es necesario que sirva de ejemplo, no solamente al condenado sino al resto de la colectividad.
- **Legal.** Debe provenir de una norma legal, que exista previamente en la ley, es necesario que se cumpla el concepto de legalidad.
- **Correctiva.** Toda pena debe tender a corregir al sujeto que comete un delito, debe proporcionar a el delincuente una inserción positiva a la sociedad esto implica que el tiempo de la privación de libertad sea intervenida y se le dote de herramientas para su reinserción.
- **Justa.** La pena no debe ser excesiva en dureza o duración, sino que debe ser relativa a la gravedad de la conducta antisocial y la peligrosidad del individuo que la comete.

## Clasificación de las penas

**Art. 58.-** Clasificación.- Las penas que se imponen en virtud de sentencia firme, con carácter principal o accesorio, son privativas, no privativas de libertad y restrictivas de los derechos de propiedad, de conformidad con este Código.

**Art. 59.-** Penas privativas de libertad. - Las penas privativas de libertad tienen una duración de hasta cuarenta años.

La duración de la pena empieza a computarse desde que se materializa la aprehensión.

En caso de condena, el tiempo efectivamente cumplido bajo medida cautelar de prisión preventiva o de arresto domiciliario, se computará en su totalidad a favor de la persona sentenciada.

**Art. 60.-** Penas no privativas de libertad.- Son penas no privativas de libertad:

1. Tratamiento médico, psicológico, capacitación, programa o curso educativo.
2. Obligación de prestar un servicio comunitario.
3. Comparecencia periódica y personal ante la autoridad, en la frecuencia y en los plazos fijados en sentencia.
4. Suspensión de la autorización o licencia para conducir cualquier tipo de vehículo.
5. Prohibición de ejercer la patria potestad o guardas en general.

7. (Sustituido por el Art. 15 de la Ley s/n, R.O. 107-S, 24-XII-2019; y por el Art. 1 de la Ley s/n R.O. 525-5S, 27-VIII-2021).- Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo, arte, cargo público, oficio, industria o comercio; así como para ejercer la gerencia, dirección, administración o gestión de una sociedad o compañía, entidad sin fines de lucro o cualquier tipo de actividad económica, nacional o extranjera, bien sea de forma directa o indirecta.

8. Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia.

9. Pérdida de puntos en la licencia de conducir en las infracciones de tránsito.

10. Restricción del derecho al porte o tenencia de armas.

11. Prohibición de aproximación o comunicación directa con la víctima, sus familiares u otras personas dispuestas en sentencia, en cualquier lugar donde se encuentren o por cualquier medio verbal, audiovisual, escrito, informático, telemático o soporte físico o virtual.

12. Prohibición de residir, concurrir o transitar en determinados lugares.

13. Expulsión y prohibición de retorno al territorio ecuatoriano para personas extranjeras.

14. Pérdida de los derechos de participación.

**Pena De Muerte:** La pena de muerte se define a la privación de un bien jurídico que el poder público, también consiste en quitarle la vida a una persona de una manera rigurosa, a través de procedimientos y órganos de ejecución establecidos por la disposición jurídica que la ha establecido.

**Penas Corporales:** Las penas corporales son aquellas que incluyen torturas o la pena de muerte y las penas pecuniarias que afectan el patrimonio del penado como multas, cauciones, confiscación de bienes, en el sentido estricto del término de penas que afectan la integridad corporal o la vida del sujeto o su salud.

**Penas Privativas De La Libertad:** Una pena privativa de libertad es la sanción penal que se impone al sujeto que ha cometido un acto delictivo, declarado así por un tribunal a través de un proceso público celebrado con todas las garantías, y que consiste en la privación del derecho a la libertad en un lugar determinado durante el tiempo que se establezca en la sentencia condenatoria, sometido a un específico régimen de vida.

**Pena Restrictiva De La Libertad:** Son aquellas que limitan la voluntad ambulatoria, pero de una forma menos rigurosa e impone la obligación al condenado de mantenerse, o excluirse respecto de un espacio geográfico determinado.

**Penas Interdictos:** La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

**Penas Pecuniarias:** La pena pecuniaria es una de las más leves que se pueden imponer dentro del derecho penal, y es utilizada también en derecho administrativo como forma para sancionar los incumplimientos. Sí el condenado no cumple con el pago de la cantidad impuesta voluntaria o ejecutivamente, se impondrá por el tribunal la responsabilidad personal subsidiaria (penas privativas de libertad) o bien podrá acordarse trabajos en beneficio de la comunidad.

### **Individualización Civil.**

Es una pena alternante a la cárcel en razón de la cual la persona queda privada del libre uso de los bienes de su propiedad en actos entre vivos y de su administración, como también la patria potestad y autoridad marital. Con respecto a la administración, de sus bienes, es sometido a tutela según el código civil para los entredichos por derecho intelectual.

### **Individualización de la Pena.**

La individualización de la pena es la exactitud que en cada caso específico se aplica para determinar la cantidad y calidad de los bienes jurídicos de los cuales se puede privar al autor de un delito para procurar su reintegración a la sociedad es el proceso por el cual la pena determinada por la ley se condiciona al delito incurrido por el determinado autor.

La individualización es ejecutada por el juez su sentencia judicial es en base a las explicaciones del tipo y al comportamiento de la parte general y se va adecuando a la persona del condenado mediante la ejecución de la pena en procura de su fin de prevención especial.

## **Sistema de determinación de la pena.**

La pena fija o rígida es aquella cuyo periodo comprendido por la ley en las que no se tiene apreciación a la persona del autor ni las condiciones particulares de cada caso. Las sanciones flexibles o elásticas son aquellas que la ley estipula un máximo y un mínimo, restringiendo con ello el ámbito penal en el cual el juez debe fijar el quantum adecuado a la gravedad del hecho y al carácter del delincuente.

El código tiene la potestad judicial la adaptación cuantitativa de la pena a la personalidad del delincuente, disponiendo de penas paralelas y alternativas.

En nuestro sistema judicial tenemos como ley optar por un sistema de penas elásticas, es decir limitándose a fijar un mínimo y un máximo no hay penas rígidas. La pena perpetua permite al tribunal aplicar prisión o reclusión perpetua.

## **Individualización Legal**

Cuando el legislador sugiere la pena para el que cometa un delito determinado, individualiza de manera general en consideración a todas las formas posibles de cometer el delito y respecto a cualquier persona. El legislador dispone la pena a cada figura delictiva básica dirigiéndose el precio del bien ofendido y el modo particular de ofenderlo captado por la figura. Posteriormente el legislador disminuye o aumenta la pena dependiendo de las circunstancias atenuantes o agravadas del mismo delito.

## **Individualización Judicial**

Es la que dicta el Juez fijada dentro del marco de la pena individualizada en forma general por el legislador la que, con arreglo a las modalidades objetivas y subjetivas del delito cometido, debe sufrir el condenado. En los casos de penas elásticas o divisibles por motivo de tiempo o cantidad, el código dictamino el criterio para que los tribunales fijen la condena de acuerdo con las condiciones, atenuantes o agravantes particulares en cada caso. Los tribunales deben tener en cuenta la naturaleza del hecho y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del perjuicio y del peligro causado.

## **Individualización Administrativa**

Dentro de la individualización administrativa régimen penitenciario que busca una adecuada reinserción social, deberá utilizar de acuerdo con las necesidades particulares de cada caso, los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten necesario para que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, promoviendo asimismo la comprensión y el apoyo de la sociedad.

## **Comiso**

El significado del término viene asimilado al de decomiso, sin embargo, veremos que esto no es correcto desde el punto de vista jurídico, porque se trata de conceptos distintos entre sí, como explicaré más adelante

El comiso también denominado decomiso o confiscación es la privación de un bien o derecho padecida por parte de su

titular y su vinculación con un hecho antijurídico. Esta privación de la titularidad del bien de su legítimo dueño y pasa a ser titular del Estado, se justifica en nuestro ordenamiento jurídico penal por la comisión de un delito o falta.

El comiso en nuestro sistema jurídico penal, ha desempeñado un papel secundario al de la pena. A partir de las nuevas formas criminalidad que operan a través de estructuras u organizaciones complejas, el Estado ha dotado a esta institución de un marcado carácter supranacional con la finalidad de convertirla en un eficaz mecanismo capaz de atajar de forma integral cualquier actividad criminal, los bienes, con los que se haya preparado el delito y de las ganancias provenientes del mismo.

Para que el decomiso sea eficaz se requiere prestar especial atención y destinar importantes medios, tantos materiales como personales, a la fase de investigación ya que si se desarrolla una eficaz labor investigadora tendente a identificar no solo al delincuente, sino a los medios que utiliza el delincuente para la preparación y ejecución de su actividad criminal, y así mismo para destino y ubicación de las ganancias de la actividad delictiva de esta manera ocultar el podrá procederse a su incautación y comiso cumpliéndose de este modo las finalidades que son propias de todo sistema político criminal la eficacia de tal institución atendida la complejidad y el carácter transfronterizo de las nuevas modalidades de criminalidad y la opacidad del dinero proveniente de la actividad criminal.



## Penas pecuniarias

Penas no privativas de libertad que se imponen al autor de una infracción penal consistente en una multa o sanción pecuniaria por el sistema de días y multa. Si el condenado no cumple con el pago de la cantidad impuesta voluntaria o ejecutivamente, se impondrá por el tribunal la responsabilidad personal subsidiaria.

### La multa

La Pena pecuniaria que se impone por una falta delictiva, administrativa o de policía o por incumplimiento contractual. En esta última hipótesis se habla con más frecuencia de cláusula penal o de pérdida de la señal. Hay, pues, multas penales, administrativas y civiles.

