



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

ESPECIALIZACIÓN Y MAESTRIA EN DERECHO PENAL.

TESINA PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE ESPECIALISTA EN DERECHO PENAL

TEMA:

“CRITERIOS APLICABLES A LA PRUEBA DEL DOLO,
JURISPRUDENCIA ECUATORIANA”

DIRECTOR: Dr. Esteban de la Fuente.

AUTOR: Dr. Leonidas Padilla Sarmiento

CUENCA – ECUADOR
2009

DEDICATORIA:

Dedico este trabajo a todas las personas
Amantes de la lectura jurídica y a mis
Amigos y colegas abogados.

AGRADECIMIENTO:

Agradezco a mis maestros,
Por esa dedicación y empeño en la enseñanza,
A mi familia, por la comprensión,
A mis amigos y compañeros y
A todos aquellos que impulsaron en mí,
El empeño de seguir con mi preparación profesional.

RESPONSABILIDAD:

Todas las ideas y pensamientos vertidos en esta tesina,
A excepción de aquellos debidamente citados,
Son de exclusiva responsabilidad del autor.

Resumen

Este trabajo enfoca el acto voluntario y consiente del delincuente para lesionar un bien jurídico tutelado, es decir el “dolo”, la forma de probarlo y el actuar judicial ecuatoriano, frente a hechos concretos, analizando la gran dificultad probatoria del dolo.

Abstrac

This work focuses the voluntary act and consiente of the delincuencia for injury a juridical good tutelación, is to say the “dolo”, the form to test it and the act judicial ecuatoriano, front to concrete facts, analysing the big difficulty probation of the dolo.

CRITERIOS APLICABLES A LA PRUEBA DEL DOLO, JURISPRUDENCIA ECUATORIANA

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN.

La historia universal, nos cuenta que una de las lacras más ruines del universo entero, ha sido , es y será el delito, desde los albores del humanismo, la delincuencia, el delito y el delincuente, han sido guillotina del buen convivir social, motivo por el cual nos alejamos al menos del pensamiento utópico de que algún día la delincuencia desaparecerá del mundo; aunque suene descabellado, los delitos en ciertos momentos históricos resultaron hasta aliados con el mejor convivir de nuestros congéneres, verbigracia el homicidio de Jesús, resultó para los católicos el objeto mismo de la salvación del mundo, los no menos famosos robos y hurtos de Robin Hood, resultaron para la gente de escasos recursos económicos, prácticamente una bendición, pues se salvaron de morir, porque éste los alimentaba. El asesinato de miles de trabajadores en los Estados Unidos, sirvió para que la clase obrera ostente derechos frente a sus empleadores, la destitución de varios Presidentes de la República en Ecuador, fue alivio para determinadas clases sociales, que pensaban en un mejor vivir, sin querer con esto defender al delito, ni mucho menos alabarlos. Considero que el delito y el delincuente, van a seguir conviviendo con la humanidad, hasta su fin; por este motivo observamos en todos los estados del mundo, enlistar cada vez más y nuevos tipos penales, por que el delito está a la par con el desarrollo social, inclusive hasta se desarrolla en forma más rápida que el mismo derecho, tal es el caso del manipuleo genético, que al menos en Ecuador, recién han sido tomados en cuenta en el Código Político en vigencia, desde el veinte de octubre del año dos mil ocho.

Este trabajo enfoca el acto voluntario y consiente del delincuente para lesionar un bien jurídico tutelado, llamado por la doctrina y la legislación como “dolo”, la forma de probarlo y el actuar judicial ecuatoriano, frente a hechos concretos, analizaremos la gran dificultad probatoria del dolo, en razón del subjetivismo que conlleva el querer del infractor, indagar con los cinco sentidos para la demostración del querer y entender del actor que encaja su conducta en lo prohibido¹, ofrece no uno, sino varios inconvenientes, más cuando la tendencia penal moderna, no presume el dolo, ni entiende intrínseco en el resultado dañoso, de modo que al igual que los demás elementos subjetivos del tipo, debe estar presente al momento de trasponer el límite permitido por la ley², y por ende hay que probarlo en juicio. Será entonces en la prueba, el segmento procesal más importante, donde se hará real y se demostrará que el actuar del agresor tuvo conciencia y voluntad para dañar el bien jurídico protegido. El tema planteado, es básico, tiende a mirar el papel de los administradores de justicia ecuatoriana, en el camino usado para resolver conflictos enmarcados con dolo, es decir atrapar dentro del papel del Justiciero los criterios usados para la determinación del dolo, vale decir, los factores, hechos, circunstancias probadas que llevan al Juzgador a inclinarse por la convicción de imponer una pena, por (un) actuar intelectual y el volitivo³ del infractor.

