



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

**Tesis previa la obtención
del título de Magister en
Derecho Penal.**

**“LA ACCIÓN LIBRE DEL SER
HUMANO COMO PILAR
FUNDAMENTAL DE LA TEORÍA
GENERAL DEL DELITO.”**

AUTOR:

AB. JUAN CARLOS SALAZAR ICAZA.

DIRECTOR:

Dr. JAVIER DE LA FUENTE

CUENCA – ECUADOR.

2011

*Dedico este trabajo a mis padres
Eduardo y Cecilia, a mi hermano Pablo y
a María Elisa, mi futura esposa.*

INTRODUCCIÓN.

INTRODUCCION

El derecho, como producción del ser humano, forma parte de aquellos seres que, para Luis Recasens Siches, constituyen “vida humana objetiva”, es decir, es una creación perfectible del hombre, que regula conductas buscando como finalidad suprema la realización de la justicia. Dentro de la disciplina jurídica, encontramos, académicamente clasificaciones, entre ellas, destaca para la especie el derecho público, como el conjunto de normas que regula la relación entre el estado y los particulares, admitiendo además sub-clasificaciones, resaltando, dentro del derecho público, el derecho penal, como aquellas reglas que, genéricamente regulan una trilogía formada por el delito, el delincuente y las consecuencias del ilícito.

Como vemos, el núcleo del derecho penal se centra en la infracción, por tanto debemos entenderla conceptualmente como aquel acto que ofende gravemente el orden ético-cultural de una sociedad determinada en un momento determinado y que, por tanto, merece una sanción. El criterio esbozado, sin bien es interesante, resulta insuficiente frente al hecho de producir una teoría general de la infracción es por ello que, tratadistas del siglo XX - Von Liszt, Beling, Mayer, Mezger-, encontraron que todo ilícito gozaba de características y/o elementos idénticos, por ello se definió al injusto como un ACTO, TIPICO, ANTIJURIDICO y CULPABLE, que debe ser imputado a la conducta de un individuo en particular cuyo proceder imperiosamente es libre, ponderando que el ser humano por su propia naturaleza goza de libre albedrío, no como característica de su existencia sino como particularidad intrínseca de su ser, consecuentemente, concluimos con el maestro Hans Kelsen que: “por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida –en su origen al menos- como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre o que su voluntad es libre, puesto que su conducta no esta sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La Libertad sería así la condición misma de la

imputación moral, religiosa o jurídica”¹ tanto más que la ciencia jurídica moderna se caracteriza por una idea de imputación que se funda en un individuo que podía actuar de manera responsable, en suma, LIBRE.

El presente trabajo, no busca, ni de lejos, constituir una teoría general del delito, empero si, analizar cada uno de los elementos estructurales del injusto penal, con el detenimiento que el tema amerite, desde la óptica de la libertad del ser humano, a fin de demostrar que, si eliminamos aquella característica del individuo no existirá infracción, sin embargo, si la libertad no esta eliminada mas si reducida, tendremos una responsabilidad atenuada.

A lo largo del trabajo, consultaremos criterios de estudiosos del derecho penal, ilustraremos cada tema con jurisprudencia nacional, citando además casos tanto de laboratorio cuanto de la experiencia profesional.

¹ KELSEN, Hans; “Teoría Pura del Derecho”, Editorial Universitaria de Buenos Aires, pág. 28 – 29.

CAPITULO 1.
LA LIBERTAD DE SER HUMANO EN LA TEORIA DEL DERECHO Y EN
EL DERECHO PENAL.

1.- LA LIBERTAD DE SER HUMANO EN LA TEORIA DEL DERECHO Y EN EL DERECHO PENAL.

1.1.- LA VIDA HUMANA Y SU CONDUCTA.-

Previo a realizar un estudio como el programado, esto es, analizar la teoría general del delito desde el punto de vista de la libertad del hombre, o como lo hemos titulado, la acción libre del ser humano como pilar fundamental de la teoría general del delito, resulta imprescindible hablar de la vida humana, es decir, de la persona, pero no desde la óptica civilista, entendida ésta como cualquier sujeto o ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, sino como el centro mismo de imputación en cada una de las disciplinas sociales, más aún en el derecho.

Desde los albores del pensamiento filosófico, la preocupación por el hombre ha sido relevante, inquietud que llegará a tener importantes connotaciones en el período clásico de la filosofía griega, fundamentalmente con Sócrates y Aristóteles, pues el primero, a más de proclamar la limitación del conocimiento humano (solo sé que nada sé), circunscribió su filosofía al estudio del ser humano, “conócete a ti mismo” fue el programa de su propia investigación, y la recomendada a sus seguidores, inclusive el maestro fue generoso con la apreciación de la bondad del hombre al sostener que: “todo mal comportamiento no es debido a la malicia, sino a la ignorancia, al desconocimiento de los propios deberes, nadie yerra el golpe a sabiendas sostenía. En consecuencia es menester enseñar la virtud. El conocimiento del bien es el determinante de todo comportamiento moral. Cuando algo sale mal en un oficio, el fracaso se debe a que el artesano no conoce bien su trabajo”². Ahora bien si el conocimiento lo asimilamos a la libertad del hombre, concluiremos que la imputación debe realizarse a un ser que goce de dicha prerrogativa, pues si no tiene

² CEVALLOS, Salvador; Historia de la Filosofía Antigua y Medieval; Segunda Edición, pág. 33.

aquella facultad, la teoría se resquebraja y debilita frente a la realidad. Por otro lado, Aristóteles ponderó los problemas sociales, afirmando que la sociedad era pues una entidad natural, tanto más que la sociedad civil es la conclusión lógica a un proceso evolutivo, pues ni la familia, ni la tribu son suficientes para precautelar los derechos de los hombres y aunque reconoce la esclavitud, es importante criticar parte de su pensamiento, ya que, al analizar la libertad de los hombres, erradamente sostiene: “Desde su nacimiento, unos están designados a mandar y otros a ser mandados, unos hombres son libres por naturaleza y otros esclavos y para éstos últimos, la esclavitud es cosa justa y conveniente”³, equívoca apreciación, empero pondera la importancia respecto el análisis correcto de la libertad del hombre al momento de analizar fenómenos e instituciones sociales.

Con estos antecedentes, haciendo nuestras las inquietudes de Luis Recasens Siches, nos preguntamos, al igual que el doctrinario: ¿Qué es esto de la vida humana?, y siguiendo sus enseñanzas diremos: “vida humana, no es solamente un ser distinto de todos los demás seres en el Universo, sino que es el ser fundamental. Es decir, veremos que la vida humana es la realidad primaria y básica, condicionante de todos los demás seres. La vida humana es la realidad primera y radical y a la vez la base y ámbito de todos los otros seres y la clave para la explicación de éstos. Veremos que todo cuanto es, lo es en la vida humana y como un componente de ella.”⁴ Consecuentemente la vida no es solo la realidad primaria, sino que a la vez constituye principio de existencia de los demás seres, pues éstos llegan a existir en la VIDA HUMANA, de ahí su importancia en todo el pensamiento filosófico, más aún en las regulaciones normativas que lleguen a imperar por sobre su LIBRE conducta, comprendiendo que la vida humana, no es algo acabado o logrado, es un hacerse a cada momento, ante diversas circunstancias de la realidad, que llevan al hombre a tomar decisiones, e inclusive ser sujeto de percances que eliminan su libertad.

La vida humana, siempre es finalista, entendida esta como una anticipación mental a la causalidad –tema sobre el que volveremos con el mayor detenimiento en

³ CEVALLOS, Salvador; *Ibidem*,pág. 48

⁴ RECASENS SICHES, Luís. *Vida Humana, Sociedad y Derecho, Fundamentación de la Filosofía del Derecho*, La Casa de España en México, pág. 21 y 22.

el futuro- el fin siempre estará condicionado del efecto deseado, apareciendo la verdadera raíz humana en este proceso, por ello, correctamente Hans Welzel sostenía: “La acción humana es el ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer final, no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto fines diversos y dirigir su actividad conforme a su plan, a la consecución de éstos fines. En virtud de su saber causal previo, puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente”⁵ y con aquella conceptualización que Welzel realiza es importante ponderar el ejemplo de Recasens, quien a más de analizar la finalidad de la conducta humana, refiere que, previo a ella, existe un “porque” respecto una realización determinada, es decir, ponderación de libertad sobre la conducta, y en su ejemplificación sostiene: “. . .el hombre siente miedo de los animales salvajes, y esto le incita a buscar, a imaginar algo que remedie esta penuria: una cabaña. El porqué de lo que va a hacer consiste en la penuria que trata de colmar. Ya ha imaginado que construyendo una casa, satisfará esa urgencia. Pues bien, la casa imaginada, propuesta, constituye el para qué de su hacer. Y determinado esto, buscará las actividades (fuerza de brazos, por ejemplo, etc.) y los materiales (piedras, etc.) para construir su cabaña. Esas actividades, empleadas sobre esos materiales, constituyen los medios para llegar al fin propuesto (las causas eficientes cuyo efecto será la finalidad deseada). Ahora bien, nótese que el esquema fin-medio (causalidad revertida mentalmente: efecto-causa) sólo entra en escena después de haberse producido el hecho pura y típicamente humano anterior: el motivo (por qué) y el fin al servicio de éste (para qué).”⁶

Comenzamos este primer acápite, hablando de filosofía, ciencia que busca desde sus inicios la única y preponderante VERDAD, siendo importante, para encontrarla el pensamiento de Descartes y el idealismo, el cual da vida a la cultura moderna, corriente que supone que el mundo externo lejos de ser una variante ajena

⁵ WELZEL, Hans; Derecho Penal Alemán; Parte General , 12ª Edición; 3ª Edición Castellana, Editorial Jurídica de Chile; pág. 53.

⁶ RECASENS SICHES, Luís. Op Cit., pág. 25.

es algo criticable, lo único incuestionable es el pensamiento, ¿de quien? Del hombre, consecuentemente, la filosofía, ha cumplido su finalidad y ha encontrado “lo primario o radical, y lo fundamental, esto es la coexistencia o compresencia inescindible –sic- entre el sujeto y el objeto, en recíproca relación de dependencia, en inseparable correlación, a lo cual se llama vida humana.”⁷

1.2.- LA LIBERTAD DEL SER HUMANO Y EL PROBLEMA DEL LIBRE ALBEDRÍO.

Una vez que hemos reflexionado respecto la vida humana, es necesario centremos nuestro estudio al pilar sobre el cual se apoyará todo el trabajo, la libertad del hombre, un término absoluto que desgraciadamente no puede ser definido de esa manera, esto es absolutamente, como la nada o el todo. Aun recuerdo en aquellas clases de filosofía del derecho, cuando aún estudiante de pregrado levanté mi mano e intentando sorprender al profesor le interrogué: “Maestro, ¿Qué es la nada?” y me respondió: “es como un cuchillo sin hoja al que le falta el mango”⁸.

Previo a determinar conceptos que nos permitan avanzar en nuestro objetivo, es relevante recordar el problema del libre albedrío, entendida aquella como la creencia filosófica, en razón de la cual, el hombre tiene la facultad de escoger, elegir y proceder, el principio tiene connotaciones morales, filosóficas, religiosas, sociológicas y por sobre todo jurídicas, para muchos el libre albedrío no existe sino simplemente en las ideas dogmáticas, pues los seres humanos estamos destinados a una fatalidad innata que determina el destino de cada uno de los individuos, ideas erradas para nosotros, pues concordando con Recasens Siches, sostendremos que el hombre no es que tiene o carece de libre albedrío sino que él es en sí libre albedrío, empero este problema no resuelve el asunto de la verdadera libertad ontológica, pues del libre albedrío a la libertad plena dista mucho a nuestro decir.

Al conocer que los términos absolutos difícilmente son definibles debemos primero recurrir al Diccionario y luego a la Filosofía a fin de buscar una

⁷ RECASENS SICHES, Luís, *Ibidem*, pág. 27.

⁸ Aquellas clases que uno no puede olvidarlas y debe ser grato con el maestro que inculcó sus enseñanzas y principios, distinguido magistrado de la Corte Provincial de Justicia del Azuay y apreciado amigo, Dr. José Serrano González.

conceptualización lo más cercana posible misma que nos servirá de base para nuestro estudio, y así el Diccionario de la Real Academia Española dice: “Libertad.- Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”⁹, ante ello, es menester, sostengamos que gramaticalmente la definición es satisfactoria, sin embargo es muy simple para los fines que perseguimos, es por ello que debemos sostener categóricamente nuestra conformidad con Rudolf Steiner, en su obra: “La Filosofía de la Libertad”, refiriendo que el hombre no es por naturaleza libre sino que a cada momento de su vida va en camino hacia la libertad, es importante las sinopsis que sobre su obra se ha hecho, al sostener que su estudio: “Se centra en el problema del libre albedrío. Steiner divide inicialmente esto en los dos aspectos de la libertad del pensamiento y de la libertad de la Acción. El discute que la libertad interna esta alcanzada cuando tendemos un puente sobre el boquete entre nuestras impresiones sensoriales, que reflejan el aspecto externo del mundo, y nuestros pensamientos, que nos dan el acceso a la naturaleza interna del mundo. La libertad externa es lograda absorbiendo nuestros hechos con la imaginación moral. Steiner apunta demostrar que estos dos aspectos de la libertad interna y externa son integrales el uno al otro, y que la libertad verdadera será alcanzada solamente cuando se unan.”¹⁰

Tiene su razón el autor al sostener que la libertad plena se verificará cuando los aspectos de la libertad interna y libertad externa se unan como dos partes de un solo todo, dicho en otras palabras solo con el conocimiento y la aplicación del mismo seremos libres, consecuentemente, no solo aquellos que están reclusos en centros penitenciarios no tiene libertad, también aquel que actúa con total desconocimiento de lo injusto de su conducta –error de prohibición- carece de libertad, al igual que quien, por una fuerza irresistible no puede actuar, temas que serán analizados con el detenimiento debido a lo largo de nuestro estudio, sin perjuicio de ello es importante ponderar que en este instante, vislumbramos el corazón del trabajo, el hombre que no actúa con libertad, mal puede adecuar su conducta a una hipótesis punitiva prevista en

⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Edición, Tomo IV, pág. 829.

¹⁰ http://es.wikipedia.org/wiki/La_filosof%C3%ADa_de_la_libertad

la norma, conclusión a la que esperamos arribar luego de que atravesemos la teoría general del delito con los ojos de la libertad del ser humano.

1.3.- LA VIDA HUMANA OBJETIVADA Y EL DERECHO.

La vida humana es el centro de todo el conocimiento y la ciencias, ello quedó por demás claro en acápite anteriores, pero cuando el hombre vive se ocupa de situaciones, genéricamente de cosas, tiene problemas que los resuelve a través de su propio intelecto, para ello crea utensilios, herramientas, instituciones que llegan a convertirse en imperiosas necesidades para solventar otras necesidades, v.gr. las normas frente a la necesidad de una vida en armonía, consecuentemente nos referimos a actos humanos que dejan atrás una modificación a través de su actividad corpórea, los productos de la vida humana objetivada servirán para que el hombre alcance fines diversos, el hacha que ocuparon los pueblos primitivos –parte de su vida humana objetivada- respondía a un fin específico: defensa y casa, y así todos y cada uno de los productos que llegan a formar parte de este gran concepto que nos encontramos estudiando, no son entes reales sin más, sino que llegan a tener una utilidad específica en razón de la vida humana propiamente dicha.

Dentro del reino de la vida humana objetivada encontramos al derecho, como un conjunto de reglas y principios generales que rigen la vida de los seres humanos, fundada en verdades inmanentes a su propia esencia, entre ellas, la libertad del hombre, pues el ciudadano en ejercicio de su libertad, coadyuva al nacimiento de la norma y se subordina a ella, a pesar que sus consecuencias no sean del todo favorables frente a conductas prohibidas, tema que también será motivo de estudio en lo posterior, consecuentemente el derecho esta conformado por significaciones gestadas por mentes humanas que constituyen reglas para la vida del hombre en libertad frente a sus semejantes, dentro de dichas significaciones encontraremos proposiciones enunciativas y otras normativas, las primeras enuncian lo que es un ser, mientras que las segundas determinar un deber ser frente a un hecho específico, dentro de ellas, encontraremos las normas penales siendo interesante el concepto que brinda, para el efecto, el Código Penal Ecuatoriano: “Art. 1.- Leyes Penales son todas las que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena”. No

podemos perder de vista que el contenido del derecho inexorablemente responderá a un momento histórico de una sociedad determinada, tendrá una carga axiológica, responderá a políticas de Estado, e inclusive revisará la cultura de una sociedad, no por error hemos de sostener que el Derecho tiene fuerzas que modelan su vida, entre ellas: Fuerzas Políticas, Fuerzas Psicológicas, Fuerzas Económicas y Fuerzas Culturales.

1.4.- LA IMPUTACIÓN Y EL DERECHO.-

Hemos entendido ya que la libertad supone el hecho de no estar sometido al principio ciego de casualidad –genéricamente hablando con las precisiones realizadas en el punto 1.2.-, ante esta situación emergen las ideas de Hans Kelsen en su Teoría Pura del Derecho, al analizar la imputación frente a la libertad y su relevancia para el derecho, al respecto el autor austríaco sostiene: “Se suele decir que el hombre o que su voluntad es libre, puesto que su conducta no está sometida a leyes causales y en consecuencia, por deducción, puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad será así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica”¹¹

Es necesario recordar nuevamente que la ciencia jurídica, formula reglas de derecho que no recurren a principios naturales o de causalidad para su imposición, sino en virtud de la imputación, misma que vincula dos conductas humanas libres a saber: 1.- el acto ilícito, que para ser considerado delito debe haber sido cometido con total libertad por parte del agente; y, 2.- la sanción, cuya regulación ha sido acordada libremente por los ciudadanos a través del proceso legislativo que todos, de acuerdo o no, directa o indirectamente, coadyuvamos a su realización, consecuentemente, entre el acto ilícito y la sanción, como un cordón dorado de imputación supone pensar que el hombre que lo cometió es responsable del mismo, pues un acto idéntico, cometido por un ciudadano que no puede responder por su conducta mal puede acarrear una sanción, v.gr. aquel que tiene una enfermedad mental que le impide entender o de querer, en consecuencia es inimputable –Art. 34 del Código Penal Ecuatoriano- pues a nuestra lectura, su conducta tampoco es libre.

¹¹ KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994, pág. 28 y 29.

La imputación siempre tendrá puntos finales, no así la causalidad, tanto más que el principal problema que la imputación debe resolver se encuentra circunscrito en el hecho de determinar “quien es el responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser penado”.¹²

En suma, la imputación es imprescindible en la aplicación del derecho, empero para analizar criterios de imputación, inexorablemente debemos reparar en la libertad de la conducta del ser humano, dejando de lado, criterio causales y afianzando la filosofía del finalismo que guiará nuestro estudio.

1.4.1.- LA IMPUTACION Y LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.-

Hemos dicho ya que solo el ser humano puede ser sujeto de imputación, lo que nos da como lógica consecuencia el hecho que, en materia penal la imputación a una persona jurídica sea imposible, pues imputar es “atribuir a alguien una acción reprochable, una falta, y por ende, una acción confrontada y previa a una obligación o una prohibición que esta acción infringe”¹³, consecuentemente, en virtud de la imputación, al hombre se le puede hacer, por decir de alguna forma, rendir sus cuentas, siempre y cuando su conducta estaba en sus manos, dicho de otra forma, era libre en su actuar, “. . . y contrariamente no se le puede tratar como autor o como causante de la acción al sujeto en cuanto no sea señor de si mismo, ni de la causa”¹⁴

Frente a todo lo analizado respecto la imputación, Edgardo Donna, en su obra Derecho Penal Parte General dice: “Si así es entendida la imputación, ella debe fundamentarse en la autonomía de la voluntad (. . .) esto quiere decir que la imputación se dirige hacia un sujeto que es el agente de la realización de los hechos (. . .) El Derecho debe considerar al sujeto como un ser de la libertad, el cual en la realidad objetiviza su autonomía con otros sujetos tan autónomos como él, y muestra que el injusto personal no es otra cosa que un relativo defecto en esa autonomía, que requiere objetivización libre de la voluntad en la realidad. Con ello se puede afirmar que la autonomía es la posibilidad mínima de lo que puede ser el proceso consciente

¹² KELSEN, Hans, Ibidem, pág. 27.

¹³ RICOEUR, Paul, Lo Justo, Colección Esprit, Caparros Editores, Madrid, 1999, pág. 52.

¹⁴ PUFENDORF, Samuel von, http://en.wikipedia.org/wiki/Samuel_von_Pufendorf

de su pérdida, que se muestra de manera particular en el delito doloso”¹⁵, consecuentemente, la autonomía es una variante inexcusable como determinación libre del individuo.

1.5.- EL DERECHO PENAL.-

Hasta aquí hemos hablado de la vida humana como centro del pensamiento filosófico moderno, de la verdadera libertad del hombre, del derecho como producto de la vida humana objetivada y finalmente del principio de imputación en la vida del derecho, resta, para finalizar nuestro primer capítulo, el conceptualizar al derecho penal para luego hacer una referencia puntual al delito.

Académicamente el Derecho admite clasificaciones, entendiendo por clasificar el disponer por clases un tema determinado para su mejor estudio, y así encontramos al Derecho Privado, al Derecho Público y al Derecho Social, cada uno con enunciados diversos y con regulaciones diferentes, al respecto es diáfano el insigne maestro ecuatoriano Dr. Hernán Coello García al decir: “a) Derecho Público.- Se entiende por derecho público aquel que se encarga de las relaciones que surgen entre el Estado, los demás Estados, los órganos del Estado y los particulares con aquellos. Pertenecen al derecho público el Derecho Constitucional, que trata de las normas que organizan el Estado y regulan los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos; el Derecho Internacional Público, que se refiere a las relaciones entre los Estados, los organismos internacionales y los demás sujetos de derecho internacional; el Derecho Administrativo, que regula el funcionamiento de los órganos de poder público y la prestación de servicios públicos; el Derecho Penal, que se ocupa de la trilogía conformada por el delito, el delincuente y los efectos del delito; el Derecho Tributario, que regula la obtención y recaudación de los tributos, y el Derecho Procesal, que estudia la naturaleza, el desenvolvimiento y la eficacia del proceso, como un conjunto de actos destinado a la satisfacción de pretensiones. b) Derecho Privado.- Cuando regula las relaciones que se dan entre particulares. Pertenecen a esta rama del derecho, el Derecho Civil, derecho privado por antonomasia, que regula todo lo relativo a la persona, la familia y el patrimonio; el Derecho Mercantil, que regula

¹⁵ DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal Parte General. Tomo I, Rubinzal Culzoni, 2005, Argentina; pág. 27 y 28.

los actos de comercio y los derechos y obligaciones que nacen de tales actos y de los contratos mercantiles; y, finalmente, el Derecho Internacional Privado, que se ocupa de los conflictos de leyes en el espacio. c) Derecho Social o Nuevo Derecho, que no cabe en ninguna de las dos anteriores clasificaciones y que regula el trabajo como obligación social y las relaciones jurídicas que nacen del trabajo. Pertenecen al derecho social, el Derecho de Trabajo y otras ramas que van ganando autonomía como el Derecho Agrario, el Derecho de la Seguridad Social; etc.”¹⁶

Si bien es diáfano el profesor Hernan Coello, al momento de, académicamente, clasificar al derecho, no nos podemos quedar, para nuestros objetivos, conformes con la conceptualización dada por aquel respecto el derecho penal, y debemos ir, obviamente, un poco más lejos, y así, escogeremos la definición de Maurach, respecto el Derecho Penal al sostener que: “El derecho penal es aquel conjunto de normas jurídicas, que unen ciertas y determinadas consecuencias jurídicas, en su mayoría reservadas a esta rama del derecho, a una conducta humana determinada, cual es el delito. La consecuencia jurídica de mayor trascendencia es la pena; en todos los casos, ella afecta exclusivamente al autor de un delito, que ha actuado culpablemente. Además de la pena el derecho dispone de las medidas preventivas, sin carácter sancionatorio y condicionadas por la peligrosidad del autor, no por su culpabilidad; si el autor peligroso ha actuado culpablemente, el efecto de las medidas es complementario al de la pena; si, al contrario, el autor es incapaz de actuar culpablemente, las medidas reemplazan a la pena. A partir de la base de esta función del derecho penal, y de la particularidad de sus medios de reacción, es preciso concluir que la actual y común denominación de “derecho penal”, es demasiado estrecha. Un nombre que se ligara no a las consecuencias jurídicas sino a los presupuestos de éstas –como, por ejemplo, derecho de la reacción contra el delito o derecho criminal-, representaría de mejor manera el extenso ámbito de tareas del derecho penal”¹⁷. El citado autor ha tocado un tema que merece especial reflexión,

¹⁶ COELLO GARCÍA, Hernán, Epítome del Título Preliminar del Código Civil y sus Principales Relaciones con la Legislación Ecuatoriana, Universidad del Azuay, 1995, págs. 14 y 15.