El pago de la multa podrá hacerse en el tiempo que el tribunal determine, bien inmediatamente o dentro de los quince días de impuesta la condena. Cuando el multado carezca de recursos, el tribunal podrá autorizarle para que satisfaga la suma impuesta en plazos, cuyo importe y fecha serán fijados teniendo en cuenta la situación del reo. Si el condenado, una vez hecha excusión de sus bienes, no satisficiera la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria que el tribunal establecerá según su prudente arbitrio, sin que en ningún caso pueda exceder de seis meses cuando

se hubiese procedido de delito, ni de quince días cuando hubiese sido por falta. El cumplimiento de dicha responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de multa, aunque el reo mejore de fortuna. Esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá al condenado a pena privativa de libertad por más de seis años. La pena de caución obligará al reo a presentar un fiador abonado que se haga responsable de que no se ejecutará el mal que se trata de precaver, obligándose a entregar, si se causare, la cantidad fijada en la sentencia.

## 1. Clases de multa

**Art. 70.-** Aplicación de multas.- En las infracciones previstas en este Código se aplicará además la pena de multa conforme con las siguientes disposiciones:

1. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de uno a treinta días, se aplicará la multa de veinticinco por ciento de un salario básico unificado del trabajador en general.
2. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de uno a dos meses se aplicará la multa de uno a dos salarios básicos unificados del trabajador en general.
3. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de dos a seis meses se aplicará la multa de dos a tres salarios básicos unificados del trabajador en general.
4. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de seis meses a un año se aplicará la multa de tres a cuatro salarios básicos unificados del trabajador en general.

5. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de seis meses a dos años se aplicará la multa de tres a ocho salarios básicos unificados del trabajador en general.
6. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de uno a tres años se aplicará la multa de cuatro a diez salarios básicos unificados del trabajador en general.
7. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de tres a cinco años se aplicará la multa de diez a doce salarios básicos unificados del trabajador en general.
8. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de cinco a siete años se aplicará la multa de doce a veinte salarios básicos unificados del trabajador en general.
9. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de siete a diez años se aplicará la multa de veinte a cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general.
10. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de diez a trece años se aplicará la multa de cuarenta a sesenta salarios básicos unificados del trabajador en general.
11. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años se aplicará la multa de cien a trescientos salarios básicos unificados del trabajador en general.

12. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de dieciséis a diecinueve años se aplicará la multa de trescientos a seiscientos salarios básicos unificados del trabajador en general.

13. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años se aplicará la multa de seiscientos a ochocientos salarios básicos unificados del trabajador en general.

14. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años se aplicará la multa de ochocientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.

15. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de veintiséis a treinta años se aplicará la multa de mil a mil quinientos salarios básicos unificados del trabajador en general.

## **Naturaleza y fundamento**

El incumplimiento de la pena de multa conduce a la responsabilidad personal subsidiaria del penado se clasifica como pena privativa de libertad.

Se puede cumplir a través de la pena de prisión, de la localización permanente y mediante trabajos en beneficio de la comunidad -potestativo del juez y con consentimiento del penado.

El fundamento es evitar la quiebra del principio de inderogabilidad de las penas, debido a la insolvencia del penado.

Objeciones:

- La vulneración del principio de igualdad: el pobre cumple una pena más grave.
- La quiebra del principio de proporcionalidad.
- Es un contrasentido pues la pena de multa pretendía evitar la pena privativa de libertad.

## Aplicación y modificación de las penas

Cuando el Art. 1 del Código Penal anterior define a la ley penal:

Incluye en el concepto dos elementos fundamentales: el precepto o sea la conducta típica prohibida; y la pena o sea la sanción jurídica que establece la ley para quien incurre en esa conducta. Esta simple comprobación nos demuestra la importancia trascendental que tiene la pena dentro del conjunto del sistema. Delito y pena son los dos componentes inseparables de esta realidad jurídica y sobre los cuales se ha construido la ciencia del Derecho Penal. (Codigo Penal (CP), 1973)

Para que se trate de una pena, esta debe estar:

- 1) Establecida por la ley;
- 2) Debe corresponder a un delito tipificado así mismo por la ley;

- 3) Debe haberse impuesto en una sentencia condenatoria; y,
- 4) La sentencia debe haberse pronunciado luego de un juicio legal.

Si se reúnen estos cuatro caracteres, habrá sanción penal; en cualquier otro caso no lo habrá. Ya tomando en cuenta estos aspectos, podemos entonces afirmar que no hay sanción penal en los siguientes casos, que podrían ser susceptibles de confusión:

- a) Sanciones disciplinarias y correctivas.-Son las que los entes públicos y aun los privados aplican a sus miembros, por faltas de carácter administrativo o disciplinario.
- b) Apremios personales:- Son mecanismos coactivos o de hecho a los que el juez puede acudir para exigir a una persona el cumplimiento de ciertas obligaciones.
- c) Medidas cautelares o preventivas.- Son especialmente la prisión preventiva y la detención que el Juez de lo Penal puede dictar para asegurar los resultados y finalidades del proceso, pero que todavía no son una sanción.
- d) Medidas de seguridad:- Son los sistemas legales prevén frente a personas que sufren ciertos estados de peligrosidad pre o post-delictual, y cuya finalidad es evitar que se cometan en el futuro actos delictivos o dañosos para la sociedad.

## Clasificación de las Penas

Las penas pueden clasificarse de muchas maneras, pero vamos a limitarnos a tres clasificaciones:

a) Clasificación Legal. - Esta clasificación la formula el Art. 51 del Código Penal, que en forma muy discutible clasifica las penas, según el tipo de infracción al que son aplicables:

- Penas peculiares del delito;
- Penas peculiares de la contravención;
- Penas comunes a ambos tipos de infracción.

b) Clasificación por la autonomía. -

- Penas principales: Cuando se aplican en forma autónoma, sin depender de otra, Las penas privativas de la libertad son de esta clase.
- Penas accesorias: Cuando se aplican en función y dependencia de una pena principal.

c) Clasificación por el bien jurídico afectado.- Siendo la pena en su naturaleza, una sanción que consiste en afectar al condenado en un bien jurídico personal, esta clasificación es la que tiene una mayor sustentación científica. A lo largo de los siglos, las distintas legislaciones han estructurado el sistema de penas afectado a bienes jurídicos de la más diversa naturaleza.

- Pena de muerte o capital: afecta a la vida del condenado;

- Penas corporales: Afectan a la integridad física del condenado;
- Penas infamantes: Afectan al honor de la persona;
- Penas privativas de la libertad: Afectan a la libertad individual en diversos grados y de diversas maneras;
- Penas interdictos: Afectan a la capacidad jurídica del condenado;
- Penas pecuniarias: Afectan a su patrimonio;
- Otras penas.

### **Penas Privativas de la Libertad en la Legislación Ecuatoriana**

El Código Penal, las penas privativas de la libertad son prisión y reclusión, a las que se agregaría una pena de carácter restrictivo que es la sujeción a la vigilancia de la autoridad.

La prisión correccional va de 1 a 30 días, como pena peculiar de la contravención; y de a 5 años como pena del delito.

La reclusión se divide en menor y mayor; la primera se divide en ordinaria y extraordinaria; y la segunda en ordinaria, extraordinaria y especial.

De conformidad se establece cuando haya dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, no constitutiva o modificatoria de la infracción, las penas de reclusión serán reducidas o modificadas de la siguiente manera:

- La reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años se sustituirá con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años.



- La reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años se sustituirá con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años.
- La reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años se sustituirá con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años.
- La reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años se sustituirá con reclusión menor ordinaria de tres a seis años.

## **Circunstancias notificadora de la pena**

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal reguladas en las Situaciones o elementos, adicionales a los requeridos para afirmar la concurrencia de delito, cuya concurrencia tiene relevancia a la hora de establecer la pena a imponer al responsable del mismo.

Fundamento de las diferentes circunstancias modificativas de la responsabilidad penal:

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad pueden tener diverso fundamento: la presencia de un mayor o menor desvalor de injusto (que a su vez puede proceder de un mayor desvalor de acción o menor desvalor de acción o de resultado), un mayor o menor reproche culpabilísimo o de otras razones político-criminales más o menos relacionadas con la comisión del delito.

La concurrencia o no de las circunstancias modificativas genéricas se analiza en la última fase de la determinación judicial de la pena. Para los delitos dolosos, dichas reglas son las siguientes:

- 1<sup>a</sup>) Cuando concorra una sola circunstancia atenuante, la pena habrá de imponerse en la mitad inferior de la prevista en el tipo aplicable.
- 2<sup>a</sup>) Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no haya agravantes, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.
- 3<sup>a</sup>) Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, se impondrá la pena en la mitad superior.
- 4<sup>a</sup>) Cuando concurren más de dos agravantes, y ninguna atenuante, podrá imponerse la pena superior en grado en su mitad inferior.
- 5<sup>a</sup>) Cuando concorra la agravante de reincidencia (condena por al menos tres delitos de los previstos en el mismo título de la misma naturaleza).
- 6<sup>a</sup>) Cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes se podrá recorrer todo el marco penal previsto en el tipo, atendiendo a las circunstancias personales del condenado y la gravedad del hecho.
- 7<sup>a</sup>) Cuando concurren atenuantes y agravantes, se valorarán y compensarán racionalmente; si subsiste un fundamento cualificado de atenuación se impondrá la pena inferior en grado; si subsiste un fundamento cualificado de agravación se aplicará la pena en su mitad superior.

8ª) Cuando los jueces y tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

Para los delitos imprudentes, el órgano jurisdiccional no queda sujeto a estas reglas, sino que podrá aplicar las penas a su prudente arbitrio.

De acuerdo cuando concurra una eximente incompleta (no se dan todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad criminal), habrá de imponerse la pena inferior en uno o dos grados en la extensión adecuada al número y entidad de los requisitos que falten o concurren, a las circunstancias personales del autor y al resto de las circunstancias atenuantes o agravantes, sin perjuicio de la aplicación del artículo 44 del Coip si hay más atenuantes o agravantes.

### **Principios de obligada observancia para con la aplicación de las circunstancias modificativas según el Código Penal**

Con carácter general, el Código Penal establece dos principios de obligada observancia en la aplicación de las circunstancias modificativas:

#### **Inherencia (artículo 67 del Código Penal)**

Las reglas del artículo 68 del Código Penal no se aplican a las circunstancias Las agravantes o atenuantes que ya hayan sido tenidas en cuenta en la descripción típica (*non bis in idem*), ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse (por ejemplo no puede aplicarse la agravante del artículo 22.7 del Código Penal al autor de prevaricación judicial).