REFERENTE HISTÓRICO DEL TÉRMINO DOLO.

El dolo, como conciencia del querer y obrar injustamente, tiene posiblemente su origen en la cuna de las ciencias y la cultura, en el naciente derecho penal romano y en el albor primitivo del derecho germánico, donde los castigos se descargaban, por el mero resultado⁴.

1.- Dr. Sandro Abraldes. Apuntes clases Posgrado 2007. Cuenca Ecuador.

2.- Reinhart Maurach Heinz Zipf. Derecho Penal Parte General, Tomo I y II, editorial Astrea, Buenos Aires 1994.

3.- Francisco Muñoz Conde. Teoría General del Delito. Temis. Bogotá Colombia 2004.

4.- Jiménez de Azua, Lecciones de Derecho Penal, Capítulo 32, Dolo, pág. 239. Editorial Oxford. Vol. 3.

En de derecho de Justiniano, al dolo se identifica bajo la terminología de Dolus, dolus malus o proposituim, que significaba la intención encaminada al delito⁵. La evolución conceptual y delimitadora del dolo ha sufrido varios siglos de evolución, tanto que se han establecido varias teorías para identificarlo.

Comenzaremos analizando al dolo, desde la óptica de Francesco Carrara, quien manifiesta, que la esencia del dolo no puede estar sino en la voluntad⁶, por ende para este autor la voluntad, es la único elemento subjetivo que definirá y convertirá el acto en delito en doloso, la perversidad no reside en el saber, sino en la determinación de un acto que se sabe malo, sin embargo Carrara, reconoce que la conciencia debe también concurrir a la consecución de un delito, pero no como sujeto, sino como predicado, argumenta que la voluntad es la única que causa movimientos (acción), mientras que la conciencia, aunque subsista por siempre, jamás puede causar por si sola movimientos, por eso el dolo esta proporcionado por la voluntad y no por el intelecto, define al dolo como la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley⁷.

Frente a esta perspectiva, grandes clásicos, como Mayer, evolucionando la concepción del dolo como elemento típico subjetivo, opina que no es posible dar una definición del dolo apoyado únicamente en la voluntad, demostrando, que técnicamente con esta acepción sería imposible definir el dolo eventual, sustituyéndose por este hecho el criterio principal del dolo-voluntad, por el concepto de la “representación”, de modo que la producción contraria al deber de un resultado típico es dolosa, no solo cuando la representación del resultado sobreviniente, determine al autor a emprender la acción, sino también cuando esa representación no le movió a cesar en su actividad voluntaria⁸, razón por la que Mayer y Mezger, determinan, para que el sujeto activo cause delito

⁵ .- Concepto de dolo, José Rafael Mendoza. Editorial Jurídica Bolivariana. Caracas 1971. Tomo II, pág. 285.

⁶ .- Derecho Penal. Francesco Carrara. Vol. I, Oxford, Cap. 7, dolo, Pág. 107.

⁷ .- Ob. Cit. Pág. 108.

⁸ .- Jiménez de Azua, Lecciones de Derecho Penal, Capitulo 32, Dolo, pág. 240. Editorial Oxford. Vol. 3

(doloso), es menester la presencia de dos elementos el elemento intelectual y el elemento emocional (afectivo).

Enrico Ferri, al definir la concepción del dolo, incorpora un elemento extra a la voluntad y conciencia, afirmando que, para que exista dolo, es necesario la presencia de voluntad, intención y el fin, entendiéndose como fin, a los medios que facilitan el cometimiento de un delito doloso, siendo Ferri congruente con su postura al afirmar con ejemplo lo siguiente: podemos disparar un revolver queriendo matar, o se nos dispara casualmente, el acto en si es el mismo, pero muy diferente en cuanto al problema doloso. Si se nos dispara casualmente, no hay dolo. Más, para que haya dolo de homicidio, no basta el haber querido, sino que tenemos que disparar con intención de matar. Si e disparo se hace para herir o para hacer ruido no hay de dolo de homicidio. Disparamos el revolver para matar, pero para dar muerte por venganza o por defensa, de manera que se requiere disparara el arma; segundo, la intención de matar a alguien; y, tercero el móvil de matar por venganza y no por defensa.

A esta teoría se unen teóricos como, Thomson, Friedrich, Fuls, entre otros, cuyos ensayos conceptuales plantean exactamente la misma estructura.

Antes de continuar con el análisis teórico evolutivo del dolo, es importante apreciar las enseñanzas del profesor Hans Welzel, quien doctamente, define al dolo con una frase escueta, pero que sin embargo abarca lo que hoy en día entendemos por “dolo”. Dolo es el saber y querer la realización del tipo⁹, cuyo objeto es la realización del tipo objetivo de un delito, enseñanzas sobre las que vendremos más adelante, sin embargo nos sirve para enfocar de mejor manera el tema.