¹⁷ MAURACH, Reinhart, Derecho Penal Parte General 1; Editorial Astrea, 1994, pág. 4.

esto es, la terminología del Derecho Penal, pues si bien es el más empleado, en el tiempo se han sugerido y ocupado otros, entre ellos:

1. “Derecho de castigar: nombre histórico, que no es sino la traducción literal del *jus puniendi* latino. Así se denominaron algunas leyes hasta el siglo XVIII. Hoy día está totalmente en desuso, pues subraya exclusivamente el carácter expiatorio de la sanción.
2. Derecho criminal: se usó en muchos países y se emplea todavía en los de tradición jurídica anglosajona (*criminal law*). Modernamente tiene poca aceptación, por cuanto pone el énfasis en la palabra “crimen”, de evidente contenido peyorativo, ya desaparecida en la mayor parte de los códigos y que, de todas maneras, no es aplicable a todas las infracciones de las cuales se ocupa este Derecho.
3. Derecho sancionador: algún autor propugnó este nombre que no resulta adecuado. En efecto, todo Derecho, no sólo el penal, es sancionador, pues en todo Derecho se establecen mecanismos de coactividad, o sanciones, frente a posibles casos de incumplimiento de sus disposiciones. Así, hay sanciones civiles (la nulidad de un contrato o el pago de indemnizaciones), hay sanciones administrativas (multa o destitución de un funcionario), etc. Por supuesto, las sanciones que impone esta rama del Derecho se caracterizan por su especial severidad, aunque son también sanciones como las otras.
4. Derecho protector de los delincuentes: este nombre fue propuesto por Dorado Montero, en consonancia con su idea de que el delincuente es un enfermo, que tiene derecho a una protección especial y no a un castigo. Esto significaría que las características fundamentales de este Derecho tendrían que sufrir modificaciones básicas, alternativa que por ahora es simplemente utópica.
5. Derecho de defensa social: nombre adoptado por el Código cubano de 1936, por influencia de la escuela positiva, pero que excede de las finalidades y

posibilidades de esta rama del Derecho, pues comprendería también los objetivos de otras leyes y de actividades político-administrativas del estado. Es un nombre que dice mucho más de lo que realmente pretende y puede ser este Derecho.

6. Derecho Penal: es un nombre universalmente extendido y aceptado, tanto por códigos y leyes, como por tratadistas. Sin embargo, puede afirmarse que es una denominación que enfatiza el aspecto puramente sancionador y que esto implica una limitación; aunque, por supuesto, aceptar este nombre no significa renunciar a posiciones doctrinarias tendientes a la modernización o reforma del Derecho Penal.”¹⁸

1.6.- EL DELITO. –

Cada tratadista del derecho penal ha intentado proponer un concepto de delito, v.gr. Carrara sostuvo que: “Delito es la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso”, empero nosotros podemos encontrar, clasificar las conceptualizaciones, y encontrar definiciones formales, materiales y estructurales del delito, debiendo anticipar el criterio al sostener que la última es la adecuada, no sin antes sostener que formalmente el delito es un acto legalmente punible, definición recogida por nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en el Art. 10 del Código Penal Ecuatoriano: “Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar”, sin embargo este tipo de conceptualizaciones pecan de tautológicas, ya que en suma de manera simple sostienen que el delito es un delito, sin encontrar la esencia del mismo, ni su género próximo como tampoco la diferencia específica. Frente a la simpleza de la definición formal, las definiciones materiales buscaron encontrar calidades del hecho delictivo, y así tenemos que materialmente delito es: “aquel acto que ofende gravemente el orden ético-cultural de una sociedad determinada en un momento

¹⁸ ALBÁN, Ernesto, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Ediciones Legales, sin página, fuente: Fiel Magister Plus.

determinado y que, por tanto, merece una sanción.”¹⁹, empero serían las escuelas alemanas del siglo XX las que encontrarían un concepto estructural del delito, entre sus mayores exponentes tenemos a Von Liszt, Beling, Mayer, Mezger, quienes refieren que un delito es: un acto, típico, antijurídico, culpable y como consecuencia de ello punible, el concepto nos permite analizar separadamente cada uno de los elementos estructurales del mismo, de tal manera que, solo cuando los cuatro elementos coexisten estamos frente a una infracción penal, debiendo en algunas ocasiones cumplir condiciones objetivas de penalidad, lo cual vuelve interesante a la Teoría General del Ilícito, pues cada uno de los elementos tienen componentes conceptuales de vital importancia para determinar si estamos o no frente a una infracción punible, pues quien mata a otro comete un acto, el mismo es típico, empero si lo hizo en su legítimo derecho a defenderse “legítima defensa”, estaríamos frente a una variante antinormativa pero no antijurídica, consecuentemente no tendríamos infracción que perseguir, es por ello que resulta importante estudiar cada uno de los elementos del delito para comprender cabalmente cuando estamos frente a un ilícito penal, inquietudes dogmáticas que, de forma prolija serán analizadas a lo largo del presente trabajo, conociendo de la dificultad de tan ambicioso objetivo, por ello Jiménez de Asúa manifestaba que: “Todos estos problemas yacen en la denominada dogmática del delito, que no es un tiquis-miquis jurídico, es decir una serie de abstruserías tudescas, como dijo Enrique Ferri al hablar irreverentemente de que en Alemania los Tratadistas complican y oscurecen los temas que abordan”²⁰

A lo largo de la tesis, revisaremos cada uno de los cuatro elementos que forman parte del concepto estructural de delito, mismos que serán analizados desde la óptica de la libertad del hombre, a fin de determinar si la conducta de aquel se adecua de manera inequívoca a las hipótesis punitivas que el Derecho Penal Especial determina, debiendo, para finalizar nuestro primer capítulo recordar la reflexión que al respecto Edgardo Donna realiza: “Así las cosas, el problema de la libertad cruza

¹⁹ ALBÁN, Ernesto, *Ibidem*.

²⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís, *Lecciones de Derecho Penal*, Editorial Oxford, Mexico, 2005, pág. 133.

toda la teoría del delito, de manera que en todos sus niveles habrá que exigirse esta imputación a una acción libre.”²¹

²¹ DONNA, Edgardo Alberto, op. cit, pág.55

CAPITULO II.
LA LIBERTAD DEL HOMBRE EN LA ACCIÓN.

2.- LA LIBERTAD DEL HOMBRE EN LA ACCIÓN.

2.1. EL COMPORTAMIENTO HUMANO COMO BASE DE LA TEORÍA DEL DELITO.-

En el primer capítulo del presente trabajo, analizamos filosóficamente la libertad del ser humano, entendida ésta como la capacidad de escoger una conducta determinada en un momento específico, si ello en breves rasgos supone LIBERTAD, aquel principio estará presente en cada uno de los elementos del concepto estructural del delito, desde la acción misma hasta la culpabilidad.

El presente trabajo no pretende ni de lejos convertirse en un tratado de derecho penal general, por tanto el estudio que se haga de cada uno de los elementos del concepto delito, se lo realizará a la luz de la libertad del ser humano, tanto más que a partir de la definición de Derecho Penal entregada por Maurach, tendremos con consecuencia que la materia básica de esta disciplina jurídica es el comportamiento humano: “El derecho penal es aquel conjunto de normas jurídicas, que unen ciertas y determinadas consecuencias jurídicas, en su mayoría reservadas a esta rama del derecho, a una conducta humana determinada, cual es el delito”²², criterio ponderado por Wolfgang Naucke, cuando iniciando su obra sostiene: “La función de los penalistas –y de los juristas en general- es decidir casos, habría que decir, más precisamente, conflictos, o sea, colisiones de derechos entre ciudadanos. Función de los penalistas es, entonces, decidir si, en un conflicto, en una colisión de derechos entre ciudadanos, se ha cometido un ilícito punible.”²³

2.2.- FORMAS DEL COMPORTAMIENTO HUMANO PENALMENTE RELEVANTES.-

Existen conductas que quizá moralmente pueden ser reprochables pero penalmente resultan irrelevantes, sin perjuicio de ello, toda conducta que para el derecho penal es importante, también lo es para la moral, consecuentemente el Código Penal recoge aquellas conductas que la sociedad las considera intolerables y a la vez provocan un daño (delitos de resultado) o pueden provocarlo (delitos de mera actividad, así tenemos que los primeros suponen que: “...el acto humano produzca un

²² MAURACH, Reinhart, Op. Cit. Pág. 4.

²³ NAUCKE, Wolfgang, “Derecho Penal”, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 2006; pág. 1.

resultado simultáneo o posterior, perfectamente distinguible porque se trata de un cambio material que experimentan las personas o las cosas. Así, en el homicidio, el acto humano es disparar, apuñalar o estrangular a otro, pero para que el delito llegue a su consumación hace falta un resultado, que es un acontecimiento distinto: la muerte de la víctima”²⁴, mientras que los segundos “su ejecución exige un acto que incluye en sí mismo el resultado. Este sería el caso del ejemplo propuesto por Jiménez de Asúa: “El que pasare por el puente N. será penado con...”²⁵; ejemplo claro de este tipo de infracciones es aquella tipificada en el Art. 31 de la Ley de Fabricación, Importación y Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios”, en lo que hace relación a la tenencia de un arma de fuego, fuera de las condiciones previstas en dicha norma.

Solo el comportamiento humano reñido con la disposición normativa que proscribire una conducta y a la vez determina los elementos objetivos y subjetivos para la correcta adecuación típica es relevante para el derecho penal, no así los pensamientos, pues, por más que en mi fuero interno tenga deseo de matar a mi vecino, si no comienzo a ejecutar el acto tendente a conseguir el resultado, el derecho penal no intervendrá, consecuentemente “la conducta humana es la base de toda reacción jurídicopenal, se manifiesta en el mundo externo tanto en actos positivos como en omisiones. Ambas formas de comportamiento son relevantes para el derecho penal(...) sobre ambas realidades ontológicas se construye el concepto de delito con la adición de los elementos fundamentales que lo caracterizan”²⁶

2.3.- LA ACCION.-

Todo trabajo, que, de alguna manera intente, estudiar la teoría general del delito, requiere adoptar un concepto de acción, misma que dirigirá de principio a fin su labor, aunque existan autores que consideran a la acción como parte del hecho típico, empero, con el respeto debido, manifestamos nuestra inconformidad con dicho criterio.

²⁴ ALBÁN, Ernesto; Op. Cit.

²⁵ ALBAN, Ernesto, Ibidem.

²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, “Teoría General del Delito”, Editorial TEMIS, Bogotá Colombia, 1990; pág. 10.

Donna, al respecto manifiesta que “el derecho, a través de sus normas, únicamente intenta prohibir o mandar acciones humanas, es decir, conductas que partan de la conciencia y de la voluntad del autor, comportamientos que como venimos afirmando sean propios del hombre, en el sentido de que sean por este dominables, suyos, en el sentido estricto de la palabra.”²⁷, resulta irrefutable que solo pueda tomarse como acción única y exclusivamente la conducta humana, siempre que este dirigido LIBREMENTE por el autor, dicho de otra manera, cuando el individuo sea propietario de su acto.

No ha faltado tanto en la doctrina como en el diario vivir, confusiones infundadas de términos diametralmente opuestos, nos referimos al hecho y al acto, siendo clara la diferenciación que el insigne profesor de nuestra universidad, Dr. Hernán Coello García, sostiene en su obra “Teoría del Negocio Jurídico”, cuando encontrando la diferencia de éstos dos, manifiesta: “Hecho participio del verbo hacer, que deriva del latín factus, expresión de muy rico contenido, pues comprende toda actividad, debe entenderse en general, como todo acontecimiento, independiente de su naturaleza, sin embargo, una mayor precisión terminológica no obliga a formular la distinción entre los hechos y los actos. A los primeros se les debe considerar como el género y a los segundos como la especie, en cuanto éstos últimos suponen necesariamente la actuación voluntaria del agente”²⁸, consecuentemente ACTO, desde el punto de vista jurídico (pero general), es una actuación voluntaria, es decir LIBRE del hombre, los actos admiten clasificaciones en la disciplina jurídica, éstos pueden ser lícitos, mismos que darán lugar a verdaderos negocios jurídicos, entendidos como actos lícitos vinculantes; y, además pueden ser ilícitos, que darán lugar al delito, sin dejar de lado la figura de la omisión.

Varias son las corrientes filosóficas que han determinado el modo de ser de cada teoría del delito, así tenemos:

- 1) El causalismo, que, en síntesis, pone el acento en la producción causal del resultado.

²⁷ DONNA, Edgardo; Op. Cit, Tomo II, pág. 103.

²⁸ COELLO GARCÍA, Hernán; Teoría del Negocio Jurídico, Universidad del Azuay, año 2006.

- 2) El finalismo, que, brevemente, supone que la acción humana esta dirigida a un objetivo en concreto a una finalidad específica.
- 3) El Funcionalismo, se basa en la función social del Derecho Penal, especialmente de la pena. “Para algunos autores, como Claus Roxin, el objetivo fundamental de la pena será la prevención especial; para Günther Jakobs, será un instrumento para asegurar la estabilidad del sistema y, por tanto, la pena servirá para la prevención general positiva.”²⁹, empero, más parecería que esta corriente, no incide en la teoría del delito como tal, sino en la finalidad máxima de la pena, como política criminal y como prevención.

Frente a las corrientes filosóficas, someramente referidas, es menester tomemos posición, respecto alguna de ellas, para continuar nuestro estudio, y concordamos con el padre del finalismo, Hans Welzel, al referir que: “acción humana es el ejercicio de actividad final. La acción es por eso, acontecer final, no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede preveer, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto fines diversos y dirigir su actividad, conforme su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo, puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente.”³⁰ Consecuentemente la actividad final es evidente en contraposición con la ceguera del causalismo, pues se encuentra orientada de forma LIBRE desde el fin. Esta dirección final se desarrolla en dos esferas:

- 1) Una esfera interna, del pensamiento, que supone el proponerse el fin, elegir los medios para alcanzar el objetivo y desencadenar el fenómeno causal, tomando en consideración, aquellos efectos concomitantes.
- 2) Una segunda esfera, física, pues, conforme su anticipación mental, el actor realiza su conducta en el mundo real, para alcanzar el fin propuesto.

²⁹ ALBAN, Ernesto; Op. Cit.

³⁰ WELZEL, Hans; Op. Cit, pág. 53.

Lo referido en el párrafo anterior, puede ser claramente comprendido en los delitos materiales o de resultado, más aún si proponemos un ejemplo real de un proceso en el que participamos como acusadores particulares:

A y B, en una condición económica deplorable, deciden engañar a su amigo C para que éste último incurriera en el negocio de la compra de oro, viajan desde el norte del país, con destino a la provincia de El Oro, C viaja con una fuerte cantidad de dinero entregada por su padre D, mientras A y B no, empero convencieron a C que también llevaban efectivo, llegan a la ciudad en horas de la noche, van a un lugar despoblado, y con el objetivo de robar a C, le inyectan benzodiazepinas³¹, y comienzan a ejercer violencia sobre C, para despojarlo de su maletín, en donde se encontraba el dinero, C empieza a resistirse, y en ese momento A y B, lo asfixian, es decir las violencias ejercidas causan la muerte instantánea de C.

A y B, con el plan diseñado para robarle a C, eligen los medios (el engaño del viaje, la travesía en sí, el fármaco), toman en consideración los efectos concomitantes (que el fármaco no sea suficiente y tengan que agredirlo físicamente pudiendo matarlo), con todo ello, desencadenan su accionar, el resultado se produce, adecuando su conducta al tipo penal previsto en el Art. 550 del C. Penal, en relación a lo prescrito en el último inciso del Art. 552 *Ibidem.*³², recibiendo la condena de rigor.

Vemos que la teoría final de la acción, es más compleja y por sobre todo correcta, frente a la teoría causal, pues de acuerdo a ésta última, la acción es “simplemente el comportamiento humano que produce modificación en el mundo, es decir, el mero impulso voluntario que pone en marcha la relación causal. La acción se analiza de manera objetiva, en el sentido de que no interesa la finalidad del autor, es

³¹ Depresores del sistema nervioso central, elimina la resistencia de la víctima.

³² Art. 550.- El que, mediante violencias o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas, sustrajere fraudulentamente una cosa ajena, con ánimo de apropiarse, es culpado de robo, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitararlo, en el momento de cometerlo, o después de cometido para procurar su impunidad.

Art. 552 (...) Si las violencias han causado la muerte, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

decir se prescinde de todo análisis subjetivo”³³ generando por tanto una cadena causal interminable que haría difícil la imputación, e inclusive en ciertos momentos absurda. En el ejemplo, con la tesis causalista, tendríamos también que discutir la conducta de D –que entrega el dinero a C- pues de no verificarse este hecho, C jamás hubiese viajado y el delito no se hubiere cometido, un razonamiento absurdo e ilógico por decir lo menos.

Concluyendo, recordaremos las enseñanzas del profesor Francisco Muñoz Conde: “se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre acción final.”³⁴ Empero aquella acción entendida como manifestación de voluntad (acción u omisión), debe, para ser tal, tener un claro contenido de LIBERTAD, caso contrario, ésta se excluye, conforme lo analizaremos posteriormente.

2.4.- ACCION Y RESULTADO.-

La acción y el resultado son dos variables distintas, recordemos que en los delitos de resultado, la acción siempre va a modificar algo en el mundo externo, produciendo una consecuencia final, esto es un resultado, consecuentemente éste no es parte integrante de la acción, por tanto, en los ilícito materiales, entre acción y resultado debe existir una relación causal, misma que inclusive es recogida en nuestro ordenamiento jurídico penal, en el Art. 13 de la norma sustantiva penal que reza: “El que ejecuta voluntariamente un acto punible será responsable de él, e incurrirá en la pena señalada para la infracción resultante, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar, o recaiga en distinta persona de aquella a quien se propuso ofender.”, es por ello que para la existencia de una sentencia condenatoria, conforme lo prescribe el Art. 304 A del Código de Procedimiento Penal, debe demostrarse conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, debiendo existir entre los dos conceptos un hilo conductor o nexo causal conforme lo expresa el Art.

³³ DONNA, Edgardo, Op Cit., pág. 111.

³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, Op. Cit. Pág. 11.

88 de la norma adjetiva penal, en palabras de Muñoz Conde “una relación que permita, ya en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado”³⁵, sin perjuicio de que luego se deban exigir otros elementos a fin de deducir una responsabilidad, por ejemplo la imputabilidad que se reduce en la verdadera libertad cuando se analiza el último elemento del concepto delito.

2.5.- LA OMISION.-

Con mucho acierto Jiménez de Asúa, cuando comienza a estudiar la omisión sostiene: “Al ocuparnos del concepto de acto, ya hemos dicho, que éste abarca tanto el hacer como el omitir. De esta doble y contrapuesta forma de actividad ha nacido una clasificación de las infracciones, objeto de polémica y largo estudio”³⁶

Cuando nos referíamos a las formas de comportamiento humano penalmente relevantes decíamos que éstas pueden verificarse mediante actos positivos (acción propiamente dicha) o mediante omisiones cuando se tiene el deber jurídico de actuar de una determinada manera y no de otra, de ahí la regulación normativa del Art. 12 de nuestro Código Penal: “No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.”, de tal manera que, el comportamiento pasivo LIBRE del ser humano, dadas las condiciones objetivas y subjetivas del hecho puede llegar a ser penalmente relevante, empero, deberemos aclarar que la omisión no supone un simple NO HACER, sino que supone un no hacer cuando tengo la obligación de desarrollar una conducta específica. Es clásico el ejemplo de Donna:

Juan que se encontraba en una playa, tira al mar a un niño que no sabía nadar. En la orilla se encontraban mirando como el niño solicitaba auxilio: su madre adoptiva, su padre, la niñera, un transeúnte, y un vecino. El niño se ahogó.

En el ejemplo, no todos los partícipes del hecho se encuentran en la obligación jurídica de actuar, tema sobre el que volveremos con detenimiento en un futuro, pues dicha obligación, también puede nacer de un actuar libre sin dejar de lado otras fuentes de la posesión de garante.

³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, Ibidem, pág. 22.

³⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís; Op. Cit., pág. 140.

Como vemos acción y omisión no son dos formas diametralmente opuestas, sino por el contrario dos clases independientes de la conducta del hombre, regidos por su libertad y por tanto por su final voluntad.

2.5.1.- TIPOS DE OMISIÓN.-

Los delitos de omisión, admiten clasificación , básicamente en dos supuestos, delitos de omisión propia y delitos de omisión impropia, al respecto, diáfano es el criterio del profesor Maurach, cuando refiere: “Con el fin de evitar una probable y desgraciada confusión, en lo sucesivo los tipos que comprenden una inactividad actuante legalmente descrita (p.ej, el no proporcionar ayuda, la omisión de una denuncia) serán designados como delitos de omisión propia u originales, en atención al tenor legal, en tanto que contienen una actividad actuante legalmente descrita (dar muerte, dañar la salud, causar daño al patrimonio, falsificar) corresponde a los delitos de comisión propia u originales. En consecuencia, serán considerados como delitos de comisión impropia aquellos que realizan el tipo de un delito de comisión propia mediante una inactividad (el padre no salva a su hijo de la muerte segura); la realización activa del tipo de un delito de omisión impropia será descripto, concordantemente, como un delito de comisión propia”³⁷

Consecuentemente tenemos dos tipos de omisiones:

1. Delito omisivos propios.
2. Delitos omisivos impropios

2.5.1.1.- DELITOS DE OMISIÓN PROPIOS.-

Como se manifestó en líneas anteriores, aquellos en el que el contenido delictual esta elaborado por una simple infracción LIBRE de un deber específico de actuar, aquí no encontramos aún la posición de garante que si aparecerá en los delitos de omisión impropios, empero ello no supone que la inacción, cuando estoy obligado ha actuar, deje de ser libre y esa sola omisión constituya delito.

Dentro de nuestro código penal encontramos varios de estos delitos de omisión propios, revisemos algunos ejemplos:

- Art. 235.- (Reformado por el Art. 49 de la Ley 2002-75, R.O. 635, 7-VIII-2002).- Los que, sin causa legítima, rehusaren prestar el servicio

³⁷ MAURACH, Reinhart; Op Cit, pág. 223-224.

que se les exija en la profesión, arte u oficio que ejerzan, o de cualquier otra manera que sea necesaria para la administración de justicia, o servicio público, serán reprimidos con prisión de ocho días a dos meses y multa de seis dólares de los Estados Unidos de Norte América, sin perjuicio de que se les compela a prestar el servicio que se les hubiere exigido.

- Art. 249.- (Reformado por el Art. 56 de la Ley 2002-75, R.O. 635, 7-VIII-2002).- El funcionario público a quien corresponda, como a tal, el cumplimiento y ejecución de una ley, reglamento u orden superior que legalmente se le comunique, no lo cumpla y ejecute, o no lo haga cumplir y ejecutar, en su caso, por morosidad, omisión o descuido, será reprimido con multa de dieciséis a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América.
- Art. 261.- Los funcionarios que cobraren por sí mismos, debiendo hacerlo por medio de otro, las multas que impusieren; o que no otorgaren recibo del pago; o no dejaren constancia de la multa en el libro correspondiente, serán reprimidos con quince días a un año de prisión y el cuádruplo de la multa indebidamente cobrada.
- Art. 277.- Son prevaricadores y serán reprimidos con uno a cinco años de prisión: (...)4o.- Los empleados públicos de cualquier clase que, ejerciendo alguna autoridad judicial, gubernativa o administrativa, por interés personal, afecto o desafecto a alguna persona o corporación, nieguen, **rehúsen** o retarden la administración de justicia, o la protección u otro remedio que legalmente se les pida o que la causa pública exija, siempre que estén obligados a ello; o que, requeridos o advertidos en forma legal, por alguna autoridad legítima o legítimo interesado, rehúsen o retarden prestar la cooperación o auxilio que dependan de sus facultades, para la administración de justicia, o cualquiera necesidad del servicio público; (...).

- Art. 541.- El que habiendo encontrado un niño recién nacido, no lo hubiere entregado en el término de tres días, al teniente político, o autoridad de policía del lugar en que fue encontrado, será reprimido con prisión de ocho días a tres meses.

Vemos que en las infracciones señaladas anteriormente, la propia norma establece una determinada forma de actuar, aunque implícita, pero la establece, v.gr., entregar al niño recién nacido en el término de tres días, por tanto, la violación a aquella obligación jurídica, en palabras de Maurach “comprenden una inactividad actuante legalmente descrita”, y el mero hecho de no cumplir con el mandato normativo, es decir adecuar la conducta a la inactividad actuante legalmente descrita, hace que adecuemos la conducta a un tipo penal en concreto (sin dejar de lado el análisis de los siguientes elementos del delito).

2.5.1.2.- DELITOS DE OMISION IMPROPIA O DE COMISIÓN POR OMISION.

Dentro de los delitos de omisión, particular atención merecen aquellos de omisión impropia o comisión por omisión, pues en ellos el comportamiento omisivo no se menciona de forma categórica en el tipo penal, empero por lógica (y mandato normativo Art. 12 del Código Penal), nos obliga a considerar esa conducta omisiva como equivalente, desde una óptica netamente valorativa y consecuentemente incluirla, mediante una operación lógica-jurídica, en la descripción típica, es por ello que Welzel sostiene: “. . . existe además un vasto grupo de mandatos que obligan a evitar la inminente lesión de deberes jurídicos, sin estar sancionados expresamente por la ley. Su trasgresión se castiga, generalmente, de acuerdo al marco penal de aquellos delitos de comisión que se refieren a la realización misma de la lesión. . . Este amplio grupo de delitos de omisión que no están colocados expresamente bajo sanción por la ley penal, es denominado “delitos de comisión por omisión” o “delitos de omisión impropia”. Los delitos de omisión impropios se diferencian de los otros

dos grupos de delitos de omisión solamente en que no están tipificados por la misma ley. . .”³⁸

En la práctica son los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión los que mayores dificultades acarrearán para su comprensión, por ejemplo, da lo mismo la madre que mata a su hijo mediante una acción determinada como aquella que deja morir a su bebé por inanición. Ideas que para su entendimiento demanda la correcta conceptualización de lo que la doctrina ha llamado posición de garante.