## **Comunicabilidad (artículo 65 del Código Penal)**

Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, agravarán o atenuarán la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito (por ejemplo, la agravante de ensañamiento no se aplica al partícipe que no sabían que el autor iba a matar a la víctima aumentando de forma deliberada su sufrimiento, pues dicha circunstancia no habrá sido abarcada por el dolo de ese partícipe).

## **Derecho Penal cuando no se cumple la ley:**

En la vida social ocurren hechos que afectan de una manera directa e íntima a la colectividad y que lesionan gravemente intereses colectivos e individuales, ya que, en su mayoría, poseen un marcado tono de inmoralidad: el asesinato, el robo, el aborto, la falsificación de documentos, etc. Para salvar los intereses de la comunidad, el Estado define los delitos, determina las penas y las medidas de seguridad, haciendo que se respete la Ley y sea castigado quien no la cumpla. Esta rama del Derecho se denomina Derecho penal.

## **Agravantes**

El delito presenta a veces tales caracteres que revela una mayor culpabilidad y perversidad del delincuente y su gravedad excede de aquel término medio que la ley considera como tipo. Estas circunstancias se llaman agravantes. La primera de ellas es la premeditación, porque el acto premeditado, preconcebido y calculado contiene una mayor cantidad de voluntad

criminal y una mayor dosis de libertad. El que premedita, por la frialdad y calma con que prepara el delito revela gran peligrosidad. El motivo, cuando es bajo y antisocial, es circunstancia agravante. Así, el que mata para conseguir dinero y poder continuar llevando vida crapulosa, muestra mayor peligrosidad que el homicida que mató para defender la honra de su hija. Los medios, modos y formas empleados para lograr mayor impunidad y disminuir la posibilidad de defensa de la víctima son también circunstancias que agravan el delito. Todas ellas quedan comprendidas bajo el epígrafe de alevosía.

### **Atenuantes**

Las leyes penales señalan algunas causas que disminuyen la responsabilidad criminal, pero no la anulan totalmente: la embriaguez no habitual, la de ser el culpable menor de dieciocho años, la de no haber tenido la delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo, la de obrar por estímulos o motivos morales altruistas o patrióticos de notoria importancia, etc. Son también circunstancias atenuantes, la reparación en lo posible -a impulsos de arrepentimiento espontáneo- de los efectos o consecuencias del delito, dar satisfacción al ofendido o bien confesar a las autoridades la infracción.

### **La reincidencia penal**

El Art. 11 No. 2 de la Constitución de la República vigente, en su parte pertinente dispone:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Y que nadie podrá ser discriminado por razones de pasado judicial. La ley sancionará toda forma de discriminación.

b) El Art. 66 No. 5, que dispone “El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás”.

c) El Art. 76 No. 2 que señala “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada;

d) Art. 76 No. 7 letra i) que dice “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto”.

e) El Art. 82, que señala “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”

f) El Art. 195 en su parte pertinente manifiesta “Durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal”.

g) Los Arts. 424 y 425 que establecen la jerarquía de la Constitución y del orden jerárquico de leyes;

h) El Art. 426 sobre la aplicabilidad y cumplimiento inmediato de la Constitución;

i) El Art. 427 sobre la interpretación de las normas constitucionales.

## **Reglas de aplicación**

Todas las aplicaciones instaladas en el equipo hacen referencia a uno de los siguientes grupos:

- De confianza. Las aplicaciones con una firma digital de vendedores seguros o aplicaciones las cuales han sido registradas en las bases de aplicaciones de confianza. Estas aplicaciones no tienen restricciones a la hora de realizar acciones en el sistema. Las actividades de estas aplicaciones están monitorizadas por Antivirus de Archivos.
- Restricción mínima. Las aplicaciones que no tienen firma digital de un vendedor de confianza o las cuales no están registradas en las bases de aplicaciones de confianza. Sin embargo, estas aplicaciones han recibido un valor bajo en la ratio de amenazas. Se les permite realizar algunas operaciones, tales como acceder a otros procesos, control del sistema, accesos ocultos a la red. El permiso del usuario es necesario para la mayoría de las operaciones.
- Restricción máxima. Las aplicaciones sin firma digital y las cuales no están en las bases de aplicaciones de confianza. Estas aplicaciones tienen un valor alto en la ratio de amenazas. Las aplicaciones de este grupo requieren de los permisos del usuario para la mayoría de las acciones que afectan al sistema: algunas acciones no están permitidas para dichas aplicaciones.

- No fiable. Las aplicaciones sin una firma digital y las cuales no están en las bases de aplicaciones de confianza. Estas aplicaciones han recibido un valor alto en la ratio de amenazas. El Control de Aplicaciones bloquea cualquier acción realizada por dichas aplicaciones.

Puede modificar una regla de aplicación, moviendo dicha aplicación a un grupo diferente o configurando de manera individual las restricciones para la aplicación.

### **Delito conexo:**

Las acciones están vinculadas de tal manera que unos resultados dependen de unas acciones y otros resultados de otras acciones. Por ejemplo, los delincuentes se ponen de acuerdo antes, luego cometen delitos en diferentes tiempos y lugares. Otros ejemplos tenemos la rotura de un mueble para robar algo encerrado en él; la sustracción de llavero y así poder abrir una caja de caudales en ocasión ulterior; el incendio de una habitación para borrar los rastros de un crimen.

Penalmente, por delito conexo se comprende, dentro de la pluralidad delictiva imputable a un mismo agente, cada una de las infracciones que entre sí guardan relación por constituir medio para la perpetración de otra, o para facilitar la ejecución o la impunidad. Configura el concurso ideal de delitos. Citaremos como ejemplos de los diversos casos: la rotura de un mueble, para robar algo encerrado en él; el robo de un llavero, para poder abrir una caja de caudales en ocasión ulterior; el incendio de una habitación, para borrar los rastros de un crimen o de una sustracción.



## **Restricción de la acción penal, noción de la acción penal y el cumplimiento de la cadena, admitía, indulto, perdón del ofendido y prescripción de la acción**

**La prescripción de la acción penal** fundamento de la prescripción de la acción penal normas legales sobre la prescripción de la acción en materia penal

La prescripción, es la cesación de potestad punitiva del Estado al transcurrir un período de un tiempo fijado por la ley, así transcurrido ese lapso se extingue el derecho del Estado a imponer la sanción. Los tratadistas en materia penal, señalan que esta especie de prescripción extingue la potestad punitiva del Estado, antes de que haya llegado a concretarse en una sentencia condenatoria.

Los fundamentos que se mencionan en la doctrina para la existencia de la prescripción de la acción penal, son los siguientes:

1. El transcurso del tiempo, pues la prescripción como queda dicho, no es sino el reconocimiento del transcurso del tiempo.
2. El olvido de la infracción, se dice que es el olvido de la infracción por el transcurso del tiempo, donde es necesario encontrar el verdadero fundamento de la prescripción penal. El “olvido” señala Garraud, suprime la necesidad y por consecuencia la legitimidad de la represión, en igual forma se pronuncian otros autores como Pessina, Maggiore, Cuello Calón y Maurach;

3. La pérdida de interés en la represión, con el tiempo se pierde el interés estatal en la represión del delito, en igual forma se pronuncian otros autores en esta materia.

4. Varios tratadistas consideran “en la necesidad de considerar consolidados los derechos y saneadas las situaciones anormales cuando ha transcurrido un tiempo suficientemente largo”, así lo dice el tratadista Novoa.

5. El desaparecimiento de pruebas, se dice que el transcurso del tiempo produce sus efectos sobre la conservación de los eventuales testimonios del delito;

6. La teoría de la enmienda, considera que, transcurrido el tiempo para la prescripción, ya no es necesario el castigo, pues se estima que el delincuente se ha redimido, teoría que no convence por la manera generalizada de ser planteada.

En conclusión, podemos señalar que la Prescripción Penal se halla contemplada en el Código Penal, porque como queda manifestado esta prescripción presenta una renuncia del Estado a la pretensión punitiva o a la efectiva potestad de castigar; y, es opinión de la doctrina que la prescripción no crea derechos a favor del delincuente como lo tiene la prescripción en materia civil, según lo señalo en líneas posteriores, y esto a favor del poseedor que tiene determinadas características.

Noción de la acción penal. Es aquella acción ejercitada por el Ministerio Público o por los particulares (según la naturaleza del delito), para establecer, mediante el pronunciamiento del órgano jurisdiccional, la responsabilidad en un evento considerado como delito o falta.

## **La acción tiene por fin la aplicación del derecho material por parte del juez.**

El objeto es la aplicación de una pretensión punitiva, para interponer la acción penal, no es necesario que exista un hecho, delito o no. El proceso se establece justamente para comprobar si el hecho existió o no, y si existió corresponderá establecer si es o no delito. En atención a lo expuesto, muchos juristas utilizan el término “acción penal”, al simplificar un conjunto de palabras que significan “acción procesal tendiente o encaminada a resolver un conflicto penal”.

El cumplimiento de la condena. En Derecho penal español de adultos los sustitutivos de ejecución de las penas privativas de libertad se concentran sobre todo en la suspensión (para penas privativas de libertad de corta duración, cuyo cumplimiento se deja en suspenso bajo determinadas condiciones: arts. 80-87) y sustitución (del cumplimiento de penas privativas de libertad también de corta duración, en cuyo lugar entran otras menos aflictivas: arts. 88-89), a los que cabe añadir la libertad condicional (arts. 90-93), que estudiaremos en la lección 13.II.2.

Indulto procede del latín *indultus* y refiere a la gracia que permite eximir un castigo o modificar una sanción. El término también se utiliza para nombrar al perdón que puede otorgar un presidente, mandatario anular, reducir o cambiar castigos.