⁹.- Hans Welzel. Derecho penal Alemán, Parte General 12ª Edición, Edición Jurídica de Chile, 1987, pág. 95.

El dolo de las acciones penales, se han explicado por medio de teorías, que una tras otra, han ido aportando a la estructuración del elemento tal vez fundamental del tipo, como es el dolo, dichas teorías son las siguientes:

1.- TEORIA DE LA VOLUNTAD.- su defensor principal es Carrara, quien afirmando que el dolo es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley, determina dos requisitos para que configure el dolo dentro del delito:

- a.- Quien realiza el acto debe conocer los hechos y su significación; y,
- b.- El autor debe haberse propuesto ocasionar el resultado¹⁰.

De lo expuesto, notemos que es el segundo requisito el que define ésta teoría; es decir, es el resultado el más importante elemento del dolo, no importa por ende la acción, la pena en consecuencia se medirá en base al resultado.

Los críticos a esta teoría afirman que técnicamente es imposible sostener un dolo eventual, en tal virtud no baraca todas las posibilidades dolosas de hoy en día, quedando por ende sin fundamento, pues si observamos el delito desde el final (resultado), todos los delitos serian dolosos incluidos los delitos culposos, porque no existiría una valoración total de la acción incluso con perspectiva anterior (ex ante), sino se juzgaría un resultado (escuela clásica); sin embargo tiene el mérito de ser la precursora, se ha enfrentado a la dureza de definir y desarrollar un camino estructural del dolo, que por mucho tiempo sirvió de regla para juzgar hechos delictuosos.

2.- TEORIA DE LA REPRESENTACIÓN.- Sus mayores exponentes son Mayer y Mezger, la teoría que nos ocupa remplaza el concepto de intención del resultado, por el de representación del resultado en el que obra el autor, nótese el avance de la misma al sostener que no es importante el resultado del hecho, sino que lo importante, es que el actor se represente el resultado, o sea

¹⁰ Derecho Penal Introducción y Parte General, Carlos Fontán Balestra (Guillermo Ledesma). Lexis Nexis, decimoséptima edición. Pág. 320.

que obre con conciencia y voluntad, con lo que alcanza para cubrir al dolo eventual e inclusive la tentativa, en tal virtud ni siquiera es necesario el resultado, sino solamente la intención de causarlo, es decir, se enfoca en el ámbito de que si el resultado ha sido querido o no¹¹. La presente teoría no descarta, que dentro del acto doloso se encuentra la voluntad, con lo que se confirma la tesis de que la teoría de la voluntad y ésta son complementarias, no excluyentes.

El aporte más grande de esta teoría es, el haber distinguido con claridad el dolo de la intención, Frank, a través de un ejemplo aclara este aserto, el bandido que dispara contra un hombre solamente para probar el alcance de su arma y no para matar un hombre, no tiene la intención de matarlo, sin embargo se produce una muerte, sin intención (culposo), entonces en este caso se juzgará la intención del actor (probar el arma) y se juzgara el hecho no como homicidio intencional.

3.- TEORIA DEL ASENTIMIENTO.- Esta teoría, requiere como elemento adicional del dolo, la representación del resultado como cierto, probable o posible y le resulta suficiente con la aceptación o sentimiento¹². Esta tesis se puede resumir en los siguientes términos: si la representación del resultado, que aparece al menos como posible, no detiene al autor en su acción, entonces es evidente que lo acepta y es culpable de él a título de dolo, puesto que lo quería¹³.

Existen autores como Jiménez de Asúa, que utilizando diferentes términos como elementos intelectuales, afectivos y teoría de los móviles, incluye y define todo lo anotado en este estudio y que ha sido ya materia de estudio de otros autores.

¹¹ Derecho Penal Introducción y Parte General, Carlos Fontán Balestra (Guillermo Ledesma). Lexis Nexis, decimoséptima edición. Pág. 321.

¹² .- OB. Cit. Pág. 321.

¹³ Ob.cit.

CONCEPTO DEL DOLO.

Es muy difícil, determinar un único concepto del término dolo, por la cantidad de autores y doctrinarios que lo estudian; sin embargo, estableceré aquellos que a mi entender están afinados con lo que se debe entender como dolo.

El maestro Hans Welzel, define al dolo como, el saber y querer del tipo¹⁴, definición que abarca en forma clara los elementos que conforman el dolo delictuoso penal, o mejor dolo del tipo, que implica la voluntad encaminada al actuar, el mismo Welzel explica su definición indicando que, en tanto se emplee el dolo como concepto jurídico penal, su objeto es la realización del tipo objetivo del delito; en sentido técnico, es solo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito, lo que significa que también hay acciones no dolosas, verbigracia, cualquier actividad humana cotidiana o inclusive las acciones culposas, que tienen otro tarto en la responsabilidad penal.