2.5.1.2.1.- LA POSICION DE GARANTE.-

En el ejemplo dado con mediana anterioridad, si un niño se está ahogando en el mar, y muy cerca en la playa se encuentran sus padres y además de ellos un desconocido, la imputación a las tres personas será del todo diferente, pues el último no tiene la obligación de guardar o tutelar el bien jurídico vida del mencionado menor, entonces, solo el no evitar un resultado típico por parte de una determinada persona con poder para ello convierte a dicha persona en autor en el sentido de un delito de omisión impropio. En otras palabras, autor de omisión es solo aquella persona que tiene posición de garante efectiva respecto del bien jurídico –el padre, la madre adoptiva y la niñera en el ejemplo de acápites anteriores-; y, en dicha posición no evita el resultado típico a pesar de poderlo hacer.

De tal manera que la posición de garante constituye una especial relación vital unida íntimamente con el bien jurídico en peligro, ahora bien el deber de garante nace cuando el afectado toma conocimiento de los presupuestos de dicha posición, en el ejemplo anterior, el padre queda obligado a impedir el resultado lesivo de su hijo que esta ahogándose solo cuando reconoce como hijo propio a dicho niño.

En el pasado dijimos que solo aquellas personas que tienen una especial vinculación con el bien jurídico protegido pueden ser considerados como garantes del mismo, el clásico ejemplo de la madre frente al recién nacido y su obligación de alimentarlo, empero son varias las fuentes que pueden fundamentar la posición de garante, las mismas que, las agruparemos en tres estamentos:

1. La llamada FUNCIÓN PROTECTORA DE UN BIEN JURÍDICO, en virtud de una vinculación natural que se da comúnmente en el ámbito familiar.

³⁸ WELZEL, Hans; Op. Cit. pág. 279.

2. LA COMUNIDAD DE PELIGROS; que existe por ejemplo en el ejercicio de deportes colectivos, como el andinismo, de cuya práctica deviene la obligación de realizar ciertas acciones de ayuda a los demás participantes para de esta manera sortear los peligros.

3. EL DEBER DE VIGILANCIA DE UNA FUENTE DE PELIGROS, verbigracia la posesión de animales domésticos, sustancias inflamables; etc.

Es necesario puntualizar que la posición de garante puede incluso provenir por asumirse de hecho la garantía LIBREMENTE, bien sea por asumir deberes contractuales por ejemplo el de salvavidas en una playa, o por haber asumido la garantía de manera independiente a cualquier relación contractual, en este caso están los servicios médicos de urgencia. Además es unánime la doctrina cuando considera que la posición de garante también puede nacer por un actuar precedente peligroso, en otras palabras por la ingerencia, es decir, aquel individuo que culposa o dolosamente, ha dado lugar al peligro inminente de un resultado típico tiene que impedirlo.

2.6.- INEXISTENCIA DE ACCIÓN.- (abarca acción y omisión)

Lo analizado hasta el presente momento, se reduce al criterio del maestro Zaffaroni, para quien resulta de “elemental racionalidad que cualquier pretensión de ejercicio de poder punitivo se asiente sobre la acción de una persona”³⁹ y esa persona necesariamente sea libre, partidario de dicha teoría es Maurach, cuando al analizar la función de delimitación del concepto de acción manifiesta: “una determinada conducta socialmente pueda ser valorada como acción, depende si ella estaba o no dirigida por la voluntad, solo en el primer caso cabe hablar de una acción, toda las teorías coinciden en cuanto a que el concepto de acción humana supone un actuación de la voluntad; solo la conducta basada en la voluntad es penalmente relevante, susceptible de tipificación (...), por lo mismo deben ser eliminadas de plano del campo de la acción aquellas formas de conducta que no sean el producto de una

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul, Derecho Penal Parte General, Buenos Aires Argentina, EDITAR, 2002, pág. 399.

voluntad dirigente: una conducta que no puede ser controlada no es un punto de partida idóneo para la responsabilidad penal”⁴⁰

Consecuencia de lo analizado, resulta completamente claro y lógico que la acción se excluya cuando falte la voluntad o libertad del agente, particularidad posible en la realidad, y que por ello encuentra regulación normativa y análisis dogmático, por tanto es menester encontremos conductas NO LIBRES, que no estarán dominadas por la voluntad del agente y de esta manera no sean idóneas para considerar que estamos frente a una acción desde la óptica de la teoría general del delito. En tal virtud, si aquellos hechos (nótese que no utilizamos la palabra acto), carentes de voluntad, aunque realizados por un ser humanos, empero sin libertad, causan daño, no estamos frente a un delito.

Podemos clasificar las causas de inexistencia de acción o ausencia de acto en tres supuestos:

- 1) Fuerza física irresistible.
- 2) Estados de Inconciencia.
- 3) Movimientos reflejos.

2.6.1.- FUERZA FÍSICA.-

Estamos frente a una fuerza, que proviene del exterior que materialmente actúa sobre el sujeto, eliminando su libertad, debiendo ser absoluta, sin dejar opción alguna al que la sufre. Nuestro ordenamiento jurídico penal reconoce este hecho cuando lo analiza en el Art. 18 del Código Penal, que dispone: “No hay infracción cuando el acto está ordenado por la ley, o determinado por resolución definitiva de autoridad competente, o cuando el indiciado fue impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir.”, en este último supuesto, el agente actúa “impulsado por una fuerza exterior imposible de controlar. Es decir, en los supuestos de fuerza física irresistible, existe una fuerza ajena que actúa sobre el hombre convirtiéndolo en una masa mecánica, pudiendo provenir de una acción de un tercero”⁴¹

Quizá sea sumamente complejo pensar en la fuerza física como una variable que excluye o elimina el primer elemento del delito en los ilícitos de acción, no así en

⁴⁰ MAURACH, Reinhart, Op. Cit, pág. 246.

⁴¹ DONNA, Edgardo, Op Cit, pág. 186.

los de omisión, v.gr. A y B, con la intención de matar a un niño de un año de edad, lo arrojan a una piscina, en presencia de su padre C, quien se encuentra en la obligación jurídica de actuar, empero se encuentra atado pues D y F que son parte del macabro plan, previamente lo dejaron fuera de combate atándolo de pies y manos. En el caso estamos frente a un hecho completamente involuntario para C (no para los demás).

Es discutible si la fuerza moral, puede eliminar la acción libre, parte de la doctrina considera que ello no es posible, empero la jurisprudencia a cedido a la realidad, existiendo casos en los que, dada la rusticidad de un individuo, la fuerza moral puede eliminar la libertad en el acto:

"S. manifiesta haber procedido así bajo temor reverencial, bajo la influencia de una fuerza que no pudo resistir; el miedo a L. P., que anuló su voluntad en todos sus campos; además la sentencia toma en cuenta que S. es rústico, de escasísima mentalidad, incapaz de poder discernir acerca de las consecuencias que pudo tener esta contradicción en sus declaraciones; de todo lo anterior, el Tribunal llega al convencimiento de que S. no pudo superar el miedo ante la vigilante mirada de L. P. que presenciaba su primera declaración, sabiendo que si decía la verdad tenía que soportar graves daños para su integridad física y quien sabe si hasta su vida o la de los suyos', circunstancias que dan lugar a la aplicación del Art. 18 del Código Penal que establece que no hay infracción cuando el indiciado fue impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir, llegando la sentencia a conclusión de que el temor, el miedo que producía P. en S. anuló la voluntad y conciencia del sindicado, por lo que no cometió delito." ⁴²

2.6.2.- ESTADOS DE INCONCIENCIA.

Falta la acción también en los estados de inconciencia, pues los actos que se realicen no dependen de la voluntad del hombre y por tanto, en estricto sentido no son libres. Empero "aunque en los estados de inconciencia falta la acción, pueden en un momento dado ser penalmente relevantes, si el sujetos se ha colocado

⁴² Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia: - 14-III-1961 (GJ, S. IX, No. 10, p. 1057)-

voluntariamente en dicho estado para delinquir (el guardagujas que se emborracha hasta quedar dormido para provocar intencionalmente un choque de trenes)⁴³ ello supone lo que en doctrina se llama ACTIO LIBERAE IN CAUSA, tema que será motivo de análisis posteriormente.

Varios son los supuestos que podemos encontrar de estados de total inconciencia, en los que el agente carece de libertad, pudiendo englobar los hechos en tres supuestos:

- 1) Sueño natural.
- 2) Sonambulismo.
- 3) Sugestión hipnótica.

2.6.2.1.- EL SUEÑO NATURAL.-

Es sueño ocupa quizá la tercera parte de nuestra vida corresponde netamente a una fase nictamenral de los ritmos biológicos circadianos, “durante el sueño, al cerrarse los ventanales que mantienen despierta la conciencia, el organismo entra en reposo mientras se degradan los metabolitos de la fatiga. La conciencia fisiológica no descansa: el durmiente es capaz de cambiar de posición en el lecho; puede encoger automáticamente un miembro ante un estímulo físico a pesar de no tener ningún conocimiento del fenómeno. En el sueño se suspende la conciencia perceptiva, desde luego, la discriminativa, pudiendo activarse el subconsciente que, fuera de control cortical, aflora con su carga de sueños y pesadillas. La regulación sueño-vigilia estaría representada por la actividad del sistema impulsor del centroencéfalo sobre la corteza cerebral. Durante el sueño se interrumpe transitoriamente el flujo de las excitaciones mesoencefálicas, entonces la corteza queda en silencio y el sujeto duerme.”⁴⁴

Si el sueño es lo que hemos analizado en líneas anteriores, mal podría sostener que alguien, que actúa de determinada manera, estando dormido, lo haga con libertad, consecuentemente, estaríamos frente a un supuesto de inexistencia de acción. El profesor Ernesto Albán, al analizar este tema, sostiene: “En este estado de reposo que sobreviene por causas fisiológicas normales, no puede afirmarse que haya actos del

⁴³ MUÑOZ CONDE, Francisco, Op Cit. Pág. 18.

⁴⁴ CABELLO, Vicente P., Psiquiatría Forense en el Derecho Penal, Psiquiatría Forense en el Derecho Penal, Tomo I, HAMMULABI, Buenos Aires, 2005, pág. 243.

durmiente, pues los movimientos corporales que puedan producirse carecen de toda manifestación de voluntad, aun cuando llegaran a lesionar determinados bienes jurídicos (la vida de un niño, por ejemplo, muerto por sofocación).⁴⁵

2.6.2.2.- EL SONAMBULISMO.-

Constituye una grave alteración del sueño que provoca, en determinadas personas, la realización de actos mas o menos complejos pero estado dormidos, pudiendo los mismos ser recordados como un sueño, o simplemente olvidados, empero que sucede cuando aquel, lesiona bienes jurídicos ¿?. Si manifestamos que el sonambulismo es una alteración del SUEÑO, sus movimientos son inconcientes y no libres, por tanto su regulación en lo que tiene que ver al acto como tal, no se diferencia en lo absoluto del durmiente.

2.6.2.3.- SUGESTION HIPNÓTICA.-

Supone aquel sueño producido por el hipnotismo, siendo éste “un procedimiento empleado para producir el sueño llamado magnético, por fascinación, mediante influjo personal o por aparatos adecuados”⁴⁶, es discutible si la hipnosis pueda dar uno de estos estados, pues se dice que los frenos inhibitorios del sujeto podrán más que las órdenes del hipnotizador, empero cierta parte de la doctrina considera que una persona sometida a sugestión hipnótica abandona su LIBERTAD, y consecuentemente se convierte en un instrumento de otro para cometer un fin delictivo, en este caso, tendríamos una ausencia de acto por parte del hipnotizado empero el problema debería ser resuelto con el desplazamiento de la responsabilidad del sujeto hacia “el hombre de atrás” es decir el hipnotizador.

2.6.3.- LOS MOVIMIENTOS REFLEJOS.-

Los movimientos reflejos, que pueden devenir inclusive de instintos de defensa, no son guiados por la voluntad, es decir, el hombre que actúa por un movimiento reflejo no es libre, distintos a aquellos que la doctrina los ha llamado de “corto circuito”, es decir reacciones libres pero impulsivas en las que el agente actúa voluntariamente, de tal manera que la acción no se excluye.

⁴⁵ ALBAN, Ernesto, Op. Cit.

⁴⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Para Muñoz Conde, cuando analiza los movimientos reflejos, los explica de la siguiente manera: “el estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que lo transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores”⁴⁷ de tal manera que, quien lesiona un bien jurídico por un “movimiento reflejo”, no comete infracción pues su acto no es libre, sino determinado por una causalidad fatalmente natural, siendo clásico el ejemplo de aquel que sujeta un objeto en sus manos y en una convulsión epiléptica lo deja caer y lo rompe, o lo lanza en contra de otra persona produciéndole lesiones.

2.6.4.- ACTIO LIBERAE IN CAUSA.

Hemos revisado los supuestos en razón de los cuales no existe acción que perseguir, porque si bien, v.gr. la madre dormida asfixia a su hijo, supone una conducta, empero aquella no es gobernada por la voluntad, dicho de otra forma, su proceder no es LIBRE, empero, una vez verificada la existencia de cualquiera de las variables que producen ausencia de acto, es menester revisemos que fue lo que sucedió con el agente previo a que se encuentre en dicha situación –teoría que es válida además para el caso de imputabilidad-.

Sería irrelevante para el derecho penal, el supuesto de aquella persona que voluntariamente se haya puesto en una situación de ausencia de acto, para cometer la infracción, es decir estamos frente a un sujeto que al tiempo de idear los actos los hizo con libertad y con esa misma prerrogativa, se puso en una de las situaciones previstas en este acápite (aunque en algunas objetivamente no sea posible, como en la fuerza física), para cometer el ilícito, por ejemplo el mismo guardagujas que se emborracha hasta quedar dormido para provocar intencionalmente un choque de trenes, aunque se encontraba dormido, LIBREMENTE se puso en dicha situación, consecuentemente, responde por sus actos, sin perjuicio de ello deberemos analizar los siguientes elementos del delito frente a la conducta del guardagujas, al contrario, si se considera que del hecho no existe un ACTO, el estudio de los siguientes elementos deviene en innecesario.

⁴⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, Op Cit. Pág. 18.

2.7.- IDEAS FINALES.-

Ha quedado claro que la LIBERTAD del hombre gobierna el primer elemento del concepto funcional de delito, es decir la acción, consecuentemente previo a analizar si una conducta es o no relevante para el derecho penal, debemos referir si existe una manifestación de voluntad libre y final, y de ese supuesto partir hacia el análisis conceptual correcto, solo cuando eliminamos la LIBERTAD del hombre en su conducta, frente a la acción, estaríamos en un caso de ausencia de acto, pues de no ser así, dicha tesis sería inaceptable, puesto que, si el hombre es libre, el hombre ACTUA, siendo interesante para concluir, analizar un fragmento de una importante jurisprudencia:

"El señor Juez de primer nivel, al coincidir en el único punto con la Sala reconoce, invocando a Coello Calón que 'la fuerza irresistible está constituida por la violencia material que no PUEDE RESISTIRSE, que no provenga del mismo individuo, sino de un tercero y que obligue a la perpetración de un delito' y puntualiza que 'el actor o sea el sindicado, fue provocado, manejado por un tercero', cabe aclarar que para que se produzca la eximente de responsabilidad conocida como 'fuerza irresistible', deben actuar tres personas: el que ejerce la fuerza que no puede resistirse y que, generalmente, es el que obtiene provecho del ilícito penal; el que ejecuta el acto mediante la presión sujetos activos los dos y del agraviado sujeto pasivo ... En consecuencia, mal puede decirse que quien sufrió las lesiones, ejerció el acto de violencia, en perjuicio de sí mismo."⁴⁸

⁴⁸ Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia: - 1-IX-1981 (GJ, S. XIII, No. 12, p. 2909)-

**CAPITULO III.
LA LIBERTAD DEL HOMBRE EN LA TIPICIDAD.**

3. LA LIBERTAD DEL HOMBRE EN LA TIPICIDAD.

3.1.- LA TIPICIDAD.- CONCEPTO.-

Algunos autores han considerado que en el concepto de delito, entendido éste como un acto, típico, antijurídico y culpable, la acción constituye el sustantivo y los demás elementos los adjetivos de aquella, afirmación acertada desde todo punto de vista, tanto más que en cada elemento del concepto delito la acción libre del hombre debe verificarse, produciendo cambios inclusive en el desvalor de su acto, por ejemplo, libremente el ser humano puede llegar a adecuar su conducta a un tipo doloso o a un tipo culposo, siendo más grave aquel que éste último.

Donna es uno de los doctrinarios que fuertemente han defendido el hecho de que, es la acción la que gobierna a toda la teoría del delito, por ello cuando comienza a analizar la tipicidad manifiesta que “es otra forma de analizar la acción desde el punto de vista del sistema de la teoría del delito”⁴⁹

El tipo penal será la descripción objetiva y subjetiva de una conducta considerada por el legislador como infracción penal y la adecuación típica la identificación plena de la conducta humana libre con la hipótesis punitiva prevista en la norma, de ahí que Muñoz Conde refiera: “La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del principio de legalidad en su vertiente *nullum crimen sine lege*, solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales.”⁵⁰ Si esto es así el tipo penal tiene funciones entre ellas:

1. Será un seleccionador de conductas humanas que el derecho penal considere relevantes.
2. Será garantista, pues solo las conductas que se adecuen milimétricamente al tipo penal en concreto pueden ser delitos.
3. Será preventivo, pues indica a todos los ciudadanos que conductas son intolerables para la norma punitiva y por tanto sujetas a sanción penal, de tal

⁴⁹ DONNA, Edgardo; Op Cit, pág. 353.

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, pág. 37

manera que los miembros de una sociedad deberán abstenerse de realizar dichos actos.

Como vemos el tipo penal estará destinado a proteger bienes jurídicos, entendidos éstos como intereses jurídicos penalmente relevantes, si esto es así, el tipo tiene relación tanto con los bienes jurídicos protegidos cuanto con la norma en sí, por ello es correcta la afirmación de Donna cuando refiere: “Todo parte del bien jurídico o interés que se procura resguardar a través del derecho penal. El bien jurídico es el centro de toda la construcción de la norma y del tipo penal. Gráficamente podría sintetizarse la cuestión de la siguiente forma: si se quiere proteger la vida como bien jurídico fundamental, para ello existen normas (escritas o no escritas), que están destinadas a prohibir ciertas conductas que implican un ataque contra la vida (por ej. Está prohibido matar) y, además se exigen jurídicamente acciones que son necesarias para preservar la vida (por ej., se debe auxiliar a quien se encuentra en situación de necesidad)...con el fin de procurar el respeto de la norma –e indirectamente la protección del bien jurídico- se crean tipos penales que describen la conducta contraria a la norma y le establecen una sanción penal”⁵¹

3.2.- LA ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL.-

Dentro de todo tipo penal encontraremos elementos objetivos y elementos subjetivos, por ello concluiremos sosteniendo que dichas variables son los componentes estructurales de todo tipo penal, y su equívoco frente a una acción, que por el error, no llega a ser libre, variará sobre manera la imputación a realizar al sujeto pudiendo inclusive, en un momento dado excluir la tipicidad, como en el caso del error de tipo que será analizado en lo posterior.

3.2.1.- EL TIPO OBJETIVO.-

El tipo objetivo es, por ser gráficos, el corazón real-material de toda infracción, es decir la descripción específica del hecho en concreto y externo que constituye por tanto el pilar de la estructura filosófica del delito, por ello Welzel nos enseña: “La objetivación de la voluntad encuentra su expresión típica en las circunstancias del hecho objetivadas, que pertenecen al tipo objetivo. Este llamado tipo objetivo no es de ningún modo algo externo permanente objetivo que estuviera

⁵¹ DONNA, Edgardo, Op. Cit, pág. 354.

absolutamente libre de momentos subjetivos (...) el tipo objetivo no es objetivo en el sentido de ajeno a lo subjetivo sino en el sentido de lo objetivado. Comprende aquello del tipo que tiene que encontrarse objetivado en el mundo exterior”⁵²

Todos los tipos penales tienen elementos objetivos, que como refiere Welzel, no pueden ser desarraigados de aquellos subjetivos que serán estudiados más adelante, empero en ambos, para la realización típica correcta requerimos nuevamente la libertad del hombre. Dentro de la descripción objetiva tendremos referencia al verbo rector (“matar”, “robar”, “falsear”), al sujeto activo (“el que”, “funcionario público”, “juez”), al sujeto pasivo (“presidente de la república”, “hombre”), referencia al objeto material (“armas”, “estupefacientes”, “cosa ajena”), a los medios (“engaño”, “violencia”, “fuerza”), e inclusive, a veces condiciones de lugar y tiempo (“despoblado”, “tiempo de guerra”).

Como vemos un error en la valoración de los elementos objetivos del tipo penal, podría hacer que la conducta de un ciudadano, que, respecto a esa situación, se encuentra limitada su libertad, típicamente cambie –sin excluir su responsabilidad frente al verdadero delito cometido (en caso de que se cumplan todos los requisitos exigidos por la teoría general del delito), más aún en ilícitos relacionados como son el parricidio y el asesinato, siendo interesante una jurisprudencia al respecto:

“...las infracciones de asesinato y de parricidio son excluyentes, ya que el parricidio es un homicidio o asesinato entre parientes cercanos. El artículo 452 del Código Penal tipifica al parricidio como una infracción específica; y por lo mismo no puede hablarse de concurso ideal de infracciones y la presunta indefensión de la víctima como circunstancia constitutiva de asesinato según el artículo 450, numeral 5to. del Código Penal, y la alevosía consignada en el numeral 1o. Para independizarla del asesinato y tratarle como agravante genérica al tenor del artículo 30 del mismo cuerpo legal. El homicidio se convierte en asesinato, cuando concurren las circunstancias del artículo 450 del

⁵² WELZEL, Hans. Op Cit, pág. 93.

Código Penal, y si el homicidio es en la persona del padre, se habla de parricidio."⁵³

3.2.2.- EL TIPO SUBJETIVO.-

A más de la expresión o delimitación objetiva del hecho punible, es menester que dentro del tipo encontremos elementos subjetivos, empero dicha conceptualización es relativamente moderna surgiendo recién en 1919 con Hegler y Mezger entre sus principales ponentes, es por ello que Cerezo Mir, cuando analiza el tema manifiesta: “En la dogmática jurídico penal de principios de siglo XX se intentaba delimitar la antijuridicidad de la culpabilidad por medio del contraste objetivo-subjetivo. Se asignaba al tipo de lo injusto los elementos objetivos o externos de la acción, mientras que los subjetivos se relegaban a la culpabilidad (...) este esquema, condicionado históricamente por el concepto causal de la acción, se veía favorecido por un equívoco acerca del carácter objetivo de la antijuridicidad. La antijuridicidad es de carácter objetivo, en el sentido de que implica un juicio desvalorativo de carácter general, realizado por el ordenamiento jurídico, pero ello no quiere decir que este juicio desvalorativo deba recaer exclusivamente sobre el lado objetivo o externo de la acción”⁵⁴

Dentro del tipo subjetivo encontraremos al dolo, a la culpa y a la preterintención, como formas subjetivas de realización típica, además se vislumbrarán elementos subjetivos específicos de ciertos tipos penales, por ejemplo “el ánimo de apropiación de una cosa ajena”, empero si la cosa no es “ajena” sino propia, y el individuo actúa como si lo fuera, yerra en uno de los elementos objetivos del tipo penal, produciendo un acto no típico, pues nuevamente su conducta no sería libre ya que estaría condicionada por un error, asunto que será tratado con el detenimiento que se merezca cuando nos refiramos al error de prohibición.

El dolo ocupa un lugar preponderante en la teoría general del delito y por sobre todo en el tipo subjetivo, empero de lo referido en el párrafo anterior, existen elementos que no son generales en la esfera subjetiva de la tipicidad sino específicos en ilícitos concretos.

⁵³ Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia: - 28-IX-2001 (Resolución No. 332-01, Primera Sala, R.O. 463, 28-XI-2002)-

⁵⁴ CERESO MIR, José, Derecho Penal Parte General, ARA Editores, Perú, 2006, pág. 505.

3.2.2.1.- EL DOLO Y SU RELACION CON LA LIBERTAD.-

Varias han sido las definiciones que tanto la norma cuanto la doctrina nos han entregado de dolo, correspondiendo, antes de consultar a los maestros, revisar dos definiciones normativas de este concepto, una civil y otra penal y así tenemos:

- Art. 29 C. Civil –último inciso-: El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.
- Art. 14 C. Penal: La infracción es dolosa o culposa. La infracción dolosa, que es aquella en que hay el designio de causar daño.