El indulto, por lo tanto, puede considerarse como una vía para extinguir una responsabilidad del ámbito penal. Se diferencia de la amnistía ya que ésta supone que la falta se perdona, mientras que el indulto implica el perdón del cumplimiento del castigo, aunque la persona aún sigue siendo considerada como culpable.

Si el indulto supone la eliminación de todas las sanciones aplicadas sobre el condenado, se habla de indulto total, mientras que, si la remisión sólo afecta a algunos de los castigos, estamos ante un indulto parcial.

## Perdón del ofendido

Las condenas derivadas de acciones penales que tienen el carácter de privadas.

### Concepto de delito putativo

La palabra putativo proviene del latín:

Putativus que quiere decir reputar; juzgar la calidad de algo o alguien. El delito putativo es aquel en el que el autor actúa creyendo que su acción es delictiva, pero, carece de tipo o hay en error en el objeto. En otras palabras, se desarrollan todos los pasos para realizar una acción a la cual le faltará algún elemento para ser típica o aun siéndolo, no podrá realizarse porque el objeto o la trama del mismo es engañosa pues está controlada por alguien más que impedirá cualquier efecto trágico y además aprovechará la realización para capturar al sujeto activo. (Castillo M. A., 2008)

Efectivamente, el delito putativo puede ser tomado como un delito imaginario o engañoso. Imaginario porque el autor puede llegar a creer que comete un ilícito penal, castigado como sería lo lógico por la ley, cuando en realidad no es así. Y engañoso, porque puede generarse por autoridad debidamente

establecida, una situación fraudulenta, en donde todo es un teatro, y el autor cree que comete el delito, pero entre cajas espera quien ha preparado todo para hacer caer a un supuesto delincuente.

“Un caso típico es el de una persona que comete un aborto en un país en donde es legal, pero creyendo que no lo es. Si bien la persona puede creerse culpable, en realidad no es así, y por lo tanto el acto no acarrea responsabilidad penal”

### **Especies del delito putativo**

Las especies del delito putativo tres:

- El delito imposible;
- El error al revés y
- El delito provocado.

### **El delito imposible**

Este se presenta cuando los medios para llevar a cabo un delito no son adecuados, por ejemplo, un sujeto le dispara a una persona muerta con la creencia de que está viva.

“El llamado error al revés da origen al delito putativo o imaginario, que en general la doctrina rechaza como merecedor de pena (por ejemplo, a una persona muerta se la tiene por viva y se dispara a matarla), pues no se puede cumplir el tipo legal mismo, ya que el homicidio exige “otra persona”, naturalmente viva. También hay error al revés, e igualmente no puede haber delito, si el sujeto cree que una actividad lícita, que no es un injusto tipificado, está prohibida (en el primer

caso habría un error al revés sobre un elemento esencial de la infracción, en este segundo un error al revés sobre la licitud del obrar).

Lo mismo sucede en los casos de tentativa supersticiosa, el sujeto cree que traspasando una foto de su enemigo con un alfiler lo va a matar, hay un error también sobre un elemento de tipo, esto es, sobre el concepto de matar. Por último, como ya se señaló la doctrina española está de acuerdo en que no pueden castigarse los casos de idoneidad del sujeto, que es lo que sucede en los delitos especiales, si no se tiene el deber jurídico que exige el tipo legal (funcionario público p ej) éste no se puede lesionar y, por tanto, no se puede realizar ese tipo legal.

## **El error al revés**

Este se da cuando se tiene la idea equivocada de que una conducta es delictiva cuando la ley en realidad no la contempla como tal. Por ejemplo, el sujeto que yace con la mujer propia y cree yacer con la mujer del amigo o vecino.

Sirvan algunos ejemplos para esclarecerlo: el español que va a un país extranjero y cree que allí es delito la tenencia de armas, por serlo en España; los muchachos que creen que el estupro consiste en yacer con una mujer virgen menor de edad, aunque mayor de 16 años, y, en consecuencia, cada vez que yacen con una joven de tales condiciones entienden haber delinquido, aunque no le prometieran matrimonio. En estos casos se trata de auténticos delitos putativos, en los cuales el sujeto es más exigente que el ordenamiento jurídico y considera que su conducta es reprobable.

## El delito provocado

A diferencia de las dos especies de delito putativo, anteriormente mencionadas, se encuentra el llamado: delito provocado. Esta es la especie del delito putativo, por la cual la autoridad provoca a una persona para cometer un delito. No se trata de un delito imposible; o de un error al revés, porque existen medios idóneos para perpetrar el ilícito y porque, además, sí existe un tipo penal en donde tipificarlo, por ejemplo, el delito de cohecho en que provocan a un juez para que reciba dinero, a cambio de favorecer a alguien con un fallo (pero todo está preparado anteriormente por autoridad).

La Corte de Cassazione en sentencia de 3 de diciembre de 1927, ha tratado un caso que plantea problemas de marcado interés. Es el del supuesto o sedicente delito putativo, en que toda la trama del episodio criminal es engañosa, carece de realidad y, por ende, no es subsumible en un tipo legal. Son los delitos procurados por la intervención de un agente provocador, sobre todo cuando es autoridad. Por ejemplo, cuando se quiere descubrir un cohecho y el agente provocado por la policía escribe al juez, que se supone venal, ofreciéndole dinero y citándole a cierta hora y en cierto sitio, donde se descubre todo por medio de los consabidos billetes marcados. La Casación italiana ha negado que haya delito, afirmado que lo que existe es infracción putativa, porque todo el supuesto delito es un armazón para sorprender al supuesto delincuente. En realidad, no se trata de un delito imposible, porque son idóneos el medio y el objeto.

## **El delito putativo como error de prohibición**

Por error en sentido general entendemos, “la ignorancia o falsa apreciación de una situación”. La diferencia notoria, (entre error e ignorancia) estriba en que ésta última es la ausencia de todo conocimiento, mientras que, en el error, aunque es falsa, si existe alguno. Pese a esa clara explicación existen autores que relacionan el contenido de uno con el otro, del error con la ignorancia. Así tenemos, a Manzini y Florián que afirman que la ignorancia comprende al error. Alimena por su parte realiza una exposición completa, destruyendo las diferencias que puedan existir o alegarse entre ambas. Genéricamente debe entenderse por error “un juico falso”; una concepción no acorde con la realidad.

Si el autor de un ilícito es inducido a obrar por error, entonces la responsabilidad penal se desvanece. No ha obrado queriendo causar un mal o cometer un ilícito. Lo que nos demuestra de entrada, la relevancia que en el presente tema tiene el dolo, y que lo ubica definitivamente en la teoría del delito, puesto que lo opera en la misma culpabilidad.

La doctrina penal moderna, establece una clase de error, el error de tipo. El error de tipo es el inadecuado conocimiento de la realidad en cuanto ámbito situacional susceptible de conformarse al momento predominantemente objetivo del tipo legal.

## **El delito putativo como tentativa imposible**

En derecho penal se conoce como *itercriminis* a la vida del delito desde que nace en la mente de su autor hasta la consu-



mación, está constituido por una serie de etapas desde que se concibe la idea de cometer el delito hasta que el criminal logra conseguir lo que se ha propuesto, dicha etapa puede tener o no repercusiones jurídico penales y se dividen en fase interna y fase externa del itercriminis.

### **El delito putativo como error de derecho**

Si el error se relaciona con una circunstancia perteneciente al tipo del injusto, será esencial; en caso contrario no. La anterior afirmación determina que el error debe recaer en alguno de los elementos básicos del tipo, es decir no debe tener que ver con los elementos que modifican, alteran o convierten al tipo por ser circunstancias agravantes o atenuantes del mismo. Por ejemplo, en el homicidio solo podría conducir a un error de tipo esencial, dado el caso. Sin embargo, en el caso de ser un homicidio por error, es decir, un sujeto encuentra a su cónyuge con otra persona, y equivocadamente concibe la idea de que la primera le es infiel, y por lo mismo les da muerte a ambos. Posteriormente se confirma que no había ninguna relación entre ambos, por lo que su conducta tiene base en un error, pero dicho error no recae sobre el tipo básico de homicidio, sino sobre una circunstancia que modifica a dicho delito.

## La tentativa

En el nuevo Código Integral Penal se ha eliminado toda diferencia entre tentativa y frustración. La distinción obligó al legislador a refundir en una sola definición una doble mención a la práctica de «todos o parte» de los actos ejecutivos. Sin embargo, mantiene la exigencia de que el sujeto dé principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, por lo que se descartan tanto los actos preparatorios como la fase interna de ideación.

### Clasificación de la tentativa:

No obstante, las pretensiones del legislador encaminadas a regular en una sola fórmula los problemas atinentes a la tentativa, buscando con ellos evitar las frecuentes distinciones doctrinarias en este ámbito, es necesario hacer consideración de las diversas especies de tentativa, no sólo porque la ley las supone, sino porque ellas se presentan en la realidad y por tanto debe precisarse su alcance teórico. Son muchas las clasificaciones que la doctrina presenta sobre este tema, según el fundamento real del resultado imperfecto y así, se habla de tentativa por falta involuntaria de consumación, tentativa por idoneidad de los medios utilizados, tentativa por arrepentimiento eficaz del agente (desistimiento) y tentativa por inexistencia de sujeto pasivo. La tentativa puede ser simple, frustrada, desistida e inidónea.

**1. TENTATIVA SIMPLE.** La tentativa simple se presenta cuando la ejecución de la acción típica se interrumpe en sus comienzos por la irrupción de un factor extraño al querer

del agente que le impide la consumación de la conducta. Algunos autores la denominan remota, inacabada, incompleta, inconclusa o interrumpida, ya que la suspensión de los actos encaminados a realizar el tipo penal respectivo se presenta en el umbral, cuando el autor apenas empieza a poner en marcha el proceso criminoso en la vida real.

Los ejemplos traídos por la doctrina como tentativa simple son: el hurtador sorprendido al momento de introducir la mano en el bolsillo de un transeúnte, el tirador que empieza a disparar sobre la víctima, el médico que, con todo el instrumental dispuesto, inicia las primeras exploraciones para practicar el aborto a la embarazada.