Para Claus Roxin, el dolo, es el conocer y querer¹⁵, lo que implica un conocimiento de lo injusto y la voluntad para cometerlo.

Maurach, dice: el dolo expresado con la formulación más general, es el querer dominado por el saber, de la realización del tipo objetivo¹⁶, el tipo objetivo, es la combinación de una acción y de un resultado legalmente determinados, entonces el dolo referido a la teoría de la acción, aparece como la voluntad de actuar, referida al resultado que sostiene la acción.

José Cerezo Mir, define al dolo, como la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo¹⁷. Este autor aclara que no basta el conocimiento de lo injusto principal, sino a demás el dolo abarca la punición de la tentativa, es decir la punición de las acciones dirigidas por la voluntad del

¹⁴ Hans Welzel. Derecho penal Alemán, Parte General 12ª Edición, Edición Jurídica de Chile, 1987, pág. 95.

¹⁵ Claus Roxin, La Teoría del Delito en la discusión actual, Grijley, pág. 169.

¹⁶.- Reinhart Maurach. Derecho penal Parte General, Tomo I, Astrea, pág. 376.

¹⁷ Roxin, La Teoría del Delito en la discusión actual, Grijley, pág. 510.

autor a la lesión de un bien jurídico sin lograr finalizarlo, por razones ajenas a su objetivo.

Santiago Mir Puig, luego en introducir un comentario de lo que la doctrina causalista clásica, consideraba al dolo como *dolus malus*, con sus correspondientes elementos y aspectos divididos en a.- conocimiento y voluntad de los hechos y b.- la conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del derecho); y, diagnosticar al finalismo como con concepciones más concretas, a saber el dolo natural (finalismo ortodoxo) y aquella acción que incluye únicamente el conocer y el querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo injusto, define al dolo "completo" como, la conciencia de la antijuridicidad, distinguiéndole al mismo en tres grados o niveles: 1.- el dolo típico, que exige conocimiento y voluntad del hecho típico; 2.- el dolo referido al hecho típico, sin los presupuestos típicos de una causa de justificación; y, 3.- el dolo completo, que además supone el conocimiento de la antijuridicidad (*dolus malus*)¹⁸

Pudiéramos seguir con infinidad de concepciones, sin embargo, los anotados enfocan de manera precisa un concepto de lo que podemos entender por dolo. A nuestro modesto modo entender el dolo se traduce, en la decisión consiente en contra del bien legalmente protegido, que involucra un elemento psicológico y un elemento ético.

CLASES DE DOLO.

La mayoría de doctrinarios, presentan una clasificación casi única de dolo, con algunas diferencias mínimas que analizaremos en el transcurso del estudio, de manera que el común denominador es, clasificarlo en dolo directo y dolo indirecto, algunos autores como Mir Puig, prefieren llamarlos dolo directo de primer grado y dolo directo de segundo grado. Mi propósito es enfocar este tema tratando de guardar armonía con la mayoría de autores y aspirando

¹⁸ .- Santiago Mir Puig.- Derecho Penal, parte general, 7ma. Edición. B de F, pág. 261.

abarcando la mayoría de nombres y clasificaciones que se han emitido al tema propuesto.

1. DOLO DIRECTO.

Para que exista dolo directo, o dolo directo de primer grado, como lo denomina Santiago Mir, en su libro de Derecho Penal, o dolo inmediato (Cerezo Mir), el autor debe perseguir la realización del delito¹⁹, esta clase de dolo llamado también dolo intencional, estima necesariamente el pensamiento y la actuación del acto en concretar el ilícito.

Maurach, no comparte la definición fría del fin del dolo directo, como realización del delito, más bien es tímido en reflexionar que el *dolus directus*, se usa como sinónimo de dolo directo y también como concepto “genérico” para intención y dolo directo, por ello los diferencia de la siguiente manera: las consecuencias perseguidas a propósito fundan el *dolus directus*, o *dolus* de primer grado, y las representadas como necesarias, el *dolus directus* de segundo grado²⁰ (dolo indirecto), procede intencionalmente el autor si trata de realizar la circunstancia o resultado, ejemplo: (seducción a la doncella de menso de diez y seis años, para llevar a cabo una relación sexual), si al autor le interesa consumar la relación sexual con una mujer tan joven, actúa con intención (dolo directo).