Si bien los conceptos normativos ayudan sobre manera a comprender la idea del dolo, su definición, en algunos momentos puede resultar imprecisa pues en la preterintención hay el deseo de causar daño, pero el resultado va más allá del querido, conforme lo revisaremos en lo posterior, empero con la definición de la norma podíamos confundir al dolo con la preterintención, consecuentemente, es necesario recurrir a las definiciones dogmáticas, siendo preponderante la conceptualización de Welzel: “dolo en sentido técnico penal, es solo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito”⁵⁵, si esto es así, la conducta del hombre que se dirige inequívocamente a la realización de un ilícito conociendo y queriendo su configuración, de forma imperiosa requiere ser libre, caso contrario no tendríamos dolo sino una modalidad típica subjetiva distinta v.gr. “el conductor que, pese a las advertencias de su acompañante, adelanta de modo negligente porque al confiar en su habilidad como conductor cree poder evitar un accidente, sabe ciertamente que podría pasar algo, pero no lo quiere en sentido jurídico, y ello no puede ser castigado por lesiones dolosas, sino por lesiones imprudentes en caso de que lesione a alguna persona”⁵⁶

Como vemos todo dolo, responde al actuar libre del agente, y por tanto tiene dos elementos un intelectual y un volitivo. El primero supone el conocimiento de todas las circunstancias objetivas del tipo, inclusive aquellas de forma negativa, por ejemplo en la violación un acceso por la fuerza que supone la inexistencia de

⁵⁵ WELZEL, Hans, op cit, pág. 95.

⁵⁶ ROXIN, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Editorial CIVITAS S.A., 1997, Madrid, pág. 308.

consentimiento de la víctima (siempre que sea la víctima sea mayor de 14 años, caso contrario no puede siquiera prestar su asentimiento.). El conocimiento que requiere el elemento intelectual supone un conocimiento libre y no viciado, caso contrario no estaríamos ante un acto típico, por ejemplo disparar a un cadáver, creyendo que esta vivo con la finalidad de matarlo. El elemento volitivo por su parte, supone la voluntad libre e incondicionada de realización típica, es decir, conozco las circunstancias objetivas del tipo, preveo el resultado (esfera intelectual) y desencadeno mi accionar para conseguir el fin propuesto (elemento volitivo).

En el dolo, el *aberratio ictus*, si el objeto realmente lesionado resulta equivalente a aquel que efectivamente se lesionó, la “desviación en el golpe” es irrelevante; v.gr., A quiere dar muerte a B pero el tiro impacta en C. Recordemos la relación norma, tipo penal y bien jurídico protegido. En el ejemplo dado, variará sobre manera si los objetos (bienes jurídicos) no son equivalentes, dando lugar a la confusión en el objeto, siendo interesante el ejemplo de Dohna: “un campesino en una gran tienda de la ciudad confunde un maniquí con un extraño que lo estaría mirando fijamente; por ello da de bofetadas al maniquí rompiéndolo”, a criterio del maestro, conceptualmente estaríamos frente tentativa de lesiones corporales NO PENADAS y daños culposos.

3.2.2.1.1.- CLASES DE DOLO.-

El dolo, como elemento subjetivo del tipo penal admite clasificaciones, en las que, imperiosamente debe verificarse la libertad del agente, y así tenemos:

1. Dolo Directo (que puede ser de primer y segundo grado).
2. Dolo Eventual.

En ambos tipos de dolo (aunque el primero pueda ser analizado desde una perspectiva bifronte), la libertad del ser humano debe estar presente para considerar que efectivamente existe DOLO, así en el primero, el agente desea la realización típica de forma precisa, v.gr. A desea matar a B, y dispara contra aquel (dolo directo de primer grado), empero dentro de esta clase, también existen supuestos en los que el agente no desea directamente una de las conclusiones necesarias de su acto empero la admite como imperiosa, al efecto Muñoz Conde es diáfano cuando nos enseña: “dentro del dolo directo se incluyen también casos en los que el autor no quiere

directamente una de las consecuencias que se va a producir pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende: dispara contra alguien que esta detrás de una cristalería y sabe que al matarlo tiene que romper la cristalería. No basta que prevea la consecuencia accesoria, es preciso que, previéndola como de necesaria producción, la incluya en su voluntad.”⁵⁷, este es el llamado dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias, donde las diferencias netamente psicológicas son irrelevantes a la valoración jurídico penal, tal es el caso del terrorista que desea matar al Presidente de la República y para cometer su hecho instala una bomba en el palacio presidencial, sabe que al estallar la bomba y matar al primer mandatario necesariamente morirán otras personas al ser un medio idóneo para causar grandes estragos, empero la ve como “de necesaria producción” y la incluye en su voluntad libremente decidida.

En el dolo eventual, si bien la valoración jurídico penal será la misma que en dolo directo, académicamente su regulación es diversa, pues el agente al representarse el resultado como posible no quiere producirlo, empero continúa actuando no obstante su representación y el resultado se produce. Al respecto es claro, Ernesto Alban al referir que en el dolo eventual “la persona que actúa acepta el resultado que se presenta, no como consecuencia inevitable sino probable de su acto. La persona, que podría abstenerse de actuar, sin embargo decide seguir adelante y el resultado se produce”⁵⁸

El dolo eventual es diverso a la imprudencia (aunque en la práctica tengamos casos en los que su diferenciación penda de un hilo), siendo la teoría más acorde para diferenciar estos dos elementos subjetivos del tipo penal, aquella que refiere a la voluntad o consentimiento del agente, que se reduce a revisar nuevamente la libertad de justiciable al momento de actuar, pues para sus defensores no es suficiente con que el agente se represente el desenlace final de su conducta como de posible producción, sino que es preciso se diga en su libertad “aun cuando fuere segura su producción, actuaría”, tal es el caso de los dos maleantes que para robar a B, le colocan una funda en el rostro para que no pueda reconocerlos, no desean matarlo, desean despojarle

⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, Op. Cit, pág. 58.

⁵⁸ ALBAN, Ernesto; Op Cit.

de algún bien, se representan el resultado posible (que la funda llegue a asfixiar a B), empero ese resultado no querido y previsible es aceptado por los antisociales (aunque fuere segura su producción ellos actuarían), B muere asfixiado.

3.2.2.2.- LA CULPA Y SU RELACIÓN CON LA LIBERTAD. –

No solo las infracciones dolosas son punibles, también aquellas culposas. Al igual que en el dolo, la culpa ha intentado ser definida en diversos cuerpos normativos, pero a nuestro criterio sin el éxito correspondiente, pues por un lado el código civil a referido que:

Art. 29.- La ley distingue tres especies de culpa o descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

Como vemos la definición de culpa en el ordenamiento civil es completamente deficiente para el problema penal, pero también lo es, la definición que nos entrega el Código de la materia:

Art. 14.- La infracción es dolosa o culposa.

La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de

negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de ley, reglamentos u órdenes.

A nuestro modesto criterio, no basta simplemente la negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la ley para que exista culpa, sino que entre estas clases, importantes de verificación de supuestos culposos, y la conducta del actor, debe existir un mínimo de libertad, entendida ésta como obligación de cuidado específico, es por ello que la doctrina ha sido unánime al manifestar que la culpa no es más que la violación del deber de cuidado pero en el ámbito de una relación específica, por tanto, nuevamente el principio de libertad, se hace presente en la tipicidad.

Para Welzel, el cuidado requerido en el ámbito de relación “es un concepto objetivo y normativo. Para la determinación de su contenido no interesa que cuidado ha aplicado o podía aplicar el autor, sino cual es el cuidado requerido en el ámbito de relación; además no es decisivo el cuidado que es ejercido efectivamente en el ámbito de relación sino el que es requerido en el ámbito de relación.”⁵⁹ Por ejemplo, ¿Cual es el cuidado debido del conductor?, manejar con observancia a las prescripciones normativas de la ley de tránsito, asumiendo un riesgo que se considera como permitido y manejando el tránsito vehicular además bajo un neto principio de confianza, v.gr., si existe un semáforo en verde, en una intersección, el cuidado requerido en el ámbito de la relación como conductor, será continuar transitando libremente por aquella vía, pues un indicador –el semáforo- así me lo permite, confiando en que los otros partícipes del tránsito vehicular –que se encuentran en la otra vía-, paren pues tienen un luz roja de por medio, quizá el esmerado cuidado haría que, sin perjuicio de estar en el semáforo en verde, frene y observe si puedo o no pasar, empero ese no es el cuidado requerido por la norma en el ámbito de aquella relación.

El principio de confianza, desarrollado inclusive, de forma amplia por Gunther Jakobs en su obra “Imputación Objetiva” va más allá del simple ejemplo esbozado en el párrafo anterior, el propio Welzel en su obra, maneja un ejemplificación que nos hará, en lo posterior comentar un caso en el que fungimos como defensores, de esta forma, el maestro refiere: “así el cirujano tiene que confiar en su operación en la

⁵⁹ WELZEL, Hans, Op Cit, pág. 187.

asistencia correcta por parte de la enfermera. Si ella (escogida correctamente por él de acuerdo a las circunstancias) le pasa por inadvertencia la inyección falsa, lo cual él en ese momento ya no puede controlar, no es su acción sino la de ella la que lesiona el cuidado requerido en el ámbito de relación; no su aporte (de acción) en la operación sino el de ella es inadecuado a las cosas y antijurídico. Este hecho acredita cuán intensamente también el injusto de los delitos culposos es un injusto personal de acción⁶⁰. En el ejemplo el actuar del cirujano NO ES LIBRE, por tanto carece de tipicidad, siendo más claro el hecho en la autoría mediata.

Con las ideas conceptuales claras, respecto la violación del deber de cuidado, es menester comentemos un caso:

A muere por intoxicación de CO en una planta de una industria, Fiscalía General del Estado procesa a B como gerente de la empresa (una industria nacional con más de 1000 trabajadores), a C y D como técnicos a cargo del área donde muere A, acusándolos de homicidio imprudente en calidad de autores. Si bien, dentro del proceso, se ha justificado que la intoxicación de A no fue verificada en la planta sino dentro de su automotor –a través de una pericia- tanto más que en la planta la maquinaria es eléctrica, empero, en el supuesto que la tesis fiscal, en cuanto a los hechos y no a la responsabilidad sea sustentable, constituye una aberración procesar al gerente de la empresa, pues su cuidado debido es contratar técnicos para cada una de las áreas de la industria a fin de precautelar así la seguridad de sus trabajadores, y en efecto lo cumple, hasta ahí la responsabilidad de nuestro defendido en el ejercicio de su libertad, pues de darse un caso de intoxicación, quienes violaron el deber de cuidado, son otros y no aquel (el injusto de los delitos culposos es un injusto personal de acción).

3.2.2.2.1.- CLASES DE CULPA.

La culpa, al igual que el dolo también admite una clasificación y así tenemos:

1. Culpa consiente; y,

⁶⁰ WELZEL, Hans; Ibidem, pág. 189.

2. Culpa inconsciente.

Recordemos que el factor característico de la culpa es que el resultado dañoso se produzca por la violación del deber de cuidado en el ámbito de la relación, pudiendo verificarse por imprudencia, impericia, inobservancia o por el actuar libre negligente, mientras que, a breves rasgos, en el dolo se busca el resultado típico (dolo directo), o cuando menos se lo acepta (dolo eventual).

En el primer caso de culpa, el agente puede representarse el resultado dañoso, empero procede con la confianza de que no se produzca, es decir no lo quiere y tampoco lo acepta, v.gr. el caso del albañil que lanza los ladrillos del segundo piso de la construcción a la primera planta, el resultado dañoso puede ser previsible –que un compañero pase por ahí, y reciba un golpe en su cabeza con el material de construcción-, empero no se lo quiere como tampoco se lo acepta, y continúa su actuar negligente libre, violando el deber de cuidado, con la confianza de que el resultado no se produzca, empero su amigo B, pasa por ese lugar y recibe un golpe con el ladrillo muriendo en el acto (homicidio imprudente.)

En el segundo caso, el agente no se representa siquiera la posibilidad de un resultado dañoso, es decir, ni siquiera piensa en su producción, v.gr. el cantinero que por no ordenar correctamente los licores y los utensilios de limpieza, en lugar de servir en una copia con aguardiente, coloca en la bebida alcohol industrial.

3.2.2.3.- LA PRETERINTENCIÓN Y SU RELACIÓN CON LA LIBERTAD. –

Dentro de la esfera subjetiva del tipo penal, también podemos encontrar la preterintención, es decir cuando el resultado producido por la conducta libre del ser humano rebasa la intencionalidad del agente, por tanto la pena será superior a aquella que se determinaría por un ilícito imprudente, pero menor frente al ilícito doloso.

El delito preterintencional tiene una estructura especial, muchos autores, entre ellos el ecuatoriano Ernesto Alban, sostiene que se trata de una forma “mixta” entre el dolo y la culpa, refiriendo: “la posición que cuenta en la actualidad con más adeptos es la que considera al delito preterintencional como un delito mixto, que reúne en sí el dolo y la culpa”⁶¹.

⁶¹ ALBAN, Ernesto; Op Cit.

Sin perjuicio con lo expresado por el autor nacional, concordamos con Finzi, para quien, en el delito preterintencional existen tres elementos:

1. Un delito base doloso.
2. Un evento no querido.
3. Un nexo de causalidad entre el delito base doloso y el evento no querido.

Pocos son los ilícitos que admiten la preterintención, entre ellos el homicidio y el aborto⁶².

En el delito preterintencional, el resultado aunque previsible no puede ser representado por el agente, caso contrario podríamos hablar de dolo eventual, sin que ello elimine libertad en su conducta, pues, como referimos en el pasado, entre el delito base doloso y el resultado no querido debe existir un nexo de causalidad, tema que se visualiza de forma clara con el siguiente ejemplo:

A por su estado de ebriedad se encuentra iracundo, tomando en consideración que es un experto en artes marciales, y por un asunto trivial, agrede a su amigo B, haciéndole una maniobra que produce la caída de B contra el piso. B sufre trauma craneoencefálico, hemorragia intraparequimatosas, fractura de la bóveda del cráneo, contusión cerebral, lo que genera la muerte de la víctima.

El caso analizado, supone el ejemplo clásico de un homicidio preterintencional, existiendo un acto libre inicial doloso (propósito de causar lesiones), un evento no querido (la muerte de B), y entre los dos un nexo de causalidad.

3.3.- DESVALOR DE ACTO Y DESVALOR DE RESULTADO.

En todos los delitos, especialmente en los dolosos, resulta del todo relevante distinguir un desvalor de acto y un desvalor de resultado, el primero gobernando por

⁶² Art. 442.- Cuando el aborto ha sido causado por violencias hechas voluntariamente, pero sin intención de causarlo, el culpado será reprimido con prisión de seis meses a dos años.

Si las violencias han sido cometidas con premeditación o con conocimiento del estado de la mujer, la prisión será de uno a cinco años.

Art. 455.- Cuando las heridas, o golpes, dados voluntariamente, pero sin intención de dar la muerte, la han causado, el delincuente será reprimido con tres a seis años de reclusión menor. Será reprimido con reclusión menor de seis a nueve años, si ha cometido estos actos de violencia con alguna de las circunstancias detalladas en el Art. 450.

la libertad del hombre y el segundo condicionado por la conducta libre final del autor. El desvalor de acto no solo está fundado en los elementos subjetivos que hemos analizado, sino también por la manera como se realiza el hecho, es decir la peligrosidad misma de la acción libre, estudiada ésta, desde la óptica *ex ante*, es por ello que “las normas no prohíben toda acción finalista dirigida por la voluntad a la producción del resultado, sino solo aquellas acciones finalistas que sean, además peligrosas”⁶³

Entendido el desvalor de acto, como parte integrante de la conducta humana libre es menester se aclare el desvalor de resultado, mismo que consiste en la alteración y/o lesión del bien jurídico que se encuentre protegido y por tanto afectado en razón de la conducta humana libre. La lesión del bien jurídico se dará siempre en los delitos de resultado, siendo más complejo el asunto en los delitos de mera actividad.

El desvalor de resultado, puede faltar en ciertos momentos y ello generará una pena atenuada, como por ejemplo en la tentativa, pongamos un ejemplo: A con la intención de matar a B dispara y lo hiere gravemente, siendo el acto libre idóneo para causar la muerte de B, empero por la pronta intervención de su amigo C quien lleva inmediatamente al hospital a B, donde es intervenido quirúrgicamente, aquel logra vivir, tendríamos el caso de un delito de homicidio en grado de tentativa, sancionado con una pena de uno a dos tercios de aquella que se impone al autor de un homicidio simple consumado.⁶⁴

⁶³ CERESO MIR, José; Op. Cit, pág. 547.

⁶⁴ Art. 16.- Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica.

Si el autor desiste voluntariamente de la acción está sujeto solamente a la pena por los actos ejecutados, siempre que éstos constituyan una infracción diversa, excepto cuando la ley, en casos especiales, califica como delito la mera tentativa.

Si voluntariamente impide el acontecimiento, está sujeto a la pena establecida para la tentativa, disminuida de un tercio a la mitad.

Las contravenciones sólo son punibles cuando han sido consumadas.

3.4.- LA LIBERTAD Y EL ERROR DE TIPO.-

Como vemos la libertad del hombre, al igual que gobernó la acción como primer elemento estructural del delito, lo hace en la tipicidad, situación que puede verificarse más claramente cuando del error de tipo nos referimos, es decir cuando el agente no actúa libremente pues desconoce o se encuentra en un real equívoco respecto una circunstancia objetiva del tipo penal, excluyendo por tanto el dolo de realización típica (con las variantes que se analizan en este acápite), v.gr. sustraigo un bien creyendo que es ajeno cuando realmente es propio, o el ejemplo de Welzel: “un cazador dispara sobre un objeto oscuro al que toma por un jabalí, cuando es en realidad una recolectora de moras”⁶⁵

El error de tipo tiene limitaciones, dos básicas el *aberratio ictus* y la confusión en el objeto, detenidamente referida en el punto 3.2.2.1 de este capítulo.

En suma, en el error de tipo se destruye en la esfera subjetiva del tipo penal, la armonía entre aquella y la parte objetiva, para Maurach “Hasta donde se extienda el error desaparecerá el dolo y con éste el íntegro tipo concreto del delito doloso. En cada caso cabe distinguir si el error se refiere a los elementos de los llamados tipos básicos, o a los elementos que constituyen causales de calificación o de privilegio de las derivaciones típicas: a) un error referido a los elementos del delito básico tiene siempre por efecto la inaplicabilidad de la punibilidad prevista para la comisión dolosa (...) b) un error acerca de los elementos calificantes hace cesar la calificación, subsistiendo no obstante el delito básico”⁶⁶. Si bien en los dos supuestos, la libertad del hombre se encuentra evidentemente limitada, pues esta ciego respecto los

Art. 46.- Los autores de tentativa sufrirán una pena de uno a dos tercios de la que se les habría impuesto si el delito se hubiere consumado. Para la aplicación de la pena se tomará necesariamente en consideración el peligro corrido por el sujeto pasivo de la infracción y los antecedentes del acusado.

Art. 449.- El homicidio cometido con intención de dar la muerte, pero sin ninguna de las circunstancias detalladas en el artículo siguiente, es homicidio simple y será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años.

⁶⁵ WELZEL, Hans; Op. Cit., pág. 112.

⁶⁶ MAURACH, Reinhart; Op Cit., pág. 404.

elementos objetivos del tipo penal, la consecuencia jurídica es diversa, aclaremos el tema con dos ejemplos:

1. ERROR A LOS ELEMENTOS DEL DELITO BASICO.- El Art. 547 del Código Penal refiere: “Son reos de hurto los que, sin violencias ni amenazas contra las personas, ni fuerza en las cosas, sustrajeren fraudulentamente una cosa ajena, con ánimo de apropiarse.”, consecuentemente si A, propietario de la cartera que se encuentran en el salón, deseando sustraer la cartera de B, que es idéntica a la de aquel, la confunde con la propia, su error excluye el dolo de realización típica y por tanto habría un acto, empero éste, por la obscuridad en la que A se encontraba no es típico, pues A no tenía libertad en razón del equívoco.

2. ERROR ACERCA DE LOS ELEMENTOS CALIFICANTES.- El parricidio es un delito agravado contra la vida, cuando el homicidio se comete en contra de determinados sujetos pasivos, así lo concibe el Art. 452 del Código Penal: “Los que, a sabiendas y voluntariamente, mataren a cualquier ascendiente o descendiente, cónyuge o hermano, serán reprimidos con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.”, consecuentemente, si A dispara contra su padre B, en la oscuridad, convencido que es aquel, empero ha sido C, su amigo, existiría un error en cuanto a un elemento objetivo calificante, el sujeto pasivo de la infracción, no pudiendo existir parricidio pero si homicidio o asesinato si se demostrase, en el hecho la agravante del numeral 7 del Art. 450 del Código Penal.⁶⁷

⁶⁷ Art. 450 Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes:(...)
7.- Buscando de propósito la noche o el despoblado para cometer el homicidio

CAPITULO IV.
LA LIBERTAD DEL HOMBRE EN LA ANTIJURIDICIDAD.

4.- LA LIBERTAD DEL HOMBRE EN LA ANTI JURIDICIDAD.

4.1.- IDEAS BASICAS DE ANTI JURIDICIDAD.-

La afirmación de estar frente a un acto libre de un ser humano que a más de ello es típico, pues se encuentra adecuado objetiva y subjetivamente a una hipótesis punitiva prevista en la norma penal, nos da un primer indicio de antijuridicidad, pero no supone por sí y ante sí ser antijurídica, por tanto llegaremos a una primera conclusión interesante: toda conducta típica es antinormativa empero no necesariamente antijurídica, pues puede, en un momento dado, estar permitida por la norma, en razón de que, existan por ejemplo colisión de derechos, debiendo, para salvar el uno lesionar el otro, hechos que no admiten una alternativa libre y que por tanto, son permitidos por la norma, nos referimos a las causas de justificación.

Lo expresado en el párrafo anterior hace que varios autores, entre ellos Maurach y Zipf, citados por Donna, manifiesten: “aquello que tradicionalmente recibe el nombre de teoría de antijuridicidad es, en realidad, gracias a la moderna técnica de tipificación, lo opuesto a una búsqueda de los fundamentos y de los elementos que permiten reconocer la ilicitud de una conducta declarada como punible; en la práctica la teoría de la antijuridicidad, es una teoría de la juridicidad más precisamente, de aquellas circunstancias de hecho que, no obstante cumplir un tipo, en el caso particular no son antijurídicas y que, por ello, pasan a ser penalmente irrelevantes.”⁶⁸

De lo esbozado en líneas anteriores se desprende que, nuevamente, la libertad del hombre va a estar presente en el tercer eslabón del concepto delito, esto es en la antijuridicidad, debiendo recordar que todo acto para ser considerado delito debe ser libre y por tanto típico, antijurídico y culpable, secuencia conceptual necesaria, de tal manera que, de no existir acto mal podríamos analizar los subsiguientes elementos, por tanto, para revisar si un acto es antijurídico, necesariamente éste habría sido típico, caso contrario el análisis de la antijuridicidad es irrelevante desde todo punto de vista.

⁶⁸ DONNA, Edgardo, Op Cit, Tomo III, pág. 10.

4.2.- ANTIJURIDICIDAD E INJUSTO.-

Es común que colegas confundan dos términos diversos, esto es, la antijuridicidad como elemento dentro de la teoría general del delito y el definición de injusto, cuando no son sinónimos, pues el segundo depende imperiosamente del primero.

Para Muñoz Conde “la antijuridicidad es el predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico”⁶⁹, mientras que el injusto es “un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica”⁷⁰ por tanto el injusto supone una acción antijurídica determinada, mientras que la antijuridicidad es una cualidad de una acción contraria a todo el ordenamiento jurídico en su conjunto, susceptible de valoración en cualquier rama del derecho.

4.3.- ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL.-

Cuando comenzamos el análisis del presente capítulo, sosteníamos que el hecho de haberse verificado un acto típico, supone un indicio de antijuridicidad, pues todo acto típico por regla general es anti-normativo pero no necesariamente antijurídico, de ahí que la mera contraposición entre la acción típica y la norma se llame “antijuridicidad formal”, empero dicha contraposición debe, imperiosamente tener un contenido fáctico que se reduzca a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, a ello se lo conoce con el nombre de “antijuridicidad material.”

Para Zaffaroni, “la antijuridicidad material, entendida a veces como antisociabilidad de la conducta, fue un concepto surgido al calor de la lucha entre el positivismo jurídico y el positivismo sociológico. Frente al positivismo jurídico, Von Liszt opuso, desde el positivismo sociológico, el concepto de antijuridicidad material. Afirmaba que una acción es formalmente antijurídica como contravención a una norma estatal, a un mandato o a una prohibición de orden jurídico, en tanto que,

⁶⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, Op. Cit., pág. 84.

⁷⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, Ibidem, pág. 84.

materialmente antijurídica consideraba a la acción como conducta socialmente dañosa (antisocial o también a social)⁷¹ Expliquemos lo dicho con un ejemplo:

A es un gran fotógrafo y un excelente operador de ordenadores, y por ello, en su cuarto de habitaciónn, tiene colgados y enmarcados (marco y vidrio) en la pared, como adorno, reproducciones, casi exactas de billetes de distintos lugares del mundo. Dicha conducta no constituye una acción materialmente antijurídica pues el bien jurídico protegido, esto es, la fe pública, no se ha puesto en riesgo.

Necesariamente, a nuestro criterio, el concepto de antijuridicidad material podrá solventar de mejor manera el advenimiento de causas de justificación, pues, continuando con el estudio al profesor Zaffaroni, concordamos con él refiriendo: “El fin de la vida humana en común, cuyo logro y garantía configura la única y más alta tarea del orden jurídico, exige que se sacrifique el interés de menor valor en cualquiera de tales contradicciones, cuando solo a este precio pueda ser conservado el interés de mayor valor. De ahí que resulta que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es solo antijurídica cuando contradice los fines de la vida en común regulada por el ordenamiento jurídico; será materialmente adecuada a derecho, pese a su dirección contra intereses jurídicos, si –y en tanto- se corresponde con todos los fines del ordenamiento jurídico y con ello de la vida humana en común”⁷²; solo así, por ejemplo podemos comprender la regulación normativa del aborto terapéutico, consignado en el numeral 1 del Art. 447 del Código Penal.⁷³

⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul, Op Cit., pág. 597.

⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raul, Ibidem, pág. 598.

⁷³ Art. 447.- El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer o de su marido o familiares íntimos, cuando ella no estuviere en posibilidad de prestarlo, no será punible:

1o.- Si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

4.4.- EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD Y SU RELACIÓN CON LA LIBERTAD DEL HOMBRE. –

Así como existen supuestos en virtud de los cuales podemos referir que no estamos frente a un acto (causas que eliminan la acción), o supuestos en los que no estamos frente a un acto típico (causas que eliminan la tipicidad del acto v.gr. el error de tipo, o el dolo en ilícitos exclusivamente dolosos), también existes variables en razón de las cuales no podemos afirmar estar frente a un acto, típico, antijurídico; quizá antinormativo, pero no antijurídico, pues éste ultimo, supone la contraposición de la conducta típica con todo el ordenamiento jurídico en su conjunto. Empero, ¿Que tiene que ver esto con la libertad del hombre?; mucho.

La norma, será permisiva en ciertos momentos, para que el ser humano, a través de una conducta, precautele su derecho, por tanto, la libertad será analizada desde dos perspectivas:

1. LA SITUACIÓN EN SÍ.-

Por ejemplo, el hombre que esta siendo víctima de una actual agresión ilegítima, no provocada por él, requiriendo imperiosamente reaccionar ante el injusto proporcionalmente, lesionando un bien jurídico protegido, no se colocó de forma libre en dicha situación, su libertad fue vulnerada, v.gr. en la legítima defensa, particularidad que será valorada por la norma al momento de establecer las causas de justificación pertinentes.

2. LA CONDUCTA ESCOGIDA.-

Se ha dicho que la final de cuentas, el hombre libremente escogerá la conducta, frente, por ejemplo a la actual agresión ilegítima no provocada, empero ello es completamente discutible, pues un simple instinto de conservación del ser humano, impulsará su conducta a fin de repeler la agresión, consecuentemente, la reacción frente a una situación de peligro, tampoco es del todo libre.

Las dos valoraciones realizadas en este acápite, mismas que son exclusivamente de nuestra cosecha, estarán presentes en cada una de las causas de justificación, pudiendo observarse más claramente en algunas con ponderación frente a otras.

4.5.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.- CONCEPTO.-

Para Donna, las causas de justificación son: “metarnormas, que vienen a regular la colisión entre bienes jurídicos que se encuentran en conflicto entre si, como ser la muerte del agresor en el caso de la legítima defensa, la destrucción de la cosa, en el estado de necesidad. Esto implica que no existe un conflicto formal, ya que la colisión solo surge en relación con los bienes o intereses jurídicos afectados. En consecuencia, y éste es el tema en el caso que nos ocupa, las causas de justificación rigen solo en cuanto conflicto material, pero no dirigen de ningún modo instrucciones de acción a los afectados por el conflicto, esto es –y vale la pena insistir en ello, porque acá nace la cuestión que ha llevado a error a algunas posiciones-, no son ni un mandato ni una prohibición. En este sentido, las normas de permisión no son normas de conducta, porque son solo normas de colisión. Por eso se ha podido afirmar que las causas de justificación son normas autónomas y de permisión que actúan independientemente de las normas de conducta y que hacen retroceder a estas derogando las prescripciones impuestas.”⁷⁴

Como vemos el ordenamiento jurídico en su conjunto no solo impone prohibiciones, también existen preceptos permisivos, de ahí la definición de ley consignada en nuestro Código Civil⁷⁵, es decir, la norma frente a un supuesto de hecho, a pesar de configurarse un acto típico, permite dicha conducta, basada siempre, genéricamente en los dos supuestos previstos en el acápite anterior, sin dejar de lado, bajo ningún aspecto a la libertad del hombre, que siendo afectada, elimina la antijuridicidad del hecho, desvirtuando el advenimiento de un posible delito. Al respecto Muñoz Conde refiere: “En el derecho penal, la existencia de un hecho típico

⁷⁴ DONNA, Edgardo; Op Cit, tomo III, págs 42 y 43.

⁷⁵ Art. 1.- La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

Son leyes las normas generalmente obligatorias de interés común

supone la realización de un hecho prohibido, por cuanto el tipo constituye o describe la materia de prohibición, es decir, aquel o aquellos hechos que el legislador quiere evitar que realicen los ciudadanos. Pero, en algún caso concreto el legislador permite ese hecho típico, en cuanto hay razones políticas, sociales y jurídicas que así lo aconsejan. En estos casos el indicio de antijuridicidad que supone la tipicidad, queda desvirtuado por la presencia de una causa de justificación, es decir por una causa de exclusión de la antijuridicidad que convierte al hecho, en sí típico, en un hecho perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico⁷⁶, de ahí que las causas de justificación solo puedan ser entendida en razón de un concepto material de antijuridicidad, pues el derecho no puede ser ajeno a las situaciones fácticas que obligan al ser humano a actuar de una determinada manera y no de otra, para salvaguardar un bien jurídico en un momento dado, en el que su ejercicio de libertad plena, esta de por medio.

Mucho se ha discutido si debemos únicamente restringirnos a las causas de justificación que la norma establece taxativamente o si podemos, únicamente para este tipo de situaciones abandonar el principio de prohibición de analogía en materia penal, uno de los mayores exponentes en dicha discusión es Hans Joachim Hirsch, quien refiere: “Por eso, otra corriente de la opinión tradicional no pone en tela de juicio lo básico de que la prohibición de la analogía también tiene significación para la parte general. Sin embargo, pretende que las causas de justificación y las causas de inculpabilidad queden excluidas. Para esta excepción se alega, en primer lugar, que ambos grupos de modo consciente se regulan muy esporádicamente y su concreción se deja en manos de la doctrina y de la jurisprudencia. Por eso, la creación judicial del derecho tendría que ser aquí, en principio, admitida. Mientras se da una tipificación de modo consciente muy esporádica en toda regla, se presenta así la posibilidad de que en el campo de la creación del derecho aparezca casos de justificación y de excupación adicionales. Pero esta es una creación del derecho favorable al autor, de manera que la prohibición de la analogía no es en principio aplicable. La referencia a aquella manera de proceder del legislador para incluir en la discusión los casos ya puestos de manifiesto en los que la limitación esta perfectamente regulada, no aporta

⁷⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, Op Cit. Pág. 91.

nada. La reivindicación de una liberación del desarrollo del derecho de las ataduras de la prohibición de analogía carece aquí de fundamento. Mas importante es el argumento de que las causas de justificación y de inculpabilidad podrían no estar sujetas a la prohibición de la analogía porque solo indirectamente las repercute la delimitación de la punibilidad, Su ámbito de aplicación tendría que quedar reducido a aquellas disposiciones de la parte general en los que el contenido de la punibilidad y sus consecuencias jurídicas se interrelacionan inmediatamente –como p. ej., las que regulan la tentativa, la imputabilidad y las causas personales de exclusión de la pena”⁷⁷

Con lo afirmado en la parte final de la cita antes analizada, podemos sostener que medianamente concordamos con el maestro, pues si bien es cierto las causas de justificación deben mantener un mínimo de independencia frente a cada tipo penal, como la regulación de la tentativa, no es menos cierto que el propio ordenamiento jurídico penal debe referir cuales son las causas de justificación genéricas para todo tipo de infracciones y de ahí analizarlas en cada caso en concreto si operan o no, situación diferente a la valoración dogmática precisada al inicio de la cita de Hans Joachim Hirsch, pero que se compadece, con su criterio final, analizada desde la óptica que se desarrolla en el presente párrafo, por tanto, consideramos imperioso que la norma establezca, para mayor seguridad jurídica, las variables en razón de las cuales se excluye la antijuridicidad de un hecho, aplicables a todas las infracciones posibles, frente a la operación hermenéutica que en el caso en concreto se realice. Es así que nuestro ordenamiento recoge, como causas de justificación las siguientes:

1. Legítima defensa.
2. El estado de necesidad.
3. El mandato de la ley.
4. La Obediencia debida.
5. El consentimiento.

Revisemos brevemente cada una de ellas y su vinculación irrestricta con la libertad del hombre.

⁷⁷ HIRSCH, Hans Joachim, Derecho Penal, Obras Completas, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires Argentina, 1999, pág 321

4.5.1.- LA LEGITIMA DEFENSA.-

Su regulación en el Código Penal Ecuatoriano, lo encontramos en el Art. 19, norma que dispone:

Art. 19.- No comete infracción de ninguna clase el que obra en defensa necesaria de su persona, con tal que concurren las siguientes circunstancias: actual agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión, y falta de provocación suficiente de parte del que defiende.

De la redacción podemos colegir cuales son los elementos necesarios para que la legítima defensa, como causa que excluye la antijuridicidad del acto típico, opere, sin perjuicio de ello debemos primero encontrar su fundamento dogmático, es así que, para los autores, denominados clásicos, la legítima defensa deviene de una necesidad del ciudadano frente a una carencia estatal, es decir, uno de los principales deberes del estado es proteger a los ciudadanos en todo momento, de ahí la existencia de la fuerza pública y su misión como tal, empero pueden existir momentos en los que, la protección estatal no existe en la realidad fáctica dentro de un caso en concreto, por tanto la norma, permite al titular del bien jurídico afectado, defenderse. Si bien esta primera tesis goza de un desarrollo dogmático interesante, no constituye la moderna concepción del fundamento de la legítima defensa, que dicho sea de paso, es mas completa que la visión clásica, es así que para Edgardo Donna “El fundamento de la legítima defensa se encuentra en la lucha del derecho en contra del injusto. Ya en este punto Berner distingue la legítima defensa del estado de necesidad, debido a que en éste último existe lo que se llama una colisión de derechos. En la legítima defensa el derecho permite la fuerza en dirección a la protección de los valores del Derecho Positivo vigente. Es desde esta posición de Hegel que Berner insiste en que el derecho no debe ceder ante lo injusto”⁷⁸ consecuentemente los fundamentos de la legítima defensa llegan a ser dos, uno individual que hace referencia a la protección de si mismo –sin perjuicio de la defensa de terceros- y otro supraindividual, que supone la protección del derecho que no puede ceder ante el injusto, tanto más que quien se defiende no debe haberse puesto voluntariamente en dicha posición, por ello el

⁷⁸ DONNA, Edgardo, Op Cit, Tomo III, pág. 150

requisito “actual agresión ilegítima no provocada por quien se defiende”, frente a quien voluntaria y libremente se puso en una posición injusta.

Aquí surge una pregunta, que bienes son defendibles, para Roxin, “en principio son legítimamente defendibles todos los bienes jurídicos individuales, o sea, la vida, salud, libertad, propiedad, custodia, honor, derecho a la morada; etc”⁷⁹, superando de esta manera la idea clásica de que solo ciertos bienes pueden ser protegidos, hoy en día podemos decir que todos los bienes jurídicos pueden ser sujetos de defensa legítima, siempre que se cumplan los requisitos previstos en la norma, pudiendo inclusive caber la legítima defensa de terceros, así lo expresa claramente el Art. 21 del Código Penal⁸⁰, que a la postre reconoce otro principio de libertad, esto es, la posibilidad de salvar a alguien cuya libertad se encuentra completamente enervada y no tiene forma alguna de actuar repeliendo la agresión.

Puede darse casos además de exceso de legítima defensa, cuando luego de repeler la agresión, en base a la libertad al momento de actuar, vamos más allá de la norma permisiva para configurar una nueva infracción, es decir cuando la persona que se defiende sobrepasa la circunstancia de la defensa, existiendo responsabilidad atenuada frente al hecho que se verifique, como cuando el medio empleado no es proporcional atendidas las circunstancias del hecho.

Como vemos, el fantasma de la libertad nuevamente ronda, en la teoría general del delito, específicamente en la antijuridicidad y esta primera forma de justificación.

4.5.1.1.- ELEMENTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

Tres son los elementos que deben verificarse para que exista una legítima defensa, estos son:

1. Actual agresión ilegítima.
2. Falta de provocación, es decir, la actual agresión ilegítima no debe ser provocada por quien se defiende.

⁷⁹ ROXIN, Claus, Op Cit.

⁸⁰ Art. 21.- No comete infracción alguna el que obra en defensa de otra persona, siempre que concurren las dos primeras circunstancias del Art. 19 y que, en caso de haber precedido provocación al agresor, no hubiere tomado parte en ella el que defiende.

3. Necesidad racional del medio empleado.

Para Cerezo Mir, la “agresión debe entenderse como la realización de una acción dirigida a la producción de la lesión de un bien jurídico. La simple omisión, es decir la no realización de una acción que podría realizar el sujeto, en la situación concreta en que se hallaba, no constituye una agresión. Pues en ella faltan la causalidad y la voluntad de realización (finalidad). La lesión o el peligro de un bien jurídico de un omitente para obligarse a realizar una determinada acción que podría y quizá debía realizar, podría estar acaparada, sin embargo, en la exigente de estado de necesidad (...) la agresión supone la conciencia y voluntad de lesionar un bien jurídico”⁸¹, es decir la agresión ilegítima debe provenir de una persona, situación libre del agresor que coacciona, sobre manera a quien se defiende, aminorando su libertad, dando lugar a una sola respuesta, esto es repeler la agresión, misma que no debe ser provocada por quien se defiende. Nuestra ley refiere que no debe existir PROVOCACION SUFICIENTE, condensando dos supuestos dentro de un mismo requisito, por ello Ernesto Alban, cuando analiza el tema refiere: “Este requisito no suele constar en todas las legislaciones. La nuestra, siguiendo la tradición más común, sí lo hace. Provocar significa ejecutar un acto de tal naturaleza que produzca en otra persona el ánimo de agredir a quien lo ejecuta. Suficiente debe entenderse como un acto de cierta significación, capaz de explicar la reacción, dentro del modo normal de reaccionar de los seres humanos; y también del modo particular de reaccionar que el provocado tiene, si el provocador conoce tal circunstancia. Esto trae como consecuencia que la suficiencia de la provocación tenga que ser apreciada por el juez en cada caso, en relación a las personas, a su vinculación, a su educación y cultura, al medio en que se desenvuelven, etc (...) Con este requisito la ley quiere reforzar el ánimo de defensa, evitando el caso de que alguien provoque la agresión de otro, para luego reaccionar impunemente, es decir los casos de “pretexto de legítima defensa”. La posición justa, inocente, del agredido exige que no haya sido primero un provocador, a menos que esta provocación sea insignificante, de muy poca entidad. Por ello el provocador no podrá alegar esta causa de justificación y su conducta seguirá siendo antijurídica.”⁸²

⁸¹ CERESO MIR, José, Op Cit. Pág. 618.

⁸² ALBAN, Ernesto, Op Cit.

Finalmente, el medio empleado debe ser “racional” para repeler la agresión, ello no quiere decir bajo ningún concepto que el medio sea “idéntico”, sino proporcional, comprendido como necesario frente a la agresión, entendidas las circunstancias objetivas de la agresión en sí y de quien se defiende, nuevamente la libertad del hombre busca espacio en el concepto, pues el agresor libremente se colocó en una injusta posición, frente el agredido quien ve una eminente lesión a un bien jurídico cuyo titular es éste último, y su libertad también se encuentra aminorada pues solo tiene un camino: DEFENDERSE. Respecto la racionalidad del medio empleado existe una importante jurisprudencia ecuatoriana, que nos tomamos la libertad de transcribirla:

“... TERCERO.- El delito tuvo lugar el 2 de noviembre de 1990, a las seis horas aproximadamente, en el barrio 'Buenas Peras' de la población de Pedernales, cuando varias personas: T.I., M.M. y P.I., miembros de familia, embriagados, pues habían ingerido licor durante toda la noche y madrugada inmediata anterior a los hechos, primero atacaron a golpes a U.I. y luego, cuando los familiares de éste -O.I., A.I. y E.I.- se enfrentaron con los atacantes, T.I. disparó un arma de fuego cuya bala impactó en el ojo derecho de U.I., quien cayó al suelo gravemente herido. En esta circunstancia O.I. intervino en su defensa para repeler a golpes al agresor, quien también cayó al suelo. Como consecuencia del disparo U.I. perdió la vista y quedó descerebrado, completamente inválido; y por causa de los golpes inferidos al agresor T.I, éste falleció con posterioridad al hecho. CUARTO.- No es admisible el criterio del señor Ministro Fiscal General puesto que el artículo 461 del Código Penal, que él invoca, es aplicable cuando en riña o agresión, de la cual resultare una muerte, no fuere posible determinar quien o quienes la causaron, debiendo tenerse por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido. En el presente caso, consta que la muerte de T.I., autor del disparo, ocurrió a consecuencia de los golpes que dio al occiso el procesado O.I. QUINTO.- No es admisible el recurso de la acusadora particular pues, en su diminuto escrito de fundamentación, incumple los requisitos del artículo 377 del

Código de Procedimiento Penal, motivo suficiente para que se declare improcedente el recurso. Mas, como la Sala observa que se violó la ley en la sentencia dictada por el Tribunal Quinto de lo Penal de Manabí, debe casarla de oficio, para enmendar el error cometido, consistente en considerar la existencia de una causa de excusa y no de eximencia de responsabilidad; pues dicho Tribunal equivocadamente aplicó la norma del artículo 25 del Código Penal estimando que se había ocasionado la muerte de T.I., como resultado de un exceso de legítima defensa; cuando tal exceso no existió por haber obrado el procesado en las circunstancias señaladas en los artículos 19 y 21 del Código Penal. SEXTO.- Los artículos 19 y 21 del Código Penal eximen de responsabilidad a quien obra en defensa necesaria de su persona o en defensa de otra persona siempre que concurren las siguientes circunstancias: actual agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión, y falta de provocación suficiente del que se defiende por sí mismo, o no haber participado el que defiende a un tercero en actos de provocación al agresor. Hay exceso de legítima defensa cuando no hay racionalidad en la forma de repeler la agresión, ya sea por la utilización de medios que razonablemente no debieron ser empleados, ya porque la agresión no sea de tal gravedad como para repelerla con actos desproporcionados a los del agresor. En la presente causa hubo agresión ilegítima de los miembros de la familia I.-M. en el mismo momento en el cual los miembros de la familia I.-D. la repelieron; y mientras uno de los agresores utilizó arma de fuego y los otros portaban armas blancas, los que repelieron la agresión lo hicieron a golpes de puño y utilizando ladrillos y piedras, según relata la sentencia, de lo que aparece que el medio empleado por quienes repelían la agresión fue racional; sin que haya existido provocación de los que ejercitaron la defensa, circunstancias que configuran la causa eximente de responsabilidad conocida como legítima defensa, propia o de un tercero, y hacen que -en la muerte de T.I.- el procesado no haya cometido infracción de ninguna clase, pues obró sin excesos, en legítima defensa de su persona

y la de su hermano U.I., quien quedó descerebrado por el disparo que le hizo el agresor fallecido. Por lo expuesto, esta PRIMERA SALA DE CASACIÓN PENAL de oficio casa la sentencia dictada por el Quinto Tribunal Penal de Manabí, y enmendando el error de derecho que la vicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, absuelve al señor O. I. ..."83

Cuando analizamos la legítima defensa, no podemos dejar de comentar un caso personal en el que fungimos como defensores, siendo en el mismos, la causa de justificación evidente:

W, un ciudadano con discapacidad se traslada del campo a la ciudad de Cuenca con el objetivo de trabajar, llega a vivir en un barrio sumamente pobre, en una casa de habitación en donde en cada cuarto vivía una familia, es decir los denominados “conventillos”, la discapacidad de W supone una hemiplejía que le impide mover sus piernas y con mucha dificultad los miembros superiores, por tanto utiliza silla de ruedas como único medio para moverse, ante esto B, su vecina, se apiada de aquel y comienza a ayudarlo, lo que provoca la ira de C, cónyuge de B, quien constantemente vejaba a W, golpeándolo, escupiéndolo, haciendo sus necesidades en su propia comida para que luego las coma, en fin, y en más de una ocasión lo agredió intentando matarlo, sin embargo personas pudieron impedir este hecho. Empero llegó un fatídico viernes en el que W, se encontraba en su cuarto acostado, tomando una copa y abruptamente entra a la pieza C, amenazándolo de muerte lo toma del cuello y comienza a estrangular a W quien para defenderse saca un cuchillo, C se percata de esto, y comienza a forcejear con W por el arma, incrustando la misma, en el abdomen de W, produciéndole lesiones menores pues W luchaba para no permitir el acceso total del arma blanca en la cavidad, en el forcejeó, W logra desahuyarlo a C del

⁸³ 20-VIII-99 (Expediente No. 446-95, Primera Sala, R.O. 317, 12-XI-99)

cuchillo y lo clava en el pecho de éste último. Un caso evidente de legítima defensa.

4.5.1.2.- LA LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA.-

La libertad del hombre esta presente en todo el conflicto de la verdadera legítima defensa, empero que pasa cuando el agredido, cree serlo, sin embargo la agresión no es tal, y por tanto se defiende de una agresión inexistente, estaríamos frente a un evidente caso de error, a ser analizado en la culpabilidad, si el error es invencible no habrá delito, si es vencible la responsabilidad será atenuada.

Quien actúa bajo un error invencible, no actúa con libertad, y si el equivoco es vencible su libertad se encuentra medianamente limitada, por ello la atenuación.

4.5.2.- ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE.-

Doctrinariamente, existen dos tipos de estado de necesidad, el justificante que afecta a la antijuridicidad del acto típico y el exculpante, que afecta a la culpabilidad del acto, típico y antijurídico; diferenciación que se la realiza en razón a los bienes jurídicos protegidos, vistos estos como no equivalentes o como equivalentes en uno o en otro caso respectivamente, sin perjuicio de ello, en ambos, la libertad del hombre se pone de manifiesto pues, no tiene otra conducta, más que la lesión de un bien para salvaguardar el suyo.

En el estado de necesidad se verifica una idea preeminentemente importante, existe para un bien jurídico específico un real peligro, que por tanto, es permitido afectar a otro bien jurídico cuando el peligro no pueda de forma alguna evitarse, sin embargo, como sostiene Donna: “El concepto de necesidad comprende condiciones empíricas y la intención de la acción para desviar el peligro en la colisión de bienes jurídicos, definida colisión con diferentes pretensiones de validez. De este modo, para la salvación de un bien jurídico puesto objetivamente en peligro, deviene en inevitable y necesaria la entrada de una acción típica en otro bien jurídico”⁸⁴

El fundamento del estado de necesidad justificante, según Antón Oneca y Rodríguez Muñoz, citados por Cerezo supone que: “el estado de necesidad, en caso de conflicto de intereses desiguales, cuando el mal causado fuere menor que el que se trata de evitar, es una causa de justificación basada en el principio de interés

⁸⁴ DONNA, Edgardo; Op Cit, Tomo III, pág. 268 – 269.

preponderante⁸⁵, por tanto cuando estamos frente a un conflicto de intereses iguales habría más una causa de inculpabilidad.

El estado de necesidad, se encuentra recogido en nuestro ordenamiento jurídico penal, específicamente en el Art. 24 del Código Penal, norma que reza: “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.”

4.5.2.1.- ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD.-

Partamos del hecho que el estado de necesidad es “la situación de peligro de un bien jurídico, propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave, que es inevitable sin producir la lesión o con una lesión de menor gravedad de los bienes jurídicos de otra persona⁸⁶, consecuentemente, para el estado de necesidad se requiere que el mal grave o inminentemente grave no sea evitable por otro procedimiento menos perjudicial, por decirlo de otra manera: “a la persona no le queda otro camino” que el lesionar un bien jurídico de menor valor (jurídicamente hablando), para precautelar el que se encuentra en riesgo, de tal manera que la libertad de quien actúa, se encuentra completamente restringida a una sola conducta de salvamento del bien de mayor valor en menoscabo del de menor valor, insistiendo que quedan fuera de la suposición normativa, cuando los bienes jurídicos en conflicto sean de igual valoración pues, en ese caso entramos en el análisis de la culpabilidad.

De lo explicado, ha quedado claro y desarrollado los tres requisitos que nuestra norma requiere para el advenimiento de esta causa de justificación:

1. Necesidad de evitar un mal o peligro.
2. Que el mal evitado sea mayor que el causado.
3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial.

4.5.3.- EL MANDATO DE LA LEY.-

Si por expreso mandato normativo, realizo una conducta, aunque objetivamente lesiva a un bien jurídico, mal se podría manifestar que existe una

⁸⁵ CEREZO MIR, José, Op Cit, pág. 675 y 676.