**2. TENTATIVA FRUSTRADA.** Se presenta la tentativa frustrada, acabada, completa, próxima, conclusa o concluida cuando el agente, a pesar de haber realizado todo lo que estaba a su alcance, no logra la producción del resultado por circunstancias ajenas a su voluntad, dichos en otras palabras, cuando se ejecutan todos aquellos actos considerados indispensables para llevar a cabo el hecho, pero en el caso concreto si bien lo eran efectivamente conforme al fin propuesto, factores extraños a la voluntad del autor impiden la producción del resultado.

Mientras que en la tentativa simple el agente apenas se encuentra en el umbral de la ejecución, en la frustrada realiza todo lo que está a su alcance para la consecución del resultado, ejemplo de esta última tentativa se da con el ladrón que huye con la cosa y el policía lo detiene, quien hace seis disparos a su víctima, pero los médicos le salvan la vida, la mujer que toma la píldora abortiva, pero se le practica un lavado intestinal.

**3. TENTATIVA DESISTIVA.** La tentativa desistida existe cuando el agente, a pesar de haber comenzado la ejecución del hecho o haberlo completado mediante actos inidóneos encaminados a su consumación, de manera voluntaria decide poner fin a la empresa criminal evitando que el resultado buscado se produzca. Aclaremos, desistimiento no es arrepentimiento, este último se da cuando el hecho ya está consumado y sirve como atenuante o eximente punitiva. En la tentativa simple y frustrada lo decisivo para la no consumación son los factores extraños a la voluntad del agente, en la tentativa desistida lo determinante es la propia voluntad del agente. Su efecto es la impunidad del agente por la conducta realizada hasta ese momento, aunque ello no impide el castigo por el denominado “delito remanente”. Es un premio otorgado al agente por su proceder, un reconocimiento a la menor intensidad de la voluntad criminal.

## **Punibilidad de la tentativa**

El concepto de una tentativa especialmente punible es sólo el producto de una larga evolución histórica.

“La punibilidad de la tentativa es signo de un Derecho que se encuentra ya en un cierto grado de desarrollo progresivo. En las antiguas épocas de la responsabilidad por el resultado, este pensamiento se desconoce, puesto que la tentativa no representa ningún daño material” (Beach, 2004)

Con estas palabras caracteriza la significación e importancia del reconocimiento de la tentativa como una especial forma de aparición del delito en la evolución histórica del derecho de castigar.

**Los elementos que integra la tentativa serían los siguientes:**

a) Resolución delictiva: Debe ser abarcada por el dolo del agente y ello es la causa de que no haya tentativa en los delitos puramente imprudentes.

b) Ejecución idónea: Debe de haber principiado el hecho de tal modo que su acción se dirija de modo primario e inmediato a la realización del hecho. Tal principio de ejecución requiere hechos exteriores dirigidos directamente a la producción del resultado, lo que diferencia esta figura de sus antecedentes en el itercriminos. La ejecución puede ser total o parcial, y se entenderá producida cuando realmente se han llevado a cabo todos los actos necesarios para la producción del resultado.

c) Falta de producción del resultado delictivo: El Código, al exigir para que exista tentativa la práctica de todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, está suponiendo la posibilidad objetiva de producción del delito, con lo que quedan excluidos los supuestos de delito imposible. La nueva definición de la tentativa al exigir la posibilidad de producción objetiva del resultado, entraña la idoneidad también objetiva de los medios empleados. Por consiguiente, sólo podrán reconducirse a la tentativa aquellos casos de tentativa relativamente inidónea en los que el medio empleado era, en principio, idóneo, si bien resultó insuficiente.

La jurisprudencia, en materia de desistimiento, ha establecido en la sentencia de 7 de diciembre de 1987: No hay duda de que si el autor desiste porque el impedimento para proseguir

la ejecución del delito es a su entender absoluto, habrá de valorarse negativamente, pero si los impedimentos son relativos, singularmente en el caso de que en el curso ejecutivo la consumación parezca al agente como más arriesgada, la doctrina y la praxis no andan del todo acordes y es preciso matizar. Así hay que hacerlo en los casos de miedo a ser descubiertos en el transcurso de la ejecución.

### **Actos internos y actos externos propios de la tentativa:**

Examinando lo dicho, hay delito cuando la conducta es típica, antijurídica y libre, primero analizaremos los actos internos.

En el mecanismo de los actos internos voluntarios se presentan tres fases psicológicas sucesivas:

1. Concepción o ideación, que es el momento en que surge en el espíritu y mente del sujeto la idea o propósito de delinquir, puede ser aceptada o rechazada, si sucede este último, ahí termina todo. Si es aceptada se pasa a la otra fase.
2. La deliberación, el sujeto piensa en el pro y contra, estudia y juzga las razones y motivos para realizar o no el delito. De esta actividad, mental puede rechazarse nuevamente la idea y se queda en nada o puede aceptarse.
3. Si se acepta la idea del delito después de la deliberación ingresamos a la última fase interna: la resolución o determinación, es cuando se ha decidido por uno de los motivos y resuelve en su fuero interno ejecutad la infracción penal.

Los actos internos no entran en el campo del derecho penal, caen en la moral, pues el pensamiento no delinque porque no opera ninguna modificación del mundo externo.

Tradicionalmente, desde la antigüedad, el Derecho ha considerado como impunes las ideas, pues no podemos encadenar el pensamiento. - Cuando Simón Bolívar envió el proyecto de su Constitución, no puso que la religión católica era obligatoria, y cuando se le reclamó de esta omisión respondió que no hay ley sobre las conciencias.

Cuando se sostiene la punibilidad de las ideas, de lo que se trata es eliminar la libertad de conciencia, violando uno de los derechos humanos fundamentales. Precisamente las dictaduras anteriores a la Segunda Guerra Mundial y las posteriores, en cualquier parte del mundo, lo primero que han hecho es eliminar la libertad de conciencia.

## El desistimiento voluntario

En el estudio de la Teoría del Delito, uno de los temas más interesantes sin duda alguna, lo constituye el llamado *Iter Criminalis*. Siendo este uno de los puntos álgidos en la disertación de dicha Teoría. Ahora bien, en ese camino del Delito, en el lugar intermedio entre su inicio y su consumación, hallamos un paraje de reversa, que le permite al sujeto que ha emprendido una acción con intención criminal, retrotraer su plan y volcarse de nuevo a la legalidad. Es así, como emerge una institución a la cual se le ha negado la atención debida, el Desistimiento Voluntario.

El desistimiento voluntario: Una vez iniciada la ejecución, el autor desiste de continuar con el resto de los actos que fal-

tarían para la consumación del delito; se correspondería con la tentativa inacabada. El desistimiento debe ser voluntario, por lo que no es posible entender el desistimiento si han influido razones psicológicas importantes en la decisión o cuando sobrevengan circunstancias que dificulten o imposibiliten la ejecución. Por ejemplo, no se puede apreciar desistimiento voluntario si el autor desiste de la ejecución (aunque materialmente puede continuarla) si escucha que se aproxima la policía.

## Elementos del desistimiento

**La transacción:** aquí hay un arreglo entre ofendido y querrelado, Art. 647 No. 4 del Código Orgánico Integral Penal.

**El abandono:** Aquí la acción penal privada puede abandonarse, como lo establece el Art. 651 del Código Orgánico Integral Penal.

**El perdón del ofendido:** Aquí el perdón extingue la acción penal, Art. 647 No. 4 del Código Orgánico Integral Penal.

**La renuncia de la acción:** Una agraviada estima que es bastante a su interés el resarcimiento del daño y ejerce la acción civil que emana de un delito de acción penal privada, equivale a renuncia tácita de la acción penal, se dice en otras legislaciones.

Por muerte del inculpado se extingue la acción penal, la del condenado a la pena y esto es obvio porque siendo la responsabilidad penal personalísima e intransmisible acaecido el deceso del inculpado, el poder punitivo del Estado para investigar y juzgar un delito o ejecutar la pena automáticamente se extingue.



## **Arrepentimiento eficaz**

A diferencia del desistimiento voluntario, en este caso ya se han ejecutado todos los actos, pero el autor impide que se desencadene el resultado con acciones posteriores; se correlaciona con la tentativa acabada. Para apreciar el arrepentimiento eficaz, la conducta llevada a cabo debe ser de entidad suficiente como para producir el resultado, y debe evitarse este resultado por las acciones del autor. Por ejemplo, A dispara a B, con la intención de matarlo, lo lesiona gravemente y lo lleva al hospital para evitar que muera. En este caso, A realizó todos los actos tendentes a la producción del resultado deseado, pero antes de que éste se produzca, lleva a B al hospital para evitar su muerte.

Como en el desistimiento voluntario, el adjetivo eficaz importante, puesto que sólo quedará excluido de responsabilidad penal si efectivamente se evita la producción de la lesión. En caso contrario, deberá analizarse el supuesto al amparo del art. 21 COIP en concreto, de su apartado 5º por si se entiende que concurre esta circunstancia atenuante de la pena.

## **Diferencia entre arrepentimiento y desistimiento**

### **Desistimiento**

El desistimiento del derecho, produce efectos equivalentes a los de la cosa juzgada (*kisch*, *redenti* y otros), pues constituye un impedimento para la discusión posterior del derecho material que el actor invocó como fundamento de su pretensión.

## Arrepentimiento

El arrepentimiento se podría definir literalmente como aquel que manifieste el reo en actos encaminados a disminuir o reparar el daño de un delito o facultar su castigo.

El arrepentido, dentro de un concepto jurídico, es aquel imputado que pretende beneficiarse con eximirse la pena, o con su atenuación, por el hecho de prestar colaboración post-delictual con los órganos de la investigación, auto inculminándose o delatando a sus cómplices.

No es difícil de confundir, el arrepentido con el colaborador eficaz, pues en todo momento nuestra legislación los asimila y no les otorga ninguna diferenciación. Posteriormente, trataremos de explicar estas diferencias .