Enrique Bacigalupo, determina que para que exista dolo directo, las consecuencias de la acción, además de conocidas, constituyen la meta del autor, es decir, el propio autor las quiere como consecuencias principales de su acción, el dolo directo es la única forma de dolo que requiere un complemento volitivo o una relación volitiva del autor, con las consecuencias de su acción.

Punto sobre el cual el autor de esta investigación, no se encuentra de acuerdo y distrae el sentido estudiado, pues en las demás clases de dolo, sea indirecto, de segundo grado y aún en el dolo eventual, es menester la presencia de la

¹⁹. - Ob.cit. Pág. 265.

²⁰ Reinhart Maurach. Derecho penal Parte General, Tomo I, Astrea, pág. 384.

voluntad, a sabiendas también que siendo el primer elemento del dolo, pues equivale su presencia en todo lo que implique actuar dolosamente.

Fontan Balestra dice dolo directo, a todo aquello que el autor se representa y no le detiene en su acción, diferenciándose del dolo indirecto únicamente a través fin que persigue el autor.

En este sentido nos queda absolutamente claro que el dolo directo es el resultado típico, querido y aceptado por el autor, es decir el fin, el objetivo querido directamente, por ende, así no exista producción de resultado querido, existirá acción dolosa en grado de tentativa.

Para cerrar este tema es menester recordar el ejemplo planteado por José Cerezo Mir, sobre el tema: Si un sobrino recomienda a su tío del que es presunto heredero, que viaje mucho en avión, con la esperanza de que se produzca alguna vez un accidente y fallezca, desea sin duda la muerte de su tío, pero no se da el elemento volitivo del dolo, quien concurre únicamente cuando el sujeto quiere el resultado delictivo, como consecuencia de su propia acción y se atribuye alguna influencia en su producción²¹.

2.- DOLO INDIRECTO.

Para el José Cerezo Mir, esta bien denominarle dolo directo de segundo grado, o mediato, se da cuando el sujeto considere que la producción del resultado, era necesariamente única a la consecución de un fin²², ejemplo si un individuo con el propósito de matar a su esposa, enviste con la furgoneta a gran velocidad y por la espalda al grupo que forman tres mujeres, que hablan descuidadamente en la acera y en el centro del cual esta su mujer, se dará dolo directo de primer grado con su esposa y de segundo grado respecto a la muerte de las otras dos mujeres (dolo de consecuencias necesarias), de este

²¹ José Cerezo Mir. Obras Completas. Tomo I, Ara Editores, pág. 536.

²² Ob.cit. pág. 537.

modo queda entendido que es evidente que el resultado queda comprendido en la voluntad de realización del autor, aunque no lo desee²³.

Balestra, por su parte acude al fin y las consecuencias perseguidas por el autor, para diferenciarle entre dolo directo e indirecto, manifiesta que aquellas que no se encuentran dentro del fin perseguido por el sujeto, pero que sin embargo las acepta como necesarias o posibles, es dolo indirecto. Este autor, considera que el dolo indirecto, es susceptible de subdivisión, en: dolo indirecto cierto o necesario y dolo indirecto condicionado o eventual, temas sobre los cuales vendremos más adelante²⁴.

Mir Puig, determina al dolo indirecto como dolo directo de segundo grado, donde el autor no busca la realización el tipo, pero sabe y advierte como seguro (o casi seguro-Hans Welzel) que su actuación dará lugar al delito, el autor no llega a perseguir la comisión del delito, sino que ésta se le representa como consecuencia necesaria, pero no bastaría un saber no actualizado en la conciencia del sujeto.

El dolo indirecto entonces, es lo que el autor se ha representado en su intención como consecuencia necesaria o efecto accesorio indudable del hecho. Se podría decir que alguien actuó con dolo indirecto o dolo directo de segundo grado, de consecuencias necesarias, o dolo mediato, si el autor con afán de cometer un acto ilícito, afecta otros bienes jurídicos, el caso Tomás nos aclara esta idea, se trata de una persona que envía en un barco una maquinaria gigantesca para que el barco se hunda y cobrar el seguro, pero con el buque iban personas, la consecuencia directa es la muerte de ellas, hecho representado en la mente del Thomas, necesario, pero no querido por el autor porque su objeto es diferente.

Los efectos necesarios del dolo indirecto son los siguientes: a.- los medios para la realización del fin deseado (portación del arma usada para matar); b.- los obstáculos superados para lograr el fin deseado (daño a la ventana detrás de la

²³ Rodrigo Muñoz. Tratado de Derecho penal de Mezger, II. Pág. 154.

²⁴ Santiago Mir Puig.- Derecho Penal, parte general, 7ma. Edición. B de F, pág. 265.

cual se encuentra la persona contra quien se dispara); y, c.- las consecuencias necesarias de la ejecución del fin deseado (muerte de terceros por el uso de medios catastróficos contra el grupo en que se encuentra la víctima elegida)²⁵.