⁸⁶ CEREZO MIR, José, Ibidem.

infracción pues la propia norma es permisiva respecto ese proceder, que también deja de ser libre pues nace de una orden que emana de una norma general y obligatoria, por ello, el Art. 18 de nuestro Código Penal refiere que “no hay infracción cuando el acto esta ordenado por la ley”. Pongamos un ejemplo: “la ley garantiza la libertad individual, a tal punto que nadie puede ser privado de ella, so pena de delito. Pero, en un momento dado, esa garantía puede convertirse en un obstáculo para el cumplimiento de otros fines, que el propio estado persigue: entonces la ley autoriza la privación de la libertad e inclusive en ciertos casos (delitos flagrantes) sin las formalidades legales que son ordinariamente indispensables. Resulta entonces evidente que en tales circunstancias el acto, aun cuando fuere típico, no será antijurídico y por lo tanto no habrá delito ni sanción.”⁸⁷

4.5.4.- LA OBEDIENCIA DEBIDA.-

En la obediencia debida, el acto debe estar respaldado por la disposición de la norma, consecuentemente, el agente no actúa de forma libre, sino que responde a una imposición de autoridad, que se presume es legítima, conforme así lo reconoce el Art. 18 del Código Penal, cuando en su parte pertinente dice: “No hay infracción cuando el acto esta ordenado por la ley, o determinado por resolución definitiva de autoridad competente”.

Para que la obediencia debida exista debe verificarse que, entre quien da la orden y quien la acata, exista una relación jerárquica superior de aquel frente a éste, estando la orden dentro de las atribuciones del superior, siendo ésta comunicada en forma legal y que no sea manifiestamente ilegal, de tal manera que el inferior deba sin reparo alguno acatarla, por tanto no actúa con libertad, consecuentemente, si su conducta, lesiona un bien jurídico, aquella no supone la existencia de una infracción, por ejemplo el verdugo que acatando la orden del juez, activa la silla eléctrica para aniquilar al sentenciado.

Si la orden fuere manifiestamente ilegal, el inferior, en base a su ejercicio de libertad no esta obligado a acatarla, consecuentemente, si lo hace, no podría existir causa de justificación, pensemos en el secretario del juzgado civil, que recibe la orden

⁸⁷ ALBAN, Ernesto; Op. Cit.

por parte de su superior, el Juez, de retener el 50% de las pensiones alimenticias depositadas en dicho Juzgado.

4.5.5.- EL CONSENTIMIENTO.-

Para Cerezo Mir, “en la moderna ciencia penal, se considera que el consentimiento del portador del bien jurídico excluye ya en algunos casos la antijuridicidad de la acción o la omisión. Se trata de aquellos tipos en los que aparece como requisito, expreso o tácito, que la acción u omisión se realiza en contra o sin la voluntad del sujeto pasivo. Este es el caso sin duda, cuando el bien jurídico protegido es la libertad individual”⁸⁸ o en ciertos casos la libertad sexual, en la violación por ejemplo, más no en la explotación sexual de menores de edad, por expreso mandato del Art. 528.17 (en relación con el Art. 528.13.)⁸⁹

Para que esta causa de justificación se de, es necesario dos requisitos a saber:

1. Que el sujeto pasivo de la infracción, normativamente pueda prestar su consentimiento, es decir que pueda aceptar el hecho.
2. Que el consentimiento sea libre.

Respecto el primer aspecto, resulta evidente que no todos los delitos puedan aceptar el consentimiento de la víctima, pensemos por ejemplo en el asesinato, donde la aceptación del sujeto pasivo de la infracción es irrelevante, o por ejemplo en el caso

⁸⁸ CERESO MIR, José, Op Cit, pág. 756.

⁸⁹ Art. 528.13 El que induzca, promueva, favorezca, facilite la explotación sexual de personas menores de dieciocho años de edad, o de las que tienen discapacidad, a cambio de remuneración o cualquier otra retribución, o se apropie de todo o parte de estos valores, será sancionado con pena de reclusión menor ordinaria de seis a nueve años y el comiso de los bienes adquiridos con los frutos del delito y al pago de la indemnización de daños y perjuicios.

Si la víctima es menor de catorce años, la pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años. En caso de reincidencia, la pena será reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

Art. 528.17 En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad, será irrelevante. En los delitos de trata de personas, el consentimiento será irrelevante.

de explotación sexual según el Art. 528.17 en relación con lo dispuesto en el Art. 528.13 del Código Penal ecuatoriano. Es decir, se necesita que el titular del bien jurídico, renuncie a la protección que el derecho le otorga y por supuesto que su renuncia sea permitida.

Además el consentimiento del sujeto pasivo debe ser LIBRE, es decir exento de vicios que puedan afectar la libertad de quien renuncia a la protección del derecho, bien sea por error, por engaño, o por violencia, el respecto es interesante el criterio del profesor Donna, cuando al estudiar el tópico, expone: “el consentimiento debe estar libre de vicios de la voluntad (engaño, error y violencia). Pero basta con un simple error en los motivos para hacer ineficaz el consentimiento; igualmente el error acerca de la conformidad de quien va a ser sometido a una intervención curativa puede carecer de significado en supuestos de escasa trascendencia. Tampoco un error en la declaración hace ineficaz el consentimiento, puesto que en este caso la mayor parte de la culpabilidad dolosa del autor será excluida por el error correspondiente. Por el contrario, el engaño y el error que afectan a la dimensión y clase de menoscabo del objeto de la acción determinan la ineficacia del consentimiento, porque entonces éste no cubre la intervención del autor en la esfera jurídica del afectado. La ineficacia se extenderá también a aquellas hipótesis en las que el afectado, como consecuencia de un error o de un engaño, no consigue la finalidad altruista del sacrificio de su bien jurídico o se equivoca en cuanto al sentido del consentimiento para evitar un daño propio o ajeno; tanto en uno como en otro caso el consentimiento no es expresión de autonomía. En relación con la amenaza, ésta debe contener un mal de considerable importancia. El consentimiento es revocable libremente y además no se requiere una impugnación del mismo en el sentido del derecho civil.”⁹⁰

4.6.- IDEAS FINALES.-

Como vemos, nuevamente el tercer elemento del concepto estructural del delito es visto desde la óptica de la libertad del hombre en cada uno de los aspectos que la componen, bien sea como conducta antijurídica o bien sea desde la perspectiva de las causas de justificación, en fin, una vez más corroboramos que la libertad del hombre atraviesa toda la teoría general del delito.

⁹⁰ DONNA, Edgardo, Op Cit, Tomo III, pág. 416 y 417.

CAPITULO V.
LA LIBERTAD DEL HOMBRE EN LA CULPABILIDAD.

5.- LA LIBERTAD DEL HOMBRE EN LA CULPABILIDAD.

5.1.- CULPABILIDAD. IDEAS BÁSICAS.-

La culpabilidad como último elemento de un concepto estructural del delito, añade una nueva instancia a la acción típica antijurídica. Hasta aquí la acción libre del ser humano ha sido, por sobre todo, una manifestación de voluntad, que objetiva y subjetivamente se adecua de manera irrestricta a una hipótesis punitiva, siendo contraria a todo el ordenamiento jurídico en su conjunto, empero esa conducta debe ser reprochada a su autor, por ello para Welzel “la culpabilidad no se agota en esta relación de disconformidad sustancial entre acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aun cuando podía omitirla.”⁹¹, por tanto, al igual que en los elementos anteriores, la libertad del agente debe verificarse de forma cristalina en la culpabilidad como juicio de reproche que el Estado realiza al autor (cómplice o encubridor) de un injusto penal, empero solo al individuo libre podemos reprocharle conductas, siendo la culpabilidad penal autónoma frente a juicios de desvalor morales.

Para Muñoz Conde, la culpabilidad tiene un fundamento material irrefutable, esto es la llamada “función motivadora de la norma penal”, por ello “la norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena.”⁹² Empero para que el ser humano sea capaz de motivar su comportamiento de acuerdo y en conformidad con mandatos y prohibiciones de orden normativo resulta necesario que tenga un desarrollo mental, biológico, psíquico, cultural, que le permita motivarse, en una expresión, que goce de libertad plena, para motivarse de acuerdo a las

⁹¹ WELZEL, Hans. Op. Cit., pág. 197.

⁹² MUNOZ CONDE, Francisco, Op. Cit., pág. 132 -133

prescripciones normativas previstas en la ley, participando de forma igualitaria en el desarrollo de la vida en sociedad con nuestros semejantes.

Consecuencia de lo manifestado, la culpabilidad, como un elemento material, supone la aptitud del hombre de obrar de modo diverso, por ello Cerezo Mir cuando la define concluye: “La culpabilidad, en el aspecto material, consiste en la capacidad de obrar de otro modo, es decir, en la capacidad de optar una resolución de voluntad diferente, acorde con las exigencias del ordenamiento jurídico”⁹³.

Recalamos que el concepto de CULPABILIDAD, se relaciona y requiere de la libertad del hombre, frente a la teoría general del delito, sin dejar de anotar que es dicha característica del ser humano, constituye el denominador común en cada momento del ilícito, empero adquiere mayor ponderación conceptual en la reprochabilidad, por ello, varios autores en sus obras, previo a analizar la culpabilidad responden interrogantes dogmáticas relacionadas con el libre albedrío, por tanto, para atribuir una conducta a un autor, necesito que éste goce de libertad para juzgarlo, por ello el profesor Maurach refiere: “por atribuibilidad de una acción debe entenderse la constatación de que, mediante la comisión de su acción típica y antijurídica, el autor no se ha comportado en correspondencia con las exigencias del derecho. La atribuibilidad es siempre un juicio desvalorativo.”⁹⁴

Para finalizar, es de anotar que, actualmente se discute respecto dos conceptos de culpabilidad: culpabilidad por el hecho y culpabilidad de autor, sobre ello, Ernesto Albán es diáfano cuando las diferencia y pondera, concordando con el criterio del profesor ecuatoriano: “Según la primera, para la culpabilidad sólo se debe tomar en cuenta la actitud del autor respecto a la acción concreta que ha realizado; de acuerdo a la segunda, debe examinarse el comportamiento del autor en general, antes y después del hecho. Adoptar una u otra posición lleva sin duda a conclusiones muy diferentes, pero la doctrina actual se inclina por la primera, que proporciona mayores garantías respecto a las decisiones judiciales. La culpabilidad de autor puede llevar a imponer

⁹³ CEREZO MIR, José, Op Cit, pág. 891.

⁹⁴ MAURACH, Reinhart y Zipf, Heinz. Op Cit. Pág. 540.

sanciones desproporcionadas tomando en consideración factores ajenos al acto delictivo, como la peligrosidad u otros semejantes.”⁹⁵

4.2.- ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD. -

El concepto material de culpabilidad, que fue estudiado en el acápite anterior, es sumamente importante para entender los elementos de la culpabilidad, pues para realizar el reproche, necesitamos que la persona cuente con algunas características y/o cumpla algunos requisitos, sin los cuales mal podríamos hablar de culpabilidad por ejemplo si “el individuo, por falta de madurez, por defecto psíquico, por desconocer el contenido de la prohibición normativa o por encontrarse en una situación en la que no le era exigible un comportamiento distinto, no puede ser motivado por la norma o la motivación se altera gravemente, faltará culpabilidad y el autor del hecho típico y antijurídico no podrá atribuírsele y, por tanto, tampoco podrá ser sancionado.”⁹⁶

Como vemos el reproche de culpabilidad llega a suponer que el autor, se pueda motivar de acuerdo a la norma, empero ello no en sentido abstracto, sino que específicamente “ese individuo” en “ese momento”, habría podido estructurar su voluntad, pensemos en un ejemplo:

A, que tiene 27 años, furibundo por una discusión bizantina luego de un partido de futbol entre amigos, comienza a recriminar a su tío B de 61 años, por no haber alcanzando el balón en una jugada que habría dado la victoria al equipo, e iracundamente lo insulta con epítetos que rayan en lo inmoral, ante ello C, hijo de B, quien tiene 33 años, que además es un deportista élite en físico culturismo, intenta tranquilizar a su primo A, quien no atiende aquellos consejos y continúa vejando a B, e inclusive a su esposa D (madre de B) quien estaba en el público tratándola de “zorra arrastrada”, C pierde la compostura y golpea (un solo golpe) a su primo A en el rostro, causándole lesiones menores.

⁹⁵ ALBAN, Ernesto, Op Cit.

⁹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, Op Cit., pág. 134.

¿Podía motivarse de acuerdo a la norma en ese momento que sus padres eran gravemente injuriados?⁹⁷

La doctrina ha sido unánime al considerar que dos son los elementos o presupuestos de la culpabilidad, respecto los cuales emergen otros supuestos, estos son:

1. IMPUTABILIDAD, que no es más que la capacidad de culpabilidad, incluyendo dentro de este concepto variables que hacen referencia a la salud mental, a la edad, madurez, etc, por ello Welzel, sobre el tópico refiere: “que el autor sea capaz, atendidas sus fuerzas síquicas, de motivarse de acuerdo a la norma (presupuestos existenciales de la reprochabilidad)”⁹⁸
2. COMPRESION DEL INJUSTO, continuando con la cita del maestro: “Que el está –sic- en situación de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuridicidad de su propósito concreto”⁹⁹

Algunos autores, como Muñoz Conde, han dividido el elemento “compresión del injusto”, en dos supuestos, que son parte integrante de este último elemento de la culpabilidad, nos referimos a:

- El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido; y,
- La exigibilidad de un comportamiento distinto.

Como vemos, ambos supuestos, podemos encontrarlos dentro del segundo elemento que refiere Welzel, tanto más que la primera variable, hacer referencia a que la disposición penal puede motivar al ser humano, siempre que éste pueda de alguna manera conocer su contenido, por ello la tesis del error de prohibición como eximente de responsabilidad al excluir la culpabilidad del hecho, mientras que, la exigibilidad de un comportamiento distinto, hace referencia a que, la norma, frente quien conoce

⁹⁷ Art. 25.- Son excusables el homicidio, las heridas y los golpes, cuando son provocados por golpes, heridas u otros maltratamientos graves de obra, o fuertes ataques a la honra o dignidad, inferidos en el mismo acto al autor del hecho, o a su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, o afines dentro del segundo grado.

⁹⁸ WELZEL, Hans. Op Cit. Pág. 201.

⁹⁹ WELZEL, Hans. Ibidem, pág. 201

el injusto, exija la realización de conductas que se aparten de la ilicitud, empero éste concepto tiene una característica de individualidad, pues aunque “se rijan por patrones objetivos, es, en última instancia, un problema individual: es el autor concreto, en el caso concreto, quien tiene que comportarse de un modo o de otro. Cuando la obediencia de la norma pone al sujeto fuera de los límites de exigibilidad, faltará ese elemento y con él toda la culpabilidad”¹⁰⁰

4.3.- CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD.-

Si el concepto material de culpabilidad tiene dos elementos, y del segundo podemos sacar dos variables adicionales, no resulta equívoco sostener, que todas las conductas, que de alguna manera, lleguen a desligarse de uno o varios de aquellos elementos, resultarán irrelevantes para el derecho penal, sin que el estado pueda reprochar su realización, a pesar de estar frente a un acto, típico y antijurídico, empero, si en la conducta del agente, no vemos la eliminación total de cualquiera de los elementos antes estudiados, mas sin embargo, de alguna manera debilitados o disminuidos, tendremos responsabilidad atenuada, como por ejemplo en el error de prohibición vencible.

Las causas de exclusión de culpabilidad, deben ser analizadas en razón de la libertad del justiciable, pues a medida que ésta aminora, su capacidad de reproche también, por tanto, si la libertad del agente es eliminada completamente, la culpabilidad se extingue, v.gr. el error de prohibición invencible.

Académicamente podemos enumerar las causas de exclusión de la culpabilidad que serán analizadas:

1. La inimputabilidad.
2. El Error de prohibición.
3. El estado de necesidad disculpante.
4. El miedo insuperable; y,
5. El encubrimiento.

La primera hace referencia a la capacidad de culpabilidad, y las demás a la comprensión objetiva y libre del injusto.

¹⁰⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, Op. Cit., pág. 135.

4.3.1.- LA INIMPUTABILIDAD.-

Nos referimos necesariamente a la capacidad de culpabilidad, es decir a la imputabilidad, y a aquellas situaciones que eliminan dicha capacidad, para Roxin: “El legislador parte de la base de que el adulto que realiza un injusto jurídico penal, normalmente es imputable”¹⁰¹, criterio que es recogido por nuestra legislación, es decir, que la regla general es la imputabilidad respecto las personas mayores de edad, dejando de lado a los menores, quienes por su edad, madurez y desarrollo, son jurídicamente inimputables, pudiendo ser juzgados como adolescentes infractores, según lo determina el Código de la Niñez y Adolescencia, siendo sujetos, no de pena, sino de medidas socio educativas, así lo reconoce el Art. 40 del Código Penal ecuatoriano¹⁰², consecuentemente la excepción es la inimputabilidad frente al adulto, por tanto, el primer inimputable es el menor de edad.

Empero, la norma también refiere un supuesto, en virtud de cual, el adulto no es imputable, para ello es necesario revisar lo prescrito en el Art. 35 Ibidem:

Art. 35.- Quien, en el momento de realizar el acto delictuoso estaba, por razón de enfermedad, en tal estado mental que, aunque disminuida la capacidad de entender o de querer, no le imposibilitaba absolutamente para hacerlo, responderá por la infracción cometida, pero la pena será disminuida como lo establece este Código.

De la redacción, se desprende que el legislador no ha determinado taxativamente las causas de inimputabilidad, sino ha sido generoso al sostener que, no es imputable quien, no tenga la capacidad de entender o de querer, lo que inexorablemente nos lleva al campo de la psiquiatría, para de alguna forma, encontrar supuestos generales en los que se aplica la disposición normativa, sin dejar de lado al

¹⁰¹ ROXIN, Claus, Op Cit., pág. 822.

¹⁰² Art. 40.- (Sustituido por el Art. 6 de la Ley 2005-2, R.O. 45, 23-VI-2005).- Las personas que no hayan cumplido los 18 años de edad, estarán sujetas al Código de la Niñez y Adolescencia.

menor de edad. Dogmáticamente, podemos encontrar en los siguiente supuestos, causas de inimputabilidad:

1. La minoría de edad.
2. La sordomudez.
3. La enajenación y el trastorno mental.

Nótese que la intoxicación por alcohol o por sustancias estupefacientes, para nuestra legislación, no es una causa de inimputabilidad, (salvo un caso, relacionado con la libertad), teniendo, en el código ecuatoriano, un tratamiento especial, que puede ser visualizado en tres supuestos¹⁰³:

1. INTOXICACIÓN INVOLUNTARIA.- Si la intoxicación no es voluntaria, es decir no es libre, pues deviene de un caso fortuito o de fuerza mayor¹⁰⁴ no habrá responsabilidad en caso de que prive de total conocimiento al autor, caso contrario la responsabilidad será atenuada.

2. INTOXICACION VOLUNTARIA PARA COMETER EL HECHO.- La intoxicación voluntaria para cometer el ilícito es agravante, estamos frente al

¹⁰³ Art. 37.- En tratándose de la embriaguez del sujeto activo de la infracción, o de intoxicación por sustancias estupefacientes, se observarán las siguientes reglas:

1a.- Si la embriaguez, que derive de caso fortuito o fuerza mayor, privó del conocimiento al autor, en el momento en que cometió el acto, no habrá responsabilidad;

2a.- Si la embriaguez no era completa, pero disminuía grandemente el conocimiento, habrá responsabilidad atenuada;

3a.- La embriaguez no derivada de caso fortuito o fuerza mayor, ni excluye, ni atenúa, ni agrava la responsabilidad;

4a.- La embriaguez premeditada, con el fin de cometer la infracción, o de preparar una disculpa, es agravante; y,

5a.- La embriaguez habitual es agravante. Se considera ebrio habitual a quien se entrega al uso de bebidas alcohólicas, o anda frecuentemente en estado de embriaguez.

¹⁰⁴ El caso fortuito y la fuerza mayor, ejemplificadamente están tratados en el Código Civil, específicamente en el Art. 30, norma que reza: “Art. 30.- Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

sujeto que libremente se intoxica para cometer el ilícito, tema relacionado íntimamente con la teoría del *actio liberae in causa*.

3. INTOXICACION VOLUNTARIA SIMPLE.- Si la intoxicación es voluntaria, pero no dirigida para cometer el hecho, empero el ilícito se realiza, no supone ni atenuante ni agravante en la conducta del agente, empero la ebriedad habitual, se la considera agravante.

4.3.1.1. LA MINORÍA DE EDAD.-

El Dr. Angel Osorio, en sus obras sostenía que: “Se puede ser o no ser abogado, pues nadie nace, por ley natural, obligado a serlo. Pero ya de serlo. Serlo bien; y no hay otro modo de ser abogado que usando el lenguaje, empleémoslo como corresponde: con dignidad, con pulcritud, con eficacia.”, por tanto es recomendable, primero, antes de analizar esta causa de inculpabilidad, estudiar conceptualmente que es la minoría de edad, y sostendremos que es menor de edad aquel que no ha cumplido 18 años de vida, tiempo mínimo establecido por nuestra legislación para que un individuo de la especie humana sea mayor de edad, y por tanto adquiera por un lado, civilmente, la capacidad de ejercicio y por otro lado, penalmente, la facultad de entender o de querer, sin dejar de lado que el Código de la Niñez y Adolescencia, determina medidas socio educativas para aquel adolescente que adecue su conducta a un tipo penal en concreto, conforme lo determina el libro cuarto del código de la materia, que reconociendo la inimputabilidad de los adolescentes, regula un trato especial y *sui géneris* en el caso de que cometan un acto contrario a la ley y lesivo a bienes jurídicos que la norma tutela, precisando que únicamente éstos pueden ser sujetos de medidas socio educativas, no así los niños.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Art. 4.- Definición de niño, niña y adolescente.- Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad.

Art. 305.- Inimputabilidad de los adolescentes.- Los adolescentes son penalmente inimputables y, por tanto, no serán juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes penales.

En suma, se considera que el menor de edad, no tiene la facultad de entender o de querer y por tanto sus actos no son gobernados con la objetiva libertad que tiene un mayor, consecuentemente no es imputable, empero si un adolescente comete un acto delictivo, tendrá que ser juzgado mediante un tratamiento especial, pues, por decirlo de alguna manera, su libertad esta limitada, por ello Ernesto Alban opina: “La tendencia actual de la doctrina, que se inspira en la Convención de las Naciones Unidas sobre esta materia y que se concreta en el vigente Código de la Niñez y la Adolescencia, deja a un lado los criterios puramente tutelares y paternalistas que inspiraban la legislación anterior. En esta nueva línea debe considerarse al menor infractor como sujeto de derechos, incluidos los de carácter procesal, pero también responsable de sus actos, de tal manera que las medidas que se adopten, sólo en caso extremo la privación de la libertad, sirvan para que el menor pueda insertarse socialmente en una forma adecuada.”¹⁰⁶

4.3.1.2.- LA SORDOMUDEZ.-

Esta dolencia puede ser provocada por varios supuesto, v.gr., una conmoción cerebral, procesos infecciosos o una enfermedad que afecte la tercera circunvolución lateral izquierda de broca. Frente a este supuesto, nuestro Código Penal, determina además que la sordomudez es una posible causa de inimputabilidad, siempre que se establezca que el agente actúo sin conciencia y voluntad, es decir sin libertad, pues en caso de existir esta particularidad su responsabilidad será atenuada, así lo determina el Art. 39 de la norma punitiva ecuatoriana:

Art. 306.- Responsabilidad de los adolescentes.- Los adolescentes que cometan infracciones tipificadas en la ley penal estarán sujetos a medidas socio-educativas por su responsabilidad de acuerdo con los preceptos del presente Código.

Art. 307.- Inimputabilidad y exención de responsabilidad de niños y niñas.- Los niños y niñas son absolutamente inimputables y tampoco son responsables; por tanto, no están sujetos ni al juzgamiento ni a las medidas socio-educativas contempladas en este Código.

Si un niño o niña es sorprendido en casos que puedan ser considerados de flagrancia según el artículo 326, será entregado a sus representantes legales y, de no tenerlos, a una entidad de atención. Se prohíbe su detención e internación preventiva.

Cuando de las circunstancias del caso se derive la necesidad de tomar medidas de protección, éstas se tomarán respetando las condiciones y requisitos del presente Código.

¹⁰⁶ ALBAN, Ernesto, Op Cit.

Art. 39.- Cuando un sordomudo cometiere un delito, no será reprimido si constare plenamente que ha obrado sin conciencia y voluntad; pero podrá colocársele en una casa de educación adecuada, hasta por diez años; y si constare que ha obrado con conciencia y voluntad, se le aplicará una pena que no exceda de la mitad ni baje de la cuarta parte de la establecida para el delito.

4.3.1.3.- LA ENAJENACIÓN Y EL TRANSTORNO MENTAL.-

Si partimos del hecho que obra sin libertad y por tanto sin culpabilidad la persona que al momento de actuar no puede comprender la ilicitud de su conducta, el individuo que tenga una perturbación de la conciencia, algún tipo de debilidad mental o un trastorno mental –inclusive el transitorio- su proceder no puede, bajo ningún concepto ser reprochado a ningún título, debiendo para ello la enajenación y/o el trastorno perturbar plenamente las facultades psíquicas impidiendo que el agente pueda, de forma alguna, motivar su conducta en la norma, empero si dicha perturbación es parcial, habrá responsabilidad atenuada.