En un principio, el arrepentimiento se aplicó en la legislación peruana para el delito de terrorismo. En este sentido, el arrepentimiento se debe entender o interpretar en un plano subjetivo del imputado, en donde se requiere que el solicitante voluntariamente y en forma definitiva, abandone su vinculación con el grupo u organización terrorista, además de los ilícitos que hubiera u haya cometido.

Sobre este plano subjetivo del beneficiario podríamos encontrar la diferencia y similitud con la colaboración eficaz. Está claro que, y esto para evitar confusiones, que la legislación comparada, refiere indiferentemente sobre esto; en cambio, las leyes peruanas modifican el término, por una cuestión de expresiones y no por otro sentido.

## Elementos del arrepentimiento

Cuando alguien comete un delito y confiesa a las autoridades policiales las infracciones cometidas, llegado el momento del juicio dicha persona tendrá un beneficio en la pena que se le imponga, pudiéndosele aplicar la escala mínima de castigo que corresponde al delito. Generalmente, este tipo de procedimiento no exige a la persona el reconocimiento explícito de que se haya equivocado ni requiere una petición expresa de perdón por ello, sino que se aplica dicho beneficio solo por el hecho objetivo de confesar que se ha cometido la infracción dar detalles explícitos que ayuden a la investigación. A quien colabora con un trato mediático, se le puede tipificar en diversos casos como una persona o figura “arrepentida”; lo que resulta en una consideración jurídica aminorante o atenuante de su participación y pena judicial.

## Tentativa

Tentativa inidónea: El proceso causal seguido por el autor no es adecuado para alcanzar el resultado típico; por ejemplo, A intenta matar a B disparando una flecha con un arco desde una distancia superior al alcance de la flecha. En estos casos, ni se pone en peligro el bien jurídico protegido penalmente por lo que no hay un principio de ejecución válido, ni el acto ejecutado (lanzar la flecha desde esa distancia) puede producir el resultado típico por sí solo. Existen dos tipos de tentativa inidónea:

- a. Tentativa absolutamente inidónea: no es posible alcanzar el resultado en ese caso concreto ni en ninguna otra circunstancia. Por ejemplo, intentar matar a una persona utilizando una sustancia no tóxica.
- b. Tentativa relativamente inidónea: no es posible alcanzar el resultado en ese caso concreto, pero sí en otras circunstancias; esto es, se hubiera podido alcanzar el resultado típico en otras circunstancias: el proceso causal seguido por el autor es objetivamente adecuado.

## Delito de consumación

La consumación de un hecho delictivo se produce cuando se realizan todos los elementos del tipo de injusto. Afirma la doctrina que:

En los delitos de resultado, éstos se consuman cuando se causa el resultado lesivo, mientras que, en los delitos de tendencia (intención o peligro), basta con producirse un riesgo o la intención para que se entiendan consumados, aunque no se llegue a ocasionar el resultado lesivo. La consumación de un delito es distinta de su agotamiento. Este agotamiento tiene lugar cuando se satisface la intención del sujeto activo. (Borja, 1995)

Existe cuando se han ejecutado todos los actos propios y característicos del delito y el culpable realiza su designio que, directa e inmediatamente, se proponía. Toda vez que la ley

penal define los diferentes delitos refiriéndose a los elementos constitutivos de los mismos, se consideran éstos consumados cuando los actos o hechos ejecutados por el culpable pueden encuadrarse en la definición legal correspondiente. Ahora bien, aunque la consumación del delito suele equipararse al logro completo del resultado que se propuso obtener el agente al cometer el delito, esto no quiere decir que dicho logro se identifique con la intención subjetiva del culpable; lo que cuenta, en definitiva, es que la intención criminosa del culpable se haya materializado en unos actos externos que están tipificados en la ley penal como un delito.

## **Delito agotado**

El que además de consumado ha conseguido todos los objetivos que el autor se proponía y cuantos efectos nocivos podía producir el acto delictivo. Tal es el caso del ladrón que no sólo ha sustraído las cosas de la esfera del dueño (que ya es consumación), sino que ha logrado con el dinero obtenido las finalidades que se proponía, o ha usado o consumido los objetos robados.

## **La Coparticipación**

Se entiende como coparticipación a un delito cometido por 2 o más personas. La actividad delinencial se sirve a veces de los mismos medios que la actividad lícita, y por ello a veces la codelinuencia se asemeja a una empresa industrial.

Son condiciones precisas para la existencia de la coparticipación:

a) Intención en todos los copartícipes, de realizar un determinado delito, debiendo la intención estar encaminada a su consumación y no tan sólo a la realización de alguno de los actos de su ejecución; de donde resulta que la code-lincuencia sólo es posible en los hechos que reúnen los caracteres del delito, tanto los subjetivos como los objetivos.

b) Por otra parte, los copartícipes deben ejecutar, por lo menos, algún acto encaminado directa o indirectamente a la producción del delito, no siendo preciso que se realicen los actos propios y característicos de éste, ya que basta con que su actividad tienda a la ejecución del hecho delictuoso.

El delito se presenta como fruto de la cooperación de varios delincuentes, por ejemplo, el narcotráfico.

Existen diversas teorías referentes a la coparticipación, las cuales son:

- Teoría clásica: consagra la unidad del delito, ligando la responsabilidad de los participantes y haciendo depender lo accesorio de lo principal. Acarrea injustos, si el ejecuto desiste, el autor intelectual no es sancionado, si se excede el ejecutor el autor intelectual es sancionado con pena agravada.

- Teoría de la Autonomía de la Complicidad: dice que la responsabilidad de los componentes se aprecia independientemente.

- Teoría positivista: acepta la unidad del delito, pero la responsabilidad debe apreciarse por separado.

- Teoría pluralista: No se da solamente una pluralidad de sujetos activos, sino también una pluralidad de conductas

con sus propios elementos subjetivos y con su correspondiente resultado antijurídico, esto quiere decir que habría tantos delitos autónomos cuantos partícipes hubiesen intervenido en su ejecución.

- Teoría Monista: es mucho más real y lógica, debido a que sostiene que el hecho punible es único a pesar de la pluralidad de copartícipes, la actividad de los concurrentes constituye una verdadera asociación en la que sus integrantes ejecutando cada uno su parte de labor, efectúan mancomunadamente el hecho.

### **Formas de Participación:**

- Autores Materiales: Es aquel que físicamente realiza el hecho punible, o aquel o aquellos que conjuntamente llevan a cabo el delito.

- Autores Intelectuales: es aquel que planea, diseña el delito estudiando detalle a detalle las acciones a seguir para que la realización del hecho punible se lleve a cabo. La figura del autor intelectual embona de alguna manera con la del instigador, el instigador comparte con el autor intelectual algunas semejanzas como las de que es él quien dolosamente determina a otro la comisión de un hecho antijurídico doloso.

- Autores directos (o inmediatos): El Doctor Manuel Arrieta Gallegos define a los autores directos o inmediatos así: “son todos aquellos que en forma directa realizan el hecho delictivo, sea ya con su acción o con su omisión” son los que en sus actos reúnen todos los elementos del delito.

Estos autores directos pueden ser:

- Por ejecución, toma parte personal y activa en el delito.
- Por cooperación, ayudan a la comisión del delito sabiéndolo.
- Por coacción, ayudan constreñidas por violencia moral o física a cometer un delito.
- **Autor mediato:** “es aquel que solamente se sirve de otro como instrumento para la realización del delito.

## **Instigadores:**

Es: “El que dolosamente determine a otro la comisión de un hecho antijurídico doloso”, la instigación consiste en inducir directamente a otra persona a la realización del delito que se trate. Se llama también autor intelectual.

El cómplice es “el que facilite o coopere en virtud a promesa anterior, a la ejecución de un hecho antijurídico doloso, de tal forma sin ayuda igual se hubiera cometido el delito.”

## **Responsabilidad de los Instigadores e Instigados**

Es difícil de determinar e identificar al menos a los que empezaron la acción delictiva. Otros suprimen la responsabilidad. La responsabilidad para los instigadores es mayor. Con el propósito de determinar la responsabilidad se consideran:

- Identificación e individualización.



- Descartar inimputables.
- Considerar móviles.
- Considerar la influencia de la masa sobre cada uno.

## **Delito Colectivo o Anónimo**

Delito Colectivo es aquel realizado por una muchedumbre que opera en un mismo tiempo o lugar. En la muchedumbre hay una especie de acuerdo, en la multitud, no.

Los caracteres de este delito son:

- El estímulo no es personal, es común
- El sujeto activo del delito es plural

## **Móvil**

El motivo del delito colectivo o anónimo puede ser noble o pasional. Noble cuando defiende algo, o pasional para vengar algo. El código penal boliviano considera al delito colectivo como participación criminal.

## **Delincuencia Organizada**

Es “formar parte de tres (3) o más personas, organizada de manera permanente, bajo reglas de disciplina o control, destinada a cometer los siguientes delitos (CP, 132 bis):

- Genocidio.
- Destrucción de bienes del Estado.

- Sustracción de menor o incapaz.
- Secuestro.
- Tráfico de sustancias controladas.
- Delitos contra la propiedad intelectual.