En síntesis el dolo indirecto se produce cuando el actor prevé una consecuencia cierta y se va contra ella, sin violarla por sí misma, sino para conseguir un propósito pensado y dado.

3.- DOLO EVENTUAL.

Dentro de la clasificación del dolo, es ésta la que produce varias dificultades especialmente en su determinación, ya que su funcionamiento es similar a la culpa consiente, lo cual no traerá confusiones en su identificación.

Autores como Hans Welzel, lo tienen absolutamente claro, lo que nos hace más fácil la comprensión, existe dolo eventual cuando, el autor actúa con (eventual) voluntad de realización (dolo), sino se le atribuye (esto es, a su poder) “chance efectiva” alguna de evitar el resultado, sino que lo deja al azar, este concepto lo aclara con un ejemplo denominado el caso Lacmann, se trata de la muchacha de salón de tiro al blanco; cumpliendo con una apuesta, el autor se propone dispararle a una bola de cristal, que sostiene la muchacha en la mano, pero la hiere en ésta. Si el autor había confiado en evitar tal resultado gracias a su destreza, actuó sin dolo de lesionar. En cambio si estaba consciente de su regular puntería, dejando el resultado librado a su suerte, actuó con dolo (indirecto), por que constó con la posibilidad negativa, a pesar de serle un extremo indeseable²⁶. El hecho narrado es muy didáctico para aprehender el concepto de lo que se debe entender por dolo eventual, de manera que el autor no debe bajo ningún concepto representarse un hecho como necesario o de necesaria consecución, acá debe existir una eventual

²⁵ Diccionario de Derecho penal y Criminología, Raúl Goldstein, Astrea, argentina 1998, el dolo, pág. 336

²⁶ Hans Welzel. Derecho penal Alemán, Parte General 12ª Edición, Edición Jurídica de Chile, 1987, pág. 101.

posibilidad de que se produzca, en decir, existe una confianza de que el resultado no se va a producir, de manera que si el resultado existe el autor responderá por delito de dolo eventual.

El problema de esta clase de dolo, se da en la delimitación con la culpa (consiente), siendo una de las más difíciles discusiones en derecho penal, Welzel, atribuye esta dificultad al querer, que es un fenómeno anímico originario-último, que no puede ser reducido a otros procesos anímicos, ni emocionales, ni intelectuales, por eso solo puede ser circunscrito, pero no propiamente definido.

Maurach, en su libro Derecho Penal, determina que hay dolo eventual cuando el autor, sin desear ni tener por necesario el resultado, esté decidió obtener el resultado extra típico por él perseguido, para lo cual tiene conscientemente en cuenta determinada probabilidad de concreción del resultado típico o en todo caso, consiente en su realización, o consiente en lo no deseado²⁷,

Este autor encuentra dificultad al separar dolo eventual de culpa consiente, sostiene que en ambos casos existe un determinado elemento intelectual, apenas diferenciable entre sí; la producción del resultado indiferente o incluso no deseado está presente en el autor tanto en el uno, como en el otro caso²⁸. De manera que la sola representación o no de un posible resultado o del resultado mismo, no es suficiente para diferenciarlos, porque es de imperiosa necesidad buscar otros elementos que lo diferencien, elementos que lo podemos encontrar, en el plano intelectual o emocional, o que ocurriera solo luego de haberse identificado plenamente el objeto al que se refiere la eventualidad del dolo²⁹.

Maurach, dice que la expresión “dolo eventual”, es multívoca, pues las circunstancias que envuelven un hecho pueden ser infinitas, entendidas como

²⁷ Reinhart Maurach. Derecho penal Parte General, Tomo I, Astrea, pág. 386.

²⁸ Ob. Cit. 387.

²⁹ Ob. Cit, 387.

dolo eventual de actuar³⁰, dolo incondicional de actuar junto a una voluntad eventual de resultado³¹, afirmaciones que se explican con el siguiente ejemplo : no se puede hablar de dolo eventual en aquel caso en que el delincuente enfrentando al policía saca la pistola del bolsillo, pero éste aun indeciso acerca de si debe usar el arma sólo como amenaza o para disparar un certero balazo sobre su contendor; por el contrario, hay dolo eventual homicida cuando el autor saca el arma para disparar con el fin de dejar al contrincante inepto para la lucha, pero estando también de acuerdo con el efecto homicida de su disparo. En el primer caso falta la necesaria voluntad de la acción, por ello no existe ni siquiera tentativa de homicidio; en el último caso, la voluntad de actuar es incondicional, la voluntad de resultado es eventual, por ello hay aquí tentativa³².