Resulta relativamente simple comprender que el alienado mental carece de aquella facultad de entender y de querer, mereciendo un mayor análisis el trastorno mental cuando es transitorio, consecuentemente para que éste pueda afectar la libertad del individuo, debe cumplir algunas propiedades, por ello Vicente Cabello, citando a Henriques manifiesta que dicha situación debe cumplir los siguientes requisitos: “a) El trastorno debe ser realmente transitorio, es decir suspendido entre los límites anterior y posterior convencionales de normalidad. b) El trastorno debe ser de corta duración, segundo, minutos, pocas horas, muy raramente en algunos días. C) A la producción del fenómeno deben concurrir factores o causas de calidad y proporción adecuadas. d) El grado de perturbación debe ser suficiente. e) Deben excluirse el dolo y la culpa. f) La impulsión o la inhibición originados deben tener un carácter irresistible.”¹⁰⁷

Como vemos tanto en la enajenación mental cuanto en el trastorno mental transitorio, el efecto psicológico influye en la libertad del hombre, por ello Muñoz Conde, al respecto sostiene: “El efecto psicológico tiene por consiguiente, una doble

¹⁰⁷ CABELLO, Vicente. Op. Cit, pág. 118

limitación: ha de tratarse de una perturbación de las facultades intelectuales o volitivas y esta perturbación debe referirse a la comprensión de la ilicitud del hecho o a la capacidad de orientar la conducta de acuerdo con dicha comprensión”¹⁰⁸

El problema de la inimputabilidad por enajenación mental o trastorno mental transitorio, debe ser analizado, en el caso en concreto como mucha prolijidad, debiendo el juzgador fundar su criterio en experticias psiquiátricas que determinen a la postre el grado de libertad del procesado, debiendo el tercero imparcial, para resolver un conflicto de esas características nutrir sus argumentos con conocimiento científico en el área, para ello es importante revisar dos jurisprudencias ecuatorianas, una de ellas declara la inimputabilidad y la otra no:

- “... PRIMERA.- El procesado fundamenta su recurso expresando que 'el acto que motiva este juicio' lo realizó 'sin conciencia ni voluntad ya que estaba totalmente alienado mentalmente debido a las continuas, reiteradas y públicas infidelidades de su ex-cónyuge, quien mancilló o ultrajó el patrimonio sagrado de todo ser humano, su honor'. Agrega que en el numeral quinto del fallo se viola la ley, al citar su evaluación psiquiátrica efectuada en el Instituto de Criminología de la Universidad Central del Ecuador, para justificar la parte resolutive, y así indica que no se ha nombrado dos peritos especialistas titulados en la materia, que no existe por tanto el informe respectivo, sino tan sólo uno firmado por el Doctor H.R., director del mentado Instituto, quien no fue designado ni posesionado por el Juez como perito; objeta sus conclusiones y que por tanto 'la sentencia viola la Ley al considerar como válida una diligencia nula, de nulidad absoluta, insubsanable', que 'era y es de trascendental importancia para establecer el grado de responsabilidad del compareciente... sin que sea imputable'. Asegura que la sentencia también es nula ya que se vale de ciertas constancias procesales para establecer que sus facultades mentales eran normales, y que transgrede el artículo 253 del Código Procesal Penal; critica la tipificación del delito con las circunstancias de enañamiento y alevosía; y arguye que se ha hecho una falsa aplicación de la ley, al escoger los artículos 452 y 450 numerales 1, 4, 5, 6 y 7 del Código

¹⁰⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, Op. Cit., pág. 144

Penal, y además una errónea interpretación pues se concede 'un alcance o un sentido diferente a la disposición legal puntualizada en la parte resolutive, en la cual nada se dice respecto de las atenuantes, debidamente puntualizadas en el Considerando Octavo...' Pide que se case la sentencia determinando su inimputabilidad por falta de conciencia y voluntad; y subsidiariamente que aplique el artículo 449 del Código Penal, con las circunstancias del artículo 74 ibídem. SEGUNDA.- El señor Ministro Fiscal General al contestar el escrito de fundamentación del recurso, con el que se le ha corrido traslado, pone de relieve que el Tribunal A quo después de analizar todas las pruebas practicadas en el sumario y en la audiencia del plenario, declara en el párrafo séptimo de su sentencia que el nexo causal entre la materialidad de la infracción con la responsabilidad directa del procesado, se hallan plena y absolutamente probados; y, que respecto de la imposición de la pena, el Juzgador razona que W.C. cometió el asesinato de su cónyuge 'con inocultable alevosía, sobreeseguro y planificada en el asesinato de su cónyuge' para lo cual ha tomado en cuenta la declaración indagatoria del recurrente y su ampliación, en las cuales se declara autor de la muerte de quien en vida respondiera a los nombres de G.V. Finalmente descarta por falsos y engañosos los argumentos del encausado, en el sentido que 'al momento de ejecutar el acto delictivo contra su víctima, este actuó sin voluntad ni conciencia y llega a la conclusión de que W.C. es autor responsable del delito de asesinato'. TERCERA.- El recurso de casación es de carácter extraordinario; pretende que los Jueces no violen la ley en las sentencias, por lo que su finalidad es la de corregir los errores de derecho en los términos del artículo 373 del Código Adjetivo Penal; por consiguiente procede examinar si las conclusiones expresadas en el fallo mantienen un ordenamiento lógico con los hechos relatados y aceptados como verdaderos; se debe examinar también si las normas legales aplicables son las que corresponden al caso, pero no es permitido hacer un nuevo estudio de la prueba que fue valorada por el Juez acorde con las reglas de la sana crítica y las normas del Código Procesal Penal. En ese contexto se analiza la sentencia impugnada por la vía de la casación, y al respecto se observa: a) Que consta

como antecedente del auto cabeza de proceso el parte y el informe policial investigativo en el que aparece que el 31 de marzo de 1995 W.C. se ha presentado acompañado de sus hermanos L. y P.C., en el servicio de guardia de la Policía de Tena, y se ha entregado como detenido porque había asesinado a su cónyuge G.V., habiéndose verificado que el cuerpo de ella ha sido cercenado y colocado en tres fundas de polietileno; b) Que la existencia material de la infracción se ha justificado con las diligencias precisadas en el Considerando Tercero, a saber: el levantamiento e identificación del cadáver, el protocolo de autopsia, el informe médico respectivo sobre la causa del fallecimiento: 'hemorragia aguda por sección total del cuello y miembros', la partida de defunción de G.V., el parte policial, el informe policial investigativo, el reconocimiento del lugar de los hechos, y las armas (machetes); c) Que referente a la responsabilidad de W.C., el Tribunal Penal anota en el Considerando Cuarto las pruebas de las que se infiere con absoluta claridad que es autor del delito de asesinato de su cónyuge G.V., tanto más que él admite haberlo hecho aunque como medio de defensa alega inimputabilidad por falta de conciencia y voluntad, lo que no se evidencia de los actos procesales ni de los investigativos mencionados en la sentencia.

CUARTA.- Cabe destacar que por regla general las personas son imputables, encontrándose como causa de excepción la perturbación mental que conforme al artículo 34 del Código Penal es efectivamente un motivo de inimputabilidad. En la especie, el recurrente sostiene que el acto típico cometió estando 'totalmente alienado mentalmente debido a las continuas, reiteradas y públicas infidelidades de su ex-cónyuge...', sin embargo la disminución de sus facultades el momento en que dio muerte a la señora G.V. no ha demostrado y si lo que pretende es justificar su conducta delictiva en la legítima defensa del honor, ello carece totalmente de asidero porque no hay norma legal que lo sustente, ni corriente cultural o sociológica que pueda ser invocada, ni su accionar ha sido inconsciente. Hay elementos inequívocos de la preparación y del ensañamiento, que sólo son dables cuando el agente se encuentra en perfecto uso y goce de sus facultades mentales y volitivas. Por

otra parte, la crítica al informe emitido por el Director del Instituto de Criminología de la Universidad Central no sirve de precedente para destruir los acertos del fallo sobre la responsabilidad de W.C. QUINTA.- Las atenuantes no pueden ser admitidas por la naturaleza del delito, que teniendo circunstancias constitutivas lo convierten en asesinato al tenor del artículo 450 del Código Penal, y presenta por añadidura la agravante de que entre el sujeto activo y la víctima existía el vínculo matrimonial, lo que está contemplado en el artículo 452 del propio cuerpo de leyes, de modo que la violación de la ley o la errónea interpretación que aduce el recurrente tampoco es pertinente. En mérito de lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se declara improcedente el recurso de casación interpuesto por W.C., y se dispone devolver el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la sentencia. ..."¹⁰⁹

- "... PRIMERO.- El recurrente alega violación de la ley en la sentencia, por habersele condenado sin considerar la alienación mental que padece y que le hace no responsable al tenor del artículo 34 del Código Penal, que -dice- ha sido infringido por el Tribunal Penal, el cual en aplicación de esta norma debió declarar la inimputabilidad del recurrente, ya que por su enfermedad se hallaba -insiste- en un estado mental que le imposibilitaba entender o querer; y debió ordenar su internamiento en un hospital psiquiátrico hasta el restablecimiento pleno de sus facultades intelectuales, en lugar de enviarle a la cárcel en donde cumple una pena que no le permitirá ni rehabilitarse, ni mucho menos curarse. Subsidiariamente alega que si el juzgador estimó que su perturbación mental no era absoluta, debió aplicar los artículos 35 y 50 del Código Penal, para graduar la pena en relación con el conocimiento limitado por su enfermedad, reduciéndola de un cuarto a la mitad de la señalada para la infracción. SEGUNDO.- El Tribunal Penal del Napo llega a la certeza de la existencia del delito en base a las diligencias de: reconocimiento, identificación y autopsia del cadáver de L. S., muerto por 'hemorragia aguda

¹⁰⁹ 24-XI-1998 (Expediente No. 443-98, Segunda Sala)

exanguinante causada por arma de fuego’, según la pericia médica; - reconocimiento de evidencias físicas: carabina de 16 milímetros con la que se hizo el disparo a la víctima; y, -reconocimiento del lugar de los hechos. En lo que respecta a la responsabilidad del sindicado el Tribunal Penal la sustenta fundamentalmente en la declaración preprocesal del imputado ante la Oficina de Investigación del Delito del Napo, en la que manifiesta: ‘...aproximadamente viví 12 años con la Sra. I. M. con quien procreamos 5 hijos. Motivó la separación de mi hogar el hecho de que allí vivían familiares de mi esposa, en especial mi cuñado A. S., con el que teníamos muchos problemas. Una vez me pegó con una tabla de madera en la cabeza y después que me separé de mi esposa, cuando iba a visitar a mis hijos, mi cuñado comenzaba a insultarme y amenazar que me pegaría si continuaba llegando a la casa donde vivían mi esposa y mis hijos. Cabe indicar que hasta me quitaba la plata que yo cobraba. Estaba cansado de tantas agresiones físicas y verbales... por lo que, el día Martes esperé que llegue a mi casa, donde él sabía vivir con mi esposa y cuando llegó a la madrugada, no me acuerdo la hora, le disparé a mi cuñado L. S. con una carabina calibre 16. Luego me fui a mi cuarto que arriendo en Palandacocha, a donde llegó la Policía, me detuvo, trasladándome luego al cuartel de Policía quedando como detenido, sin saber que lo había victimado a mi cuñado A. S.’. Esta declaración preprocesal fue ratificada de forma expresa por el sindicado en su testimonio indagatorio de fojas 19 en el que, además afirmó: ‘Yo fui el que le disparó a A. S. ... él era mi cuñado, lo hice en la casa de mi esposa’, admitiendo así en forma libre y voluntaria su responsabilidad; por lo que, hallándose probada la existencia material del delito, el Tribunal Penal dio al testimonio indagatorio el valor de prueba contra el encausado con arreglo al artículo 127 del Código de Procedimiento Penal. TERCERO.- En la sentencia impugnada se transcriben las siguientes conclusiones del examen médico legal psiquiátrico que obra a fojas 98 a 100 del sumario, ‘nuestro examinado es una persona con antecedentes de probables trastornos psiquiátricos, que ameritaron consulta especializada por dos ocasiones. Al momento el examinado no presenta

manifestaciones con un cuadro psicótico, por lo contrario tiene pleno uso de su capacidad de ubicarse en el entorno y discernir sobre él. Pobreza de juicio crítico de los acontecimientos, recuerdo preciso del acto delictivo, frialdad efectiva ante el delito, sensación de tranquilidad luego de la realización del mismo, estado de ánimo afable ante todas las personas, marcada desconfianza de su esposa, juicios falsos y confabulatorios. Consideramos que T. J. adolece de un trastorno tipo paranoide de la personalidad, que se caracteriza por lo siguiente: Excesiva sensibilidad a los contratiempos y desaires, incapacidad para perdonar agravios y perjuicios, predisposición a rencores persistentes, suspicacia y tendencia generalizada a distorsionar experiencias propias interpretando las manifestaciones neutrales como hostiles y despectivas, sentido combativo y predisposición a celos patológicos'. El Tribunal Penal analiza el reconocimiento médico legal psiquiátrico y consigna que dicho examen, ni las certificaciones de las casas de salud -que obran de autos- 'determinan que el sindicado al momento de realizar la acción, esto es el '1ro. de septiembre de 1999', estaba por enfermedad, en tal estado mental, que se hallaba imposibilitado de entender o de querer, ni que al momento del acto delictuoso se encontraba disminuido, porque los exámenes han sido realizados con anterioridad o posterioridad a la infracción que se juzga, sin que se especifique si el trastorno paranoide es crónico o incurable, o si la perturbación del sentido es general o temporalmente estable'; y agrega: 'Las declaraciones del imputado, tanto presumarial como indagatoria, son absolutamente claras y uniformes con las circunstancias del delito, determinado con precisión el móvil o la causa que lo indujo a cometerlo y la forma en que lo ejecutó; sin demostrar lagunas, confusiones ni desórdenes de ideas, que son particularidades que caracterizan típicamente a la persona sin capacidad de entender o de querer, o que tenga disminuida dicha capacidad; declaraciones que fueron rendidas acto seguido a la consumación del delito. Los Arts. 34 y 35 del Código Sustantivo Penal señalan con claridad, que el estado mental que imposibilite de entender o de querer y la disminución de dichas capacidades, tienen que ocurrir al momento de realizarse la acción o de

cometer el acto delictuoso; lo que no ocurre ni se ha demostrado en el presente juicio...'; razonamientos en base de los cuales el Tribunal juzgador declaró a T. J. como responsable y penalmente imputable de la infracción por la que fue condenado. CUARTO.- Las certificaciones de las casas de salud a que se refiere la sentencia impugnada, son la conferida por el doctor D. B., Director del Hospital Psiquiátrico Julio Endara, que consta a fojas 47 del cuaderno del sumario, sobre que el paciente T. J. fue atendido en esa casa de salud, 'el 23 de Febrero y 30 de Marzo de 1995 por presentar un cuadro de psicosis inespecífica'; que se corrobora con la otorgada por el doctor N. S., el 19 de octubre de 1999, entonces Director del Hospital Psiquiátrico Julio Endara, quien certifica que el paciente 'es atendido en esta Casa de Salud y amerita su internamiento para recibir tratamiento de especialidad'. En el informe que obra a fojas 98 de los autos los médicos psiquiatras designados para examinar al procesado, expresan que lo hicieron el 24 de mayo del año 2000, y en los antecedentes personales del paciente consignan que 'los constantes conflictos con su cónyuge originados básicamente en su desconfianza hacia ella, generó una actitud permanente de celos, acusándola de infidelidad, de tener varios amantes, que ellos eran sus propios hermanos, que dudaba de la paternidad de su primer hijo, que por varias ocasiones le agredió físicamente, siendo detenido por este motivo y remitido desde la cárcel para ser atendido en la consulta externa del Hospital Psiquiátrico 'Julio Endara' por presentar un cuadro compatible con 'trastorno de ideas delirantes', razón por la cual recibe medicación neuroléptica, la misma que toma únicamente por 40 días aproximadamente, abandonando el tratamiento por su voluntad. En 1999 retorna a consulta, siendo remitido nuevamente desde la cárcel en donde guarda prisión por este juicio. Señalan que en el examen psiquiátrico de esa fecha se detectan ideas compatibles con delirios y que en la evaluación realizada el 24 de mayo del 2000, al relatar como ocurrió la muerte de su cuñado (hermano de su esposa) lo hace con franca indiferencia efectiva. Refiere que su cuñado fue convicto de haber asaltado el Banco de Fomento, que era un hombre peligroso, agresivo que constantemente lo amenazaba, que

incluso llegó a pensar que mantenía relaciones amorosas con su esposa. Que ante esas circunstancias se vio obligado a dejar su casa y durante tres meses vivió en la de sus padres. Que en este período siempre se manifestó hostil ante su cuñado y esposa y consideró que ‘debía terminar con este problema sacándole de cualquier forma a este intruso de su hogar, antes de que dañe a mis hijos’. Que con tal propósito compró a mediados de agosto una carabina y la noche del incidente acudió a su casa, esperó que llegara el cuñado y sin que mediara ninguna discusión lo disparó’. Afirman los psiquiatras que ‘el relato de estos episodios lo hace en forma nítida con plena conciencia de lo que significa; que durante la entrevista fue muy colaborador y comunicativo, que mantuvo una actitud cordial y respetuosa, expresándose con claridad, utilizando un lenguaje adecuado y compatible con su situación socio-cultural. Lúcido, de pensamiento circunstancial, envolvente, lleno de detalles y con un contenido perseverante, repitiendo constantemente ‘ese medio hermano de mi mujer creo tenía algo con ella’, sin que se evidencie la construcción de un sistema de ideas delirantes bien sistematizadas. Afectivamente hay una frialdad ante el hecho delictivo por él cometido y una sensación de apego hacia su esposa e hijos’. Después de dictada la sentencia por el Tribunal Penal, el Director del Centro de Rehabilitación Social del Tena solicitó, conforme consta en la comunicación de 27 de octubre del 2000 que obra a fojas 15 del cuaderno de casación, que el interno T. J. sea trasladado ‘a una casa asistencial en donde pueda recibir atención médica especializada y evitarse problemas que pueden suscitarse dentro de este establecimiento, porque como va el interno puede terminar mal... hay momentos que se vuelve muy agresivo, no quiere conversar con nadie, vive alejado de sus compañeros, y últimamente se ha dado a barrer el patio de internos, en una forma desquiciada y anormal...’; respaldando sus afirmaciones en la evaluación psicológica-clínica practicada el 17 de octubre del 2000 por el doctor E. S., psicólogo clínico quien examinó a T. J., entonces de 38 años, en el Centro de Rehabilitación Social del Tena, ‘a solicitud de su Director, el mismo que refiere que, el interno T. J. padece de trastornos mentales causando un gran peligro para sus compañeros de celda,

quien tuvo una crisis de recaída el último fin de semana'. En este informe médico se menciona que practicada la evaluación del interno T. J., 'su aspecto físico, aseo y arreglo personal al momento de la entrevista son buenos, mostrándose bastante tranquilo, sereno y colaborador; que se manifiesta con baja autoestima por marcada inseguridad, que se agudizan ante cualquier situación adversa y estresante. Un problema anatómico en su órgano genital o miembro viril ha desencadenado en un cuadro de Celotipia (celos patológicos) con comportamientos que afectaron su vida matrimonial... Inteligencia normal, carácter apasionado. Se aprecia como rasgos de personalidad: orgullo; vanidad; necesidad y esfuerzo de mantener la integridad de su yo; defensa compensatoria para encubrir y combatir el temor de la difusión y la desintegración de la personalidad; inclinación a la fantasía; y, tendencias paranoides'. Un posterior examen realizado por la psicóloga del Centro de Rehabilitación Social del Tena, revela en la parte sustancial de su informe que 'el interno, de 39 años presenta alucinaciones visuales, auditivas, lagunas mentales, sufre mucho por el destino de su mujer e hijos. Inteligencia superior a lo normal, buena imaginación con tendencia a la fantasía; predominio de las fuerzas vegetativas inconscientes, esfuerzos para mantener la integridad del yo, dependencia, distanciamiento de la realidad, orgullo, vanidad, afán de superar los sentimientos de inferioridad, explosividad, carga y descarga instantáneas, gran impulso a tendencias agresivas, a ser dominante y poderoso, alucinaciones, auditivas y paranoides'. QUINTO.- El Tribunal Penal de la sentencia, como ya se dijo, consideró no probada la enfermedad mental del procesado al momento del cometimiento de la infracción, pues no dio valor a las evaluaciones médico-psicológicas anteriores y posteriores al hecho delictivo, aduciendo que debió demostrarse que en el momento mismo del acto punible el agente se halló en un estado mental que le imposibilitó entender o querer, como si fuera necesario para acreditar una psicopatía, que un psiquiatra esté presente en el instante del ilícito para dar fe de la enfermedad psicológica que afecte al autor. Así pues, el Tribunal Penal erró en la interpretación del artículo 34 del Código Penal, tanto más que declaró que

el procesado no aprecia como un enfermo mental sin capacidad de entender o de querer, pues la claridad de su exposición, concordancia y firmeza al rendir las declaraciones preprocesal e indagatoria inmediatamente después del ilícito, demostraban su capacidad intelectual. Mas, para esta Sala de Casación, el cuadro clínico de T. J. descrito por los médicos examinadores, a que hace referencia el considerando precedente, y especialmente las conclusiones del informe de evaluación psiquiátrica que transcribe la sentencia impugnada, revelan sin duda alguna la psicosis paranoide del procesado, pues padecía de delirios obsesivos de persecución y celo que le motivaron, para la afirmación de su yo, a obrar premeditadamente contra el presunto perseguidor y supuesto amante de su cónyuge. La paranoia se caracteriza -según Kraepelin- por ‘el desarrollo lento, fatal y progresivo del delirio producido por causas endógenas, que transcurre con normal claridad de conciencia, ordenación en el pensamiento, la voluntad y la acción’; siendo según P. Polatin, ‘los trastornos psicóticos paranoides los delirios de referencia, influencia, grandeza, celos morbosos, o persecución, sin alucinaciones asociadas a ellos’(1). Romo Pizarro sostiene: ‘La paranoia se fundamenta en una creencia falsa, que sostenida con tozudez y coherencia, se elabora lógicamente dentro del sistema delirante... Los pacientes presentan como elementos caracterizantes de la enfermedad: la grandilocuencia o grandiosidad con sentimientos falsos de sobrevaloración de sí mismos; y/o ideas irracionales sobre persecución... En síntesis, el núcleo de la enfermedad lo constituye el delirio sistematizado, crónico, coherente e irreductible; y la claridad de conciencia, lo mismo que la orientación en el tiempo y en el espacio. Se advierte que en la temática ajena a su sistema delirante se comporta de manera normal, razonando incluso con logicidad y agudeza’(2). Según el médico psiquiatra J.C. Betta, las paranoias pueden presentar diversas formas clínicas, según sea el contenido de las ideas delirantes. El delirio es crónico e inquebrantable, evolucionando esta enfermedad en tres períodos: 1. de elaboración, 2. de sistematización y 3. de esterotipia terminal. En el segundo período se efectúa la relación y coordinación en torno a una idea principal de carácter irreducible,

organizándose de este modo el plan definitivo del delirio. El sistema delirante aumenta constantemente por el agregado de nuevas interpretaciones que conducen al período terminal, en que el enfermo alcanza una edad muy avanzada, con pleno vigor intelectual y con el delirio en toda su firmeza. Las interpretaciones delirantes se realizan por obra de la exaltación efectiva, que determina que el enfermo adapte las concepciones reales a las conveniencias de su estado catatímico, realizando una encadenación perfecta de las cosas y poniendo en evidencia una vigorosa lógica. Por eso se ha llamado a la paranoia: locura razonante.(3). Así pues, para esta Sala de Casación es equívoca la apreciación del Tribunal Penal sobre que el razonamiento lógico y la aparente lucidez del procesado al momento de sus declaraciones preprocesal e indagatoria revelarían no tratarse de un enfermo mental. SEXTO.- Los especialistas en psiquiatría coinciden en que los delirios se desarrollan en una personalidad preexistente; y en que la persona paranoica se caracteriza por un gran sentimiento de amor propio, excesiva susceptibilidad, tendencia a relacionar con ella todo lo que acontece a su alrededor; se sobrevalora, es susceptible, desconfiada, vanidosa, presenta exacerbación e hipertrofia del 'yo'; cree que sus razones son las únicas valederas y trata de imponerlas en todas las circunstancias. Así mismo, todos los tratadistas coinciden en sostener que entre las principales psicosis paranoides se registran las originadas por el delirio de persecución (se sienten víctimas de enemigos que quieren causarles daño); y el de celos (se sienten víctimas de infidelidad), que impulsan a reacciones defensivas que pueden constituir infracciones penales inimputables: injurias, lesiones, homicidios, asesinatos. Comparadas estas características con las descritas en las evaluaciones practicadas a T. J., es incontrastable el padecimiento paranoico del procesado por delirios de persecución y de celos, según diagnóstico de todos los médicos que le han examinado. SÉPTIMO.- Determinada así por esta Sala la psicopatía del procesado, resta examinar si los delirios que le afectaron desde tiempo atrás, constitutivos de la paranoia que padecía a la época del cometimiento del delito que se juzga, llegaron a imposibilitar el entender o el querer, vale decir la

conciencia y la voluntad que hacen a una persona penalmente responsable. Las paranoias constituyen inequívocamente una alteración morbosa de las facultades mentales que impiden, en el momento del hecho, comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones del paranoico. Pero debe discriminarse entre la personalidad paranoide y la psicosis paranoide, pues mientras la segunda implicaría una imputabilidad disminuida, la primera bloquea en tal forma la conciencia, aunque fuera momentáneamente, determinando que el acto del psicótico paranoide sea totalmente inimputable. Román Pizarro afirma que ‘el paranoico es uno de los enfermos mentales más peligrosos; precisamente su idea delirante (celos, persecución, etc.) al invadir su psiquis lo hace adoptar conductas que pueden ser de carácter delictivo; desde la violenta agresión y muerte contra quien cree que lo persigue, hasta el más refinado o sofisticado asesinato por celos. No debe olvidarse que actúa con claridad de conciencia, capacidad razonadora e inteligencia... pero no puede dejarse de lado la circunstancia de que el delirio paranoico influye en toda la personalidad del enfermo; y que aún cuando actúa con lucidez, no patentizándose en su apariencia la enfermedad, en todo caso es un enfermo, y por tanto es inimputable en su conducta delictiva si existe una íntima relación entre el delirio y el acto delictivo’⁴. Para esta Sala de Casación Penal aunque no estuviere perfectamente demostrado que al momento del cometimiento del delito el procesado sufrió un delirio paranoico de tal severidad que eliminó las facultades de entender y querer, basta la duda sobre su inimputabilidad al tiempo del hecho para que se declare su absolución con aplicación del internamiento hospitalario previsto en el artículo 34 del Código Penal, porque de las evaluaciones periciales practicadas al acusado anteriores al cometimiento del delito y de las evaluaciones posteriores al mismo, se desprende que no es simplemente una personalidad paranoide, sino que se trata de un psicótico paranoide crónico, siendo por ello inimputable; tanto más que reducir la pena si se considerase que obró con imputabilidad disminuida, implicaría según la regla de los artículos 35 y 50 del Código Penal, que continúe en prisión y se agrave su enfermedad; u obtenga a corto plazo su

libertad no obstante su peligrosidad, lo que pondría en riesgo la seguridad colectiva e igualmente imposibilitaría su curación y rehabilitación. Por lo expuesto, esta Primera Sala de Casación Penal, estimando procedente el recurso de casación deducido por T. J., con arreglo a lo que manda el vigente artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 360 de 13 de enero del 2000, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia para enmendar el error de derecho que la vicia, declarando absuelto a T. J. por haber obrado afectado por un trastorno mental del tipo de psicosis paranoide que le impidió entender y querer, cuando dio muerte al hermano de su cónyuge por delirios de persecución y de celo, siendo por ello inimputable al tenor del artículo 34 del Código Penal, en aplicación del cual se ordena su internamiento en el Hospital Psiquiátrico Julio Endara, de Conocoto, para que reciba la atención especializada por el tiempo que sus facultativos estimen necesario. Devuélvase el proceso al inferior para que haga ejecutar esta sentencia, ordenando el traslado del interno al Centro Hospitalario referido. ...”¹¹⁰

Es importante recalcar que dentro de este acápite, ingresan todas aquellas perturbaciones de la conciencia como son trastornos de conciencia de corta o larga duración, la perturbación patológica de la actividad mental y las debilidades mentales como la oligofrenia, en suma todas aquellas perturbaciones mentales que impiden que el individuo actúe libremente y por tanto se motive en la norma.