## Referencias bibliográficas

- Alban, E. (Abril de 2018). Manual de derecho penal ecuatoriano. Parte especial. Tomo I. *Revista de Derecho y Sociedad*, 154. Obtenido de Manual del derecho penal ecuatoriano: <https://biblioteca.uniandes.edu.ec/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=33910>
- Arguello, L. (2004). *Manual de derecho romano*. Buenos Aires: Editorial Astrea. Obtenido de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/stein/wp-content/uploads/sites/734/2020/03/Manual-de-Derecho-Romano-Arguello-Argentina.pdf>
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador CRE*. Registro Oficial. Obtenido de [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)
- Balbotin, C. (2020). Hegel y su teoría crítica del derecho: la posibilidad de una lectura pragmatista. *Revista de filosofía*, 44-50. Obtenido de [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-43602020000100041](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-43602020000100041)
- Baraybar Luna, L. A. (2017). Análisis de Necesidad racional del medio empleado, intensidad y peligrosidad de la agresión. *Repositorio de tesis UCSM*, 17. Obtenido de Repositorio de Tesis UCSM: <https://core.ac.uk/download/pdf/198134725.pdf>

- Beach, L. (2004). La tentativa. *Revista de Derecho y Sociedad*. Obtenido de ual.dyndns.org: [http://ual.dyndns.org/biblioteca/Teoria\\_del\\_Delito/Pdf/Unidad\\_10.pdf](http://ual.dyndns.org/biblioteca/Teoria_del_Delito/Pdf/Unidad_10.pdf)
- Borja, E. (1995). La terminación del delito. *Revista de Derecho y Sociedad*, 89-185. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46472.pdf>
- Bramont, L. (2010). *Interpretación de la ley penal* (Vol. II). España: Derecho y Sociedad. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7792818.pdf>
- Bravo, G. (1998). Limitaciones y condicionamientos de la reflexión historiográfica española. *Hispania*, 49-64. doi:<https://doi.org/10.3989/hispania.1998.v58.i198.658>
- Burgos, Á. (2010). La Criminalística y su importancia en el campo forense. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, 13. Obtenido de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/download/12576/11822/20414>
- Calle, A. (2011). Elementos constitutivos del delito de peculado en general. *Dialnet*, 26. Obtenido de <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/940/1/08602.pdf>
- Carraca . (2011). *Teoría General del Delito* (Vol. III). Editorial Temis S.A. Obtenido de [https://www.dijuris.com/libro/teoria-general-del-delito-3-ed-2011-6-reimp-2020\\_1530](https://www.dijuris.com/libro/teoria-general-del-delito-3-ed-2011-6-reimp-2020_1530)
- Castillo, M. A. (noviembre de 2008). USAC. Obtenido de biblioteca.usac.edu.gt: [http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04\\_7703.pdf](http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7703.pdf)

- Castillo, S. (1999). Importancia de la psiquiatría forense en el proceso penal. *Medicina Legal de Costa Rica*, 14-21. Obtenido de [https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1409-00151999000200005#:~:text=La%20Psiquiatr%C3%ADa%20es%20una%20rama,los%20trastornos%20del%20comportamiento%20humano](https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00151999000200005#:~:text=La%20Psiquiatr%C3%ADa%20es%20una%20rama,los%20trastornos%20del%20comportamiento%20humano).
- Cerezo, J. (1987). La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho (Vol. I). España: *Revista en Cultura de la Legalidad*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46303.pdf>
- Chamarro, I. (2005). *Delitos societarios: Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los tribunales*. Madrid: Centro de estudios Ramon Areces. S.A. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=250945>
- Charancá, R. (2004). Derecho Penal. *Revista Derecho y Sociedad*, 45. Obtenido de Proyecto PAPIME, La enseñanza del Derecho Penal a través de las nuevas tecnologías: <https://www.unam.mx/recursos/82267-la-ensenanza-del-derecho-penal-a-traves-de-las-nuevas-tecnologias>
- Cifuentes, S. (1999). *Elementos del derecho civil*. Buenos Aires: Astrea. Obtenido de <https://clea.edu.mx/biblioteca/files/original/bfa57190432b253a8696c136f69beb58.pdf>
- Código Orgánico Integral penal - COIP. ((Registro Oficial S. 180, 10 feb 2014) Art. 22). Ediciones Legales EDLE S.A.
- Código Orgánico Integral Penal - COIP. (Registro Oficial S. 180, 10 feb 2014, Art. 150). Ediciones Legales EDLE S.A. Obtenido de <https://www.fielweb.com/Index.aspx?r=29688&nid=1070225#norma/1070225>

- Codigo Organico Integral Penal - COIP. (Registro Oficial S. 180, 10 feb 2014, Art.144). Ediciones Legales EDLE S.A. Obtenido de <https://www.fielweb.com/Index.aspx?rn=29688&nid=1070225#norma/1070225>
- Codigo Penal (CP). (1973). Obtenido de <https://app.vlex.com/#vid/234382>
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR - CRE (Registro Oficial 449, 20 oct 2008). Ediciones Legales EDLE S.A. (Registro Oficial 449, 20 oct 2008, Art. 159). Ediciones Legales EDLE S.A. Obtenido de <https://www.fielweb.com/Index.aspx?rn=29688&nid=1#norma/1>
- Creus, C. (1992). *Derecho penal* (Tercera ed.). Buenos Aires: Astrea. Obtenido de <https://es.slideshare.net/EscolaDeFiscales/derecho-penal-parte-general-carlos-creus-65440935>
- Cruz, R. (2010). Analisis critico de la figura del miedo invencible, como causa de inculpabilidad en comparacion con el Estado de Necesidad Justificante. *Scielo*, 52. Obtenido de [http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04\\_8317.pdf](http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_8317.pdf)
- de Asúa, L. J. (23 de Julio de 1952). A sangre fria. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.*, 45. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=108>
- Donna, E. (2001). *Derecho penal arte especial* (Vol. I). Buenos Aires , Argentina: Rubinzal y Asociados S.A. Obtenido de [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj\\_20110107\\_01.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20110107_01.pdf)
- Echeverria Gavilanez, E. (1971). *Derecho Penal Ecuatoriano*. Azuay: 3T. Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana. Quito. Obtenido de <https://biblioteca.uazuay.edu.ec/buscar/item/46657>

- Elbert, C. (2021). Manual básico de criminología. *EUDEBA*, 1-219. Obtenido de <https://www.eudeba.com.ar/E-book/9789502331614/Manual+b%C3%A1sico+de+criminolog%C3%ADa>
- Enzo, N. (2009). La sucesión de las leyes penales en el tiempo. *Revista Derecho y Sociedad*, 135-141. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3129454>
- Fernández Muñoz, M. (2003). La culpa en el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno. *Revista Derecho y Sociedad*, 5. Obtenido de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-05792003000100007](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792003000100007)
- Ferri, E. (1906). La Escuela Positiva o positivismo criminológico. *Revista en Cultura de la Legalidad*. Obtenido de <https://www.oocities.org/cjr212criminologia/escuelapositiva.htm>
- Ferri, E. (2012). Apuntes acerca de dos escuelas criminológicas: Clásicas y Positivista. *Unam*, 1-245. Obtenido de [https://www.psicologia.unam.mx/documentos/pdf/publicaciones/Apuntes\\_acerca\\_de\\_dos\\_escuelas\\_criminologicas\\_Clasica\\_y\\_positivista\\_Alvarez\\_Diaz\\_Montenegro\\_Nunez\\_Manuel\\_Martinez\\_TAD\\_7\\_8\\_9\\_sem.pdf](https://www.psicologia.unam.mx/documentos/pdf/publicaciones/Apuntes_acerca_de_dos_escuelas_criminologicas_Clasica_y_positivista_Alvarez_Diaz_Montenegro_Nunez_Manuel_Martinez_TAD_7_8_9_sem.pdf)
- Fontan, C. (1966). *Tratado De Derecho Penal: Tomo Iii Parte General*. Guayaquil: Unam. Obtenido de [https://catalogo.ug.edu.ec/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=129241&shelfbrowse\\_itemnumber=147108](https://catalogo.ug.edu.ec/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=129241&shelfbrowse_itemnumber=147108)
- García, L. (2015). Teoría pura del derecho. *Legis Ámbito Jurídico*. Obtenido de <https://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/la-teora-pura-del-derecho-del-logicismo-al-irracionalismo-0/>

- García, G. (2020). La controvertida aplicación del delito preterintencional contemplado en la legislación ecuatoriana y sus efectos jurídicos. *Repositorio PUCE*, 16. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/22432/1/T-UCE-0013-JUR-030-P.pdf>
- Garófalo, R. (1885). Criminología: estudio sobre el delito, sobre sus causas y la teoría de la represión. *Biblioteca de la Universidad de Sevilla*, 1-474. Obtenido de <https://www.cervantesvirtual.com/obra/la-criminologia-estudio-sobre-el-delito-y-sobre-la-teoria-de-la-represion-1062675/>
- Garofó , A. (2009). El Delito Natural (Vol. III). Mexico: Revista de Derecho Penal y Criminología. Obtenido de [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2017-17-7070/Serrano\\_Gomez.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2017-17-7070/Serrano_Gomez.pdf)
- Grández, J. (1997). Condiciones objetivas de punibilidad. *Revista Jurídica Cajamarca*, 12. Obtenido de <https://www.derechoycambiosocial.com/RJC/Revista14/punibilidad.htm>
- Grisanti Aveledo, H. (1989). Manual de derecho penal : parte especial. *Mobil-Libros*, 134. Obtenido de <https://sib.ucab.edu.ve/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=189233>
- Guerrero, B. (2022). La legítima defensa y el caso mascarilla. *Repositorio PUCE*, 91. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/28412/1/UCE-FJCPS-CPO-GAYBOR%20FABIAN.pdf>
- Guerrero, E. (2008). Sobre el concepto de jurisprudencia en el sistema jurídico Mexicano. *Unam*, 23. Obtenido de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3445/4050>