Para Bacigalupo, delimitar el problema es bastante fácil, si se le elimina del dolo el elemento volitivo³³, de modo que la distinción entre dolo y culpa no se debe buscar en la antinomia voluntario/involuntario, sino en las ideas conocimiento/desconocimiento.

Este concepto que contrapone las definiciones que hemos venido manejando, pues al extraer el elemento volitivo entonces simplemente ya no hay dolo, porque debemos recordar que el dolo está integrado por un elemento volitivo y otro llamado conocimiento, por ende por más que estemos hablando de dolo eventual no lo habrá, pues el marco conceptual no tiene armonía.

Mir Puig, con un concepto sencillo trata de conceptualizar el dolo eventual. Hay, dolo eventual o dolo condicionado cuando el resultado aparece como posible³⁴, Puig, metodológicamente trata de aclarar el problema doctrinario de limitar el dolo y la imprudencia, ya que las dos parten de una estructura, tanto

³⁰ Ob. Cit, 387.

³¹ Ob. Cit, 387.

³² Reinhart Maurach. Derecho penal Parte General, Tomo I, Astrea, pág. 386.

³³ Enrique Bacigalupo, Derecho Penal, Ara Editores. Perú, Pág. 314.

³⁴ Santiago Mir Puig.- Derecho Penal, parte general, 7ma. Edición. B de F, pág. 267.

en la culpa consciente, cuanto en el dolo eventual, el actor mira como posible cierto resultado, entonces la diferencia, vendría dada para este autor, en primer lugar en la penalidad correspondiente por un lado al delito doloso, y por otra la penalidad del delito culposo, aserto que no nos ayuda mayormente para poder diferenciarlo a plenitud, porque todos sabemos que la pena de los delitos culposos son más leves e inclusive impunes cuando no acarrear responsabilidad punitiva, que aquellos considerados dolosos.

Es preciso entonces acudir a los planteamientos teóricos doctrinarios, con la finalidad de esclarecer el punto en estudio, existen dos doctrinas que lo tratan:

La teoría del consentimiento, o de la aprobación, que en breves rasgos significa que el autor consienta en la posibilidad del resultado, en el sentido de que lo apruebe, para explicar de mejor manera he de acudir a la clásica interrogante. Si el autor hubiere podido anticiparse a los acontecimientos y hubiera sabido que su conducta había de producir el resultado típico, ¿la habría realizado igual?, si la respuesta es afirmativa, existe dolo eventual, muy por el contrario, hay culpa consiente si el autor del hecho solo lleva a cabo su actividad confiando en la posibilidad de que no se produzca el delito, y al saber las consecuencias, simplemente se abstendría de seguir actuando.

La segunda teoría, se denomina teoría de la probabilidad, o de la representación, para ésta, lo que diferencia, es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor. Teoría que aunque tiene parte de razón, es criticada, en el sentido de que no sabemos cuántos grados de probabilidad necesitamos para que tal o cual hecho, sea cometido con dolo eventual o culpa consiente, si treinta grados, o a lo mejor sesenta grados etc.

Es importante revisar la opinión del jurista Mir Puig, quien al respecto manifiesta, que no importa que el autor tenga o no conciencia de la probabilidad, es decir estadístico, sino que exista un pronóstico concreto, de lo que puede ocurrir en un caso particular³⁵, por ejemplo habría culpa consiente

³⁵ Luzón Peña, citado por Mir Puig, Derecho penal, B de F, pág. 268.

si un hombre religioso confía en que el está protegido por Dios, y aun sabiendo que si dispara a un objeto sobre la cabeza de un ser le puede matar, el confía en que el ser supremo no va a permitir que eso suceda (aunque tendría que probar su fe ciega). El dolo eventual entonces no exige necesariamente la aceptación de un resultado, delictivo, sino solo la conducta capaz de producirlo³⁶, Mir Puig, manifiesta, que el dolo se exige como elemento de la conducta peligrosa ex ante, que no incluye el resultado.

Sin embargo de lo dicho, me quiero afanar en los conceptos emitido por el Maestro Claus Roxin, quien dedica una buena parte de su libro Teoría de Delito en la Discusión Actual, a analizar, esta problemática, dice citando a Puppe: el autor actúa con dolus eventuales, cuando establece un peligro calificado, de que se produzca el resultado, o sea un llamado peligro de dolo, (aquel que solamente colocaría un autor razonable cuando se conforma con la producción del resultado), la conducta del autor tiene que suponer una estrategia idónea para la realización del resultado, si esto es así existe dolo eventual independiente incluso de que si el autor no hubiere tomado en serio el peligro y haya confiando en un final feliz. Con el ejemplo dado se nos hace asimilable lo anotado, si alguien repele a su perseguidor apuntando y disparándole a un tronco, ha cometido una tentativa de homicidio o un homicidio con dolus eventuales, (independientemente de si hubiera querido o no producir el resultado de lesión), lo decisivo es entonces el parámetro normativo y no la postura subjetiva del autor individual. Concepto que lleva a pensar en la evolución del derecho pese a ser el autor citado también partidario de las teorías de la voluntad, y la representación, sin embargo hoy aporta con este concepto denominado parámetro normativo, que trastoca las tradicionales formas de delimitar el dolo eventual.