Frente a este tipo de particularidades, nuevamente es imperioso se recuerde la regulación dogmática del *actio libera in causa*, que, en los mismos términos analizados en el acápite 2.6.4. del segundo capítulo del presente trabajo, nos remitimos para comprender esta reflexión, pues si el agente se coloca voluntariamente en un supuesto de inimputabilidad –si ello es posible atendidas las circunstancias del justiciable-, habrá responsabilidad.

¹¹⁰ 13-III-2002 (Resolución No. 76-02, Primera Sala, R.O. 578, 17-V-2002)

4.3.2.- EL ERROR DE PROHIBICION.-

El error de prohibición es otra causa que excluye la culpabilidad respecto un acto, típico y antijurídico, recordemos que uno de los requisitos para que el Estado pueda realizar un juicio de reproche respecto un individuo, éste debe tener conocimiento de la antijuridicidad del acto en términos generales, por tanto si el agente actúa convencido de que su conducta no se encuentra prohibida, existiendo justa causa de error para ello, no podemos reprochar ni atribuir responsabilidad alguna

Para Roxin, “concorre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no esta permitida”¹¹¹. Entre el error de tipo y el error de prohibición existen diferencias pues, “el error de prohibición solo afecta a la valoración jurídica global; el error sobre circunstancias particulares, se base en razones fácticas o jurídicas, siempre es un error de tipo.”¹¹²

Quien obra convencido de que su proceder es lícito cuando no lo es, actúa sin libertad objetiva, por tanto mal podríamos formular respecto dicho individuo un juicio de reproche, por ejemplo, como el Director de una entidad pública, que para proceder, consulta primero con el asesor jurídico del organismo, y frente al criterio del profesional (mediante el correspondiente informe por escrito) actúa, si el consejo es equívoco, habría un evidente caso de error de prohibición.

El error de prohibición puede ser invencible y vencible, en el primer caso se excluye todo tipo de culpabilidad, empero si es vencible –lo que sucede en la mayoría de casos- habrá responsabilidad atenuada.

4.3.3.- ESTADO DE NECESIDAD DISCULPANTE.-

En la formación académica de posgrado, jamás olvidaremos las enseñanzas del profesor Sandro Abraldes, cuando, previo a analizar el estado de necesidad disculpante refería, ejemplificando y a manera de broma, que para comprender el alcance de esta figura, debemos conocer el verdadero final de la película Titanic, cuando la dama se aferra al madero para salvarse, pero los hechos verdaderos, a criterio del profesor, no son como narrados en el afamado film, que el caballero le

¹¹¹ ROXIN, Claus, Op Cit. Pág. 861

¹¹² ROXIN, Claus, Ibidem, pág. 861

cede su lugar para salvar a su amada, sino es ésta quien, para precautelar su vida, empuja al agua a su pareja pues el madero no soportaba el peso de ambos, a ella no podíamos exigirle otra conducta, por tanto el concepto de libertad nuevamente entra en escena.

Para Muñoz Conde, “El estado de necesidad es ante todo, una causa de justificación que se encuentra informada primariamente por el principio de ponderación de bienes, es decir, por el principio que es lícito sacrificar un bien jurídico con dicho sacrificio se quiere salvar a otro de mayor valor. Existe sin embargo un supuesto de estado de necesidad en el que los bienes en colisión son de igual valor, el naufrago que mata a otro naufrago para comer su carne y poder sobrevivir (naufragio de la medusa); el naufrago que impide a otro naufrago se agarre del madero que se hundirá con el peso de los dos (tabla de Carneades). En estos casos, la acción realizada para salvar la vida no puede ser justificada por el principio de ponderación de bienes, porque el derecho protege por igual la vida de las personas. No obstante, resultara excesivo imponer una pena al que, en estas circunstancias actúa para salvar su vida, aunque sea a costa de la vida ajena. La idea de la no exigibilidad de otra conducta, aconseja dejar sin sanción a quien actúa en estas circunstancias por más que el hecho sea antijurídico y el actor actúe con capacidad de culpabilidad y con conocimiento de antijuridicidad.”¹¹³, el criterio del maestro es diáfano por lo tanto nos abstenemos de realizar comentario alguno, mas de puntualizar que estamos frente a la colisión de dos bienes jurídicos de igual jerarquía, solo pudiendo salvar el uno lesionando el otro, por tanto, no podemos exigirle otra conducta a quien procede de aquella manera, precautelando su integridad, por tanto nos preguntamos ¿tiene libertad plena?, a nuestro criterio no.

4.3.4.- EL MIEDO INSUPERABLE.-

Nos referimos aquel individuo que por miedo o temor de un mal inminente, no pueda motivarse en la norma, sin que sea una causa de exclusión del acto como tal, es insuperable pues deviene de una ponderación mayor a la exigencia de alguna forma objetiva de soportar males y peligros, por ejemplo pensemos en el individuo que por

¹¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op Cit., pág. 164 -165.

temor insuperable frente al agresor, incurre en un caso de exceso de legítima defensa. El miedo insuperable, vulnera la libertad del agente, por tanto no podríamos formular un juicio de reproche, empero si el miedo es vencible, nuevamente hablaríamos de responsabilidad atenuada.

4.3.5.- EL ENCUBRIMIENTO DE PARIENTES. –

Existen en nuestra legislación dos casos de encubrimientos¹¹⁴ no punibles, que devienen en la imposibilidad de reprochar dicha conducta a quien actúa, pues protege a un ser querido, nos referimos a las regulaciones normativas de los Arts. 45 y 49 del Código Penal.

Art. 45.- Está exento de represión el encubrimiento en beneficio del cónyuge del sindicado; o de sus ascendientes, descendientes y hermanos, o de sus afines hasta dentro del segundo grado.

Art. 49.- En los casos de delitos contra las personas, quedarán exentos de responsabilidad, por ocultación, los amigos íntimos y los que hubieren recibido grandes beneficios del responsable del delito, antes de su ejecución.

Resulta obvio que al cónyuge, por ejemplo, en la regulación del Art. 45 Ibidem, no podemos exigirle otra conducta que no sea el proteger a su consorte.

4.4. IDEAS FINALES.-

En el último elemento estructural del concepto delito, vemos nuevamente que la libertad analizada desde la acción, debe estar presente abarcando toda la culpabilidad, para tener plenamente un delito, caso contrario, la teoría del ilícito deberá ceder ante la inocencia del justiciable.

¹¹⁴ Art. 44.- Son encubridores los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite, o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente.

VI CONCLUSIONES.

6. CONCLUSIONES.

6.1.- LA VIDA HUMANA UNA PRIMERA REALIDAD INVARIABLE.-

La existencia del ser humano, constituye la primera e invariable realidad que encontramos cuando iniciamos un estudio de una rama social, como el presente trabajo, llegando a determinar que constituye además el principio de existencia de los demás seres, pues todo es dentro de la vida del hombre.

Partiendo de la premisa expresada en el párrafo anterior, evidente resulta que el derecho constituya un producto de la vida humana dentro de la categoría de objetivación.

6.2.- EL HACER HUMANO ES SIEMPRE UN ACONTECER FINAL.-

El hombre gracias a su saber causal, puede determinar, dentro de ciertos límites las consecuencias posibles de sus actos y de esa manera el hombre se plantea fines diversos a lograr. La vida humana, siempre es finalista, entendida como una anticipación mental a la causalidad, el fin siempre estará condicionado del efecto deseado, apareciendo la verdadera raíz humana en este proceso.

6.3.- LA LIBERTAD ES UN CONCEPTO FILOSOFICO.-

La Libertad no hace solo relación a la autonomía ambulatoria, al contrario es mucho más que ello, constituyendo una afirmación filosófica, por tanto es lógico que la libertad plena se verifique únicamente cuando los aspectos de la libertad interna y libertad externa se unan como dos partes de un solo todo, dicho en otras palabras solo con el conocimiento y su correcta aplicaciónn somos libres, consecuentemente, no solo aquellos que están reclusos en centros penitenciarios carecen de libertad, también aquel que actúa con total desconocimiento de lo injusto de su conducta –error de prohibición- se encuentra privado de su objetiva libertad.

6.4.- EL DERECHO PENAL CONSTITUYE UNA IMPORTANTE DISCIPLINA JURÍDICA DENTRO DE UN ESTADO DE DERECHO.-

Ponderamos ya la importancia del derecho penal, como una rama del derecho público que se ocupa de aquella trilogía formada por el delincuente, el delito, y las consecuencias del delito, constituyendo, consecuentemente, aquel conjunto de normas y principios generales que abrazan ciertas y determinadas consecuencias jurídicas con conductas reprochables cuales son los delitos, imponiendo a la consumación de hechos típicos (o puesta en peligro del bien jurídico protegido) penas o medidas de seguridad y de esta manera se protegen intereses relevantes para la sociedad.

6.5.- EL DELITO, UN FENÓMENO JURÍDICO Y SOCIAL.-

Dogmáticamente podemos conceptualizar al delito como todo acto típico antijurídico, culpable, y consecuencia de ello punible, empero no podemos dejar de lado el hecho que un código penal constituye ciertamente el trasunto de un código moral dentro de una sociedad determinada en un momento así mismo determinado, por lo que, el delito supone un fenómeno de etiología y consecuencia social.

6.6.- LA ACCION COMO PRIMER ELEMENTO DEL CONCEPTO ESTRUCTURAL DE DELITO.

La acción humana es un acontecer final no solo causal, pues el hombre puede determinar las consecuencias posibles de sus actos, además, la acción como elemento del concepto estructural del delito supone también una manifestación de voluntad, verificable mediante actos y omisiones (cuando existe el deber jurídico de actuar), mismos que ponen en riesgo e inclusive llegan a lesionar, bienes jurídicos protegidos.

Para un sector de la doctrina, la acción supone el sustantivo de la teoría general del delito, mientras los demás elementos son sus adjetivos, por tanto, no cometemos un error al sostener que la acción atraviesa toda la teoría del ilícito.

6.7.- CUANDO FALTA LA LIBERTAD EN LA ACCIÓN, NO TENEMOS UN ACTO.-

La acción puede excluirse como tal, cuando falte la voluntad o libertad del agente, particularidad posible en la realidad, por tanto legislativamente regulada a más de ser objeto de análisis por la doctrina, por tanto concluimos que existen conductas no libres que no están dominadas por la voluntad del agente y no son idóneas para considerar que estamos frente a una acción desde la óptica de la teoría general del

delito. En tal virtud, aquellos hechos carentes de voluntad, aunque causen daño no devienen en infracción.

Podemos clasificar las causas de inexistencia de acción o ausencia de acto en tres supuestos: 1.- Fuerza física irresistible. 2.- Estados de Inconciencia. (dentro del estado de inconciencia encontramos: el sueño natural, el sonambulismo y la sugestión hipnótica); y, 3.- Movimientos reflejos.

6.8.- LA TIPICIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO.-

El tipo penal es la descripción objetiva y subjetiva de una conducta considerada por el legislador como infracción penal, mientras que la adecuación típica la identificación plena de la conducta humana libre con la hipótesis punitiva prevista en la norma.

El tipo objetivo de la infracción estará conformado por la descripción del hecho punible determinado sujetos activos y pasivos, verbos rectores, medios y resultado; por otra parte, dentro de la tipicidad subjetiva encontraremos el dolo, la culpa y la preterintención, conceptos analizados en detalle en el tercer capítulo del presente trabajo.

6.9.- LA LIBERTAD INFLUYE EN LA TIPICIDAD.

Cuando, dentro del análisis de tipicidad, determinamos que un individuo carecía de libertad al momento de consumir el acto, la consecuencia dogmática es simple en su resultado aunque compleja en su elaboración, la infracción de diluye, por ejemplo en el error de tipo, pues hasta donde se entienda el error desaparecerá el dolo, y por tanto no existiría tipicidad subjetiva, siempre que estemos frente a un ilícito que no acepte la figura culposa. Ahora bien, el error puede referirse a elementos del tipo básico y a los elementos calificantes de la figura delictiva, en el primer caso, el equívoco supone inexistencia de infracción, en el segundo el delito puede degenerar en otro diverso.

6.10. – LA ANTIJURIDICIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO.-

Frente a un acto típico, tenemos serios indicios de que sea antijurídico, sin embargo no siempre alcanza dicha categoría, pues todo acto típico es evidentemente antinormativo pero no siempre antijurídico, por tanto la antijuridicidad supone la disconformidad entre el la adecuación típica de una conducta humana y el ordenamiento jurídico en su conjunto.

6.11.- LA LIBERTAD INFLUYE EN LA ANTIJURIDICIDAD.-

Si decimos que la antijuridicidad es la disconformidad entre el hecho delictivo y todo el ordenamiento jurídico, debemos precisar que existen ciertos sucesos que, a pesar de lesionar bienes jurídicos, se encuentran permitidos por la ley, nos referimos a las causas de justificación, que emergen de la regulación normativa a hechos en concreto donde la libertad del hombre tendrá un papel preponderante para decidir la resolución del conflicto, por ejemplo en la legítima defensa, cuando el agredido solo tiene una opción frente al agresor.

6.12.- LA CULPABILIDAD EN LA TEORIA DEL DELITO.-

Brevemente podemos decir que la culpabilidad es el juicio de reproche que se realiza a un individuo que adecuó su conducta a la descripción objetiva y subjetiva de un tipo penal, sin que exista causa de justificación alguna. La culpabilidad supone que el agente se habría podido, de alguna manera, motivar de acuerdo a la norma, y no en un sentido abstracto sino concreto. Los elementos de la culpabilidad son: la imputabilidad y la comprensión del injusto.

6.13.- LA LIBERTAD INFLUYE EN LA CULPABILIDAD.-

Al igual que los otros elementos del concepto estructural del delito, existen particularidades que excluyen la culpabilidad de un hecho en específico, tomando como base para ello la libertad del ser humano. Las causas que eliminan la culpabilidad son: la inimputabilidad., el error de prohibición, el estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable; ,y, el encubrimiento de parientes.

BIBLIOGRAFÍA.

BIBLIOGRAFÍA.

1. ALBÁN, Ernesto; Teoría del Delito; Ediciones Legales.
2. CABELLO, Vicente P., Psiquiatría Forense en el Derecho Penal. Hammurabi.
3. CARRARA, Francesco; Derecho Penal; OXFORD.
4. CEREZO MIR, José. Derecho Penal Parte General. ARA Editores.
5. DONNA, Edgardo Alberto; Derecho Penal Parte General, RUBINZAL-CULZONNI.
6. DONNA, Edgardo Alberto; La Autoría y la Participación Criminal; RUBINZAL-CULZONNI
7. HIRSCH, Hans; Derecho Penal; RUBINZAL-CULZONNI
8. JAKOBS, Gunther; La Imputación Objetiva en Derecho Penal; GRIJLEY.
9. KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires.
10. MAURACH, Reinhart, Derecho Penal; ASTREA.
11. MORALES, Juan; La teoría de la interpretación de Hans Kelsen”; Facultad de Ciencias Jurídicas PUCE.
12. MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito; Editorial Temis.
13. NAUCKE, Wolfgang; Derecho Penal, ASTREA.
14. RECASENS SICHES, Luís; “Tratado General de Filosofía del Derecho” Editorial PORRUA S.A
15. ROXIN, Claus; Derecho Penal, Editorial CIVITAS.
16. WELZEL, Hanas; Derecho Penal Alemán; Editorial Jurídica de Chile.
17. ZAFARONI, Eugenio; Derecho Penal; EDIAR.

EXTRACTO EN ESPAÑOL E INGLES.

EXTRACTO EN ESPAÑOL.

Cuando propusimos el tema de “LA ACCIÓN LIBRE DEL SER HUMANO COMO PILAR FUNDAMENTAL DE LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO”, planteamos como hipótesis -misma que dirigiría nuestro trabajo- el hecho que la libertad del justiciable es el fundamento primordial en la teoría de la infracción, sabiendo que, estructuralmente el delito se lo define como todo ACTO, TIPICO, ANTIJURIDICO y CULPABLE, debiendo, consecuentemente, en cada elemento conceptual del ilícito verificarse la libertad del ser humano, pues en caso de ésta se elimina tendríamos un suceso completamente irrelevante para el derecho penal, verbigracia un homicidio realizado por una persona que el momento de cometerlo era incapaz de entender y de querer; empero, por el contrario si la libertad esta limitada mas no anulada, la responsabilidad llega a una atenuación, por ejemplo en el error de prohibición vencible.

A lo largo del trabajo, buscaremos demostrar nuestra hipótesis, distribuyendo la tesis en cinco capítulos y las correspondientes conclusiones, así un primer sumario que versará sobre la libertad analizada desde la óptica filosófico-jurídica, para en los siguientes apartados revisar la libertad en cada elemento estructural del delito, ilustrando inclusive con casos prácticos, tanto de laboratorio cuanto de la experiencia profesional del autor.

ABSTRACT

When we proposed the subject "free will of man as a mainstay of general theory of crime" hypothesized -which would lead our research- that the fact that freedom of the defendant is the primary basis in the theory of the offense, knowing that the offense is structurally defined as any act, characteristic, unlawful and culpable, and must, consequently, verify human freedom in each conceptual element offense, since if it is removed we would have a completely irrelevant event according to criminal law. For instance, a murder committed by a person who at the time of the offense was incapable of understanding and willing. However, on the contrary, if freedom is limited but not annulled, the responsibility comes to an attenuation, for example, the vincible prohibition error. Throughout this paper, we will seek to prove our hypothesis. The thesis shall be set forth into five chapters and the corresponding conclusions. Thus, a first summary will focus first on freedom analyzed from the legal-philosophical, and in the following sections we will review each element of freedom in the structure of the offense, even with case studies illustrating both laboratory as well professional experience of the author.

ÍNDICE DE CONTENIDOS.

INDICE DE CONTENIDOS.

Introducción.....	3
-------------------	---

CAPITULO I.

**LA LIBERTAD DE SER HUMANO EN LA TEORIA DEL DERECHO Y EN
EL DERECHO PENAL.**

1.1.- LA VIDA HUMANA Y SU CONDUCTA.....	7
1.2.- LA LIBERTAD DEL SER HUMANO Y EL PROBLEMA DEL LIBRE ALBEDRÍO.....	10
1.3.- LA VIDA HUMANA OBJETIVADA Y EL DERECHO.....	12
1.4.- LA IMPUTACIÓN Y EL DERECHO.....	13
1.4.1.- LA IMPUTACION Y LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.....	14
1.5.- EL DERECHO PENAL.....	15
1.6.- EL DELITO.....	18

CAPITULO II.

LA LIBERTAD DEL HOMBRE EN LA ACCIÓN.

2.1. EL COMPORTAMIENTO HUMANO COMO BASE DE LA TEORÍA DEL DELITO.....	22
2.2.- FORMAS DEL COMPORTAMIENTO HUMANO PENALMENTE RELEVANTES.....	22
2.3.- LA ACCION.....	23
2.5.- LA OMISION.....	28
2.5.1.- TIPOS DE OMISIÓN.....	29
2.5.1.1.- DELITOS DE OMISIÓN PROPIOS.....	29
2.5.1.2.- DELITOS DE OMISION IMPROPIA O DE COMISIÓN POR OMISION.....	31
2.5.1.2.1.- LA POSICION DE GARANTE.....	32
2.6.- INEXISTENCIA DE ACCIÓN.- (abarca acción y omisión).....	33
2.6.1.- FUERZA FÍSICA.....	34
2.6.2.- ESTADOS DE INCONCIENCIA.....	35
2.6.2.1.- EL SUEÑO NATURAL.....	36

2.6.2.2.- EL SONAMBULISMO.....	37
2.6.2.3.- SUGESTION HIPNÓTICA.....	37
2.6.3.- LOS MOVIMIENTOS REFLEJOS.....	37
2.6.4.- ACTIO LIBERAE IN CAUSA.....	38
2.7.- IDEAS FINALES.....	39

CAPITULO III.

LA LIBERTAD DEL HOMBRE EN LA TIPICIDAD.

3.1.- LA TIPICIDAD.- CONCEPTO.....	41
3.2.- LA ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL.....	42
3.2.1.- EL TIPO OBJETIVO.....	42
3.2.2.- EL TIPO SUBJETIVO.....	44
3.2.2.1.- EL DOLO Y SU RELACION CON LA LIBERTAD.....	45
3.2.2.1.1.- CLASES DE DOLO.....	46
3.2.2.2.- LA CULPA Y SU RELACIÓN CON LA LIBERTAD.....	48
3.2.2.2.1.- CLASES DE CULPA.....	50
3.2.2.3.- LA PRETERINTENCIÓN Y SU RELACIÓN CON LA LIBERTAD.....	51
3.3.- DESVALOR DE ACTO Y DESVALOR DE RESULTADO.....	52
3.4.- LA LIBERTAD Y EL ERROR DE TIPO.....	54

CAPITULO IV.

LA LIBERTAD DEL HOMBRE EN LA ANTIJURIDICIDAD.

4.1.- IDEAS BASICAS DE ANTIJURIDICIDAD.....	57
4.2.- ANTIJURIDICIDAD E INJUSTO.....	58
4.3.- ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL.....	58
4.4.- EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD Y SU RELACIÓN CON LA LIBERTAD DEL HOMBRE.....	60
4.5.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.- CONCEPTO.....	61
4.5.1.- LA LEGITIMA DEFENSA.....	64
4.5.1.1.- ELEMENTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.....	65
4.5.1.2.- LA LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA.....	70
4.5.2.- ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE.....	70

4.5.2.1.- ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD.....	71
4.5.3.- EL MANDATO DE LA LEY.....	71
4.5.4.- LA OBEDIENCIA DEBIDA.....	72
4.5.5.- EL CONSENTIMIENTO.....	73
4.6.- IDEAS FINALES.....	74

CAPITULO V.

LA LIBERTAD DEL HOMBRE EN LA CULPABILIDAD.

5.1.- CULPABILIDAD. IDEAS BÁSICAS.....	76
4.2.- ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD.	78
4.3.- CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD.....	80
4.3.1.- LA INIMPUTABILIDAD.....	81
4.3.1.1. LA MINORÍA DE EDAD.....	83
4.3.1.2.- LA SORDOMUDEZ.....	84
4.3.1.3.- LA ENAJENACIÓN Y EL TRANSTORNO MENTAL.....	85
4.3.2.- EL ERROR DE PROHIBICION.....	99
4.3.3.- ESTADO DE NECESIDAD DISCULPANTE..	99
4.3.4.- EL MIEDO INSUPERABLE.	100
4.3.5.- EL ENCUBRIMIENTO DE PARIENTES.	101
4.4. IDEAS FINALES.....	101
CONCLUSIONES.....	102
BIBLIOGRAFIA.....	107
EXTRACTO EN INGLES Y ESPAÑOL	109
INDICE DE CONTENIDOS.....	112