- Guillén. (2011). Libro de abstracts del VIII Congreso Español de Criminología,. España: *Revista Española de Investigación Criminológica*. Obtenido de <https://reic.criminologia.net/index.php/journal/article/view/66>
- Gunther, J. (2013). *El principio de culpabilidad*. Mexico: Dialnet. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46418.pdf>
- Hervana, J. (2007). *Introducción al estudio derecho canónico*. España: Eunsa. Obtenido de <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/56048/1/Introducci%C3%B3n%20al%20estudio%20DC.pdf>
- Hurtado, J. (1987). Manual de Derecho Penal. *EDDILI*, 1-329. Obtenido de [https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/48596592/DER\\_PENAL\\_I\\_HURTADO\\_POZO-libre.pdf?1473111744=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DMANUAL\\_DE\\_DERECHO\\_PENAL.pdf&Expires=1695337947&Signature=D20Isea4FMmt-jc5sGCpTZ6EuH7n7R7D9ERcXIWS182VT~OWF3-JqND](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/48596592/DER_PENAL_I_HURTADO_POZO-libre.pdf?1473111744=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DMANUAL_DE_DERECHO_PENAL.pdf&Expires=1695337947&Signature=D20Isea4FMmt-jc5sGCpTZ6EuH7n7R7D9ERcXIWS182VT~OWF3-JqND)
- Jácome, M. (2020). La correcta estructura del tipo penal de la violación en el Código Organico Integral Penal. *Unam*, 36. Obtenido de <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/18434/Marcela%20Anazeth%20J%C3%A1come%20Tapia%20-%20Tesis%20%282%29.pdf?sequence=1>
- la Torre, A. (2015). *Principios jurídicos en la definición del derecho*. España: Casa del Libro. Obtenido de <https://www.casadellibro.com/libro-principios-juridicos-en-la-definicion-del-derecho/9788490853375/2547033>
- Lombroso. (1996). Los criminales. *Respositorio Dspace*, 1-345. Obtenido de <http://tesis.ipn.mx/handle/123456789/19515>



- López, E. (2021). Consecuencias adversas a la legítima defensa propia e impropia como causa de justificación. *Revista index*, 34. doi:10.35292/ropj.v13i15.391
- Marchiori, H. (2000). Criminología: La víctima del delito. Editorial Porrúa. Obtenido de <http://biblioteca.udel.ac.pa/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=9973>
- Marena, M. (2020). La importancia del bien jurídico tutelado en el ámbito de las sanciones administrativas con factor objetivo de atribución. *Revista Derecho y Sociedad*, 279. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7792324.pdf>
- Mir Puig, S. (2006). *Derecho Penal*. Barcelona: Editorial Reppertor. Obtenido de <https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Mir-Puig-2006-Derecho-Penal.-Parte-General.pdf>
- Molina, M. (1976). Derecho Penal. *Revista Derecho y Sociedad*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=71247#TesisDirigidas>
- Nacion, F. G. (10 de septiembre de 2012). *Equipo Nizkor*. Obtenido de [www.derechos.org](http://www.derechos.org): <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/bedoya6.html>
- Núñez, M. F. (2020). Particularidades de la antijuricidad como elementos del delito. *Repositorio Umet*, 10. Obtenido de [repositorio.umet.edu.ec](https://repositorio.umet.edu.ec): <https://repositorio.umet.edu.ec/bitstream/67000/564/1/NUÑEZ%20SUAREZ%20MAGALY%20FERNANDA%20CARRERA%20DERECHO%20Ensayo.pdf>
- Olivares, E. (2013). El Estado de necesidad racional de legítima defensa. *Política criminal*, 15. Obtenido de [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992013000100001](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992013000100001)

- Paresce, E. (1965). Dogmatica Juridica. *Revista en Cultura de la Legalidad*, II, 45. Obtenido de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/download/2213/1148/>
- Pazmiño Vargas, K. A. (2017). El estado de necesidad y el exceso de velocidad en las infracciones de tránsito. *Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, 12. Obtenido de <https://repositorio.uta.edu.ec/handle/123456789/25332>
- Pessina, E. (1893). Elementos del derecho penal. *Revista legislación y jurisprudencia*, 214-216. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4927889>
- Petrocelli, B. (1950). Necesidad y humanidad de la pena. . *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 271-289. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2770922.pdf>
- Porte Petit Candaudap, C. (1960). Apuntamientos de la parte general de derecho penal. *Editorial Jurídica mexicana*, 1-553. Obtenido de <https://www.iberlibro.com/buscar-libro/autor/porte-petit-candaudap-celestino-profesor/>
- Prieto, C. (2003). El proceso y el debido proceso. *Redalyc*, 911-823. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/825/82510622.pdf>
- Quintero, G. (1976). *Represión penal y Estado de derecho* (Vol. I). Madrid: Dirosa. Obtenido de <https://www.iberlibro.com/buscar-libro/autor/quintero-olivares-gonzalo/>
- Ramos, E. (1982). La teria del delito desde Von Liszt y Beling a hoy. *Core*, 1-20. Obtenido de <https://core.ac.uk/download/pdf/268220158.pdf>
- Reinhard, F. (2002). *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: Editorial IB de F. Obtenido de <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/09/doctrina34601.pdf>

- Requejo, C. (1998). La defensa putativa. *Revista Derecho y Sociedad*, 165. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=187472>
- Reyes, A. (1988). *Culpabilidad*. Colombia: Unimeta. Obtenido de [revistas.uexternado.edu.co: https://biblioteca.unimeta.edu.co/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=2506](https://biblioteca.unimeta.edu.co/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=2506)
- Rodríguez Mourullo, G. (1978). Directrices político-criminales del Anteproyecto de Código penal español de 1978. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 249-274. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2359975>
- Rojo, M. (2013). La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada. *Crónicas extranjeras*, 48. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4809801.pdf>
- Ruales, C. (2019). La legítima defensa como causa de justificación de antijuricidad. *Repositorio Universidad Nacional de Chimborazo*, 15. Obtenido de <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/6180/1/LA%20LEGITIMA%20DEFENSA%20COMO%20CAUSA%20DE%20JUSTIFICACION%20DE%20ANTI JURICIDAD.pdf>
- Rueda, X. (2017). El procedimiento abreviado como una forma de administrar justicia sin vulnerar el principio de inocencia del acusado. *Revista Derecho y Sociedad*, 10. Obtenido de <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/8429/1/TUBAB023-2017.pdf>
- Ruíz, L. (1980). El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia. *Dialnet*, 1-21. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/819650.pdf>

- Sarango, H. (2021). La legítima defensa y el estado de necesidad en el ejercicio de la policía nacional como exigencia de responsabilidad penal. *Revista Derecho y Sociedad*, 18. Obtenido de <https://repositorio.umet.edu.ec/bitstream/67000/526/1/SUAREZ%20GUERRERO%20LIZETH%20ALEXANDRA%20DERECHO.pdf>
- Soler Ferran , C. (1944). Iglesia y Estado. La incidencia del concilio Vaticano sobre el Derecho público externo. *Eunsa. Eunsa*, 1-324. Obtenido de <https://hdl.handle.net/10171/62077>
- Soler, S. (1962). Culpabilidad real y culpabilidad presunta. *Revista Derecho y Sociedad*, 477-505. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2781886.pdf>
- Tandalla, K. (2021). La tipicidad de nuevos tipos penales y la población carcelaria en Ecuador. *Repositorio Digital PUCE*, 38. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/24917>
- Torres, A. (2020). Efectos dogmáticos y jurídicos de la existencia de causas de exclusión de la conducta en proceso penal. *Repositorio UTMACH*, 14. Obtenido de [http://repositorio.utmachala.edu.ec/bitstream/48000/16365/1/E-7641\\_TORRES%20TORRES%20ARIANA%20GABRIELA.pdf](http://repositorio.utmachala.edu.ec/bitstream/48000/16365/1/E-7641_TORRES%20TORRES%20ARIANA%20GABRIELA.pdf)
- Valdivieso, S. (Marzo de 2021). Eficacia de las sanciones impuestas para la prevención y control del coronavirus en el distrito de Tarapoto. Marzo - junio 2020. *Revista Derecho y Ciencias Políticas*, 30. Obtenido de <http://hdl.handle.net/11458/3920>
- Vega, H. (2016). El análisis gramatical del tipo penal. *Revista Derecho y Sociedad*, 58. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n29/n29a05.pdf>

- Velez, M. (2012). El estado de necesidad como causa de justificación, pero si como causa de inculpabilidad, porque considera que la no punibilidad de esta figura emerge de la no exigibilidad de otra conducta en la cual se encuentra el sujeto activo. *Dialnet*, 1-66. Obtenido de <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/3399/1/08817.pdf>
- Welzel, H. (1954). *Teoría del Delito* (Vol. II). Calameo . Obtenido de <https://www.calameo.com/books/0047930991f85dba5eef2>
- Zaffaroni. (1981). Tratado de Derecho penal III. *EDIAR*, 344. Obtenido de [https://www.salapenaltribunalmedellin.com/images/doctrina/libros01/Tratado\\_De\\_Derecho\\_Penal\\_-\\_Parte\\_General-III.pdf](https://www.salapenaltribunalmedellin.com/images/doctrina/libros01/Tratado_De_Derecho_Penal_-_Parte_General-III.pdf)
- Zaffaroni, E. (2007). Manual de Derecho Penal. Buenos Aires: *Ediar*. Obtenido de [https://www.salapenaltribunalmedellin.com/images/doctrina/libros01/Tratado\\_De\\_Derecho\\_Penal\\_-\\_Parte\\_General-III.pdf](https://www.salapenaltribunalmedellin.com/images/doctrina/libros01/Tratado_De_Derecho_Penal_-_Parte_General-III.pdf)
- Zaffaroni, E. (2010). Estructura Básica del Derecho Penal. *Revista Teoría del Delito*, 1-92. Obtenido de <https://www.matiashailone.com/dip/Zaffaroni%20-%20Estructura%20Basica%20de%20Derecho%20Penal.pdf>
- Zaffaroni, E. R. (2000). Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo II. *Metropolitana*, 1-433. Obtenido de <https://www.editorialmetropolitana.cl/wp-content/uploads/2021/09/selecciones-dogmaticas-indice.pdf>
- Zambrano, A. (2009). *Manual de práctica procesal*. Ara Editorial E.I.R.L., 116. Obtenido de <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/03/doctrina48644.pdf>
- Zavala Egas. (1985). *La constumbre y su práctica constitucional*. Guayaquil: Jurídicas CUC. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5759636.pdf>



Universidad Técnica de Machala  
Vicerrectorado de Investigación, Vinculación y Posgrado  
Editorial UTMACH  
<https://investigacion.utmachala.edu.ec/portal/>  
Primera edición digital 2024  
PDF







2023

ISBN: 978-9942-24-175-7



9 789942 241757