Roxin al tratar de diferenciarlos, cita un ejemplo, señalando un caso práctico, sentenciado por el Tribunal Federal alemán, en el que el inculpado, que era un padre cariñoso y sensible, y rechazaba los castigos corporales como método educativo cuando se trata de sus dos hijos pequeños, también había cuidado

³⁶ Santiago Mir Puig.- Derecho Penal, parte general, 7ma. Edición. B de F, pág. 269.

en varias oportunidades y de la misma manera al hijo de su novia, Sven, que tenía un año de edad. También en la noche en que ocurrieron los hechos, había cuidado bien a Sven, pero entonces enojado por los gritos del niño le había golpeado varias veces en la cabeza y después le había dado de comer un plátano. Cuando Sven se puso a gritar otra vez, el inculpado, que tenía la formación de karateca, había golpeado fuertemente una vez con el borde de la mano contra la parte posterior del cráneo y la sien del niño. El niño murió debido a ese golpe. Los intentos torpes de reanimación que realizó el inculpado no tuvieron éxito. Ahora bien la pregunta. ¿Eso fue un homicidio con dolo eventuales o un homicidio impudente grave y consiente?, la respuesta correcta es dolo eventual, por existir verdaderamente un peligro de dolo, sin embargo el Tribunal juzgo como homicidio imprudente.

LA COMPRENSIÓN DE LA CRIMINALIDAD DEL ACTO.

La comprensión de la criminalidad del acto, no es otra cosa que saber en qué medida debe exigirse la vinculación del autor, con el orden jurídico, exigencia sin la cual jurídicamente no puede construirse el dolo; es decir, el que no sabe que procede injustamente no comete nunca un delito doloso³⁷, de manera que quien obra sin saber que tal o cual acto está prohibido por la ley, no tiene intención de cometerlo, por ende no se puede reprochar su conducta como dolosa; sin significar con ello que su acto es impune, por lo tanto para que exista culpabilidad dolosa, el hecho tiene que tener voluntad y comprensión.

El tema propuesto no ha de entenderse que el criminal sepa y comprenda todas las figuras típicas del código penal y las leyes especiales que la contengan, basta con saber y tener conciencia de que el hecho mismo que se ejecuta es de naturaleza criminosa. Maurach, expresa que el dolo siempre natural, se encuentra en la cabeza del autor; y, es el Juez el que debe decidir si integra in dolo malus.

³⁷ Mezger. Citado por Carlos Fontán Balestra. Derecho Penal Parte General. Lexis Nexis, pág. 323,

EL CONOCIMIENTO DE LA RELACIÓN CAUSAL.

El actuar doloso supone de parte de su autor el conocimiento del acontecer causal y consecuentemente el dominio de los hechos en el caso concreto³⁸, naturalmente el conocimiento del acontecer causal se limita a las posibilidades que el ser humano tiene de conocer, y con ello de dirigir los hechos que se encadenan mediante el condicionamiento adecuado de las causas, ni el conocimiento, ni el dominio son absolutos, el hombre no tiene el dominio total del acontecer futuro, pero es justamente dentro de estas posibilidades que el derecho penal decide, por que la cuestión no se resuelve solamente por vía de aspecto causal, sino que juegan en la decisión todos los elementos que se manejan en el análisis de la culpabilidad.

Y no solo eso, sino que por otra parte, los tipos penales precisan muchas de las veces un determinado nexo causa, verbigracia la estafa, necesita el ardid o el engaño que tiene por destinatario a determinada persona, con el fin de hacerle incurrir en error, y se le perjudica mermando su patrimonio.

El dolo es en cierto modo la “imagen refleja”³⁹ subjetiva del tipo objetivo, por ello siempre se referirá especialmente a la acción, al resultado y a la línea de concesión entre ambos, es decir, el nexo causal. Como el dolo existe solamente en la mente del autor, su constatación en el procedimiento penal, está unida a considerables dificultades probatoria, por este motivo en el segundo capítulo enfocaremos la prueba del dolo.

CAPITULO II

³⁸ Ob.cit.

³⁹ Reinhart Maurach. Derecho penal Parte General, Tomo I, Astrea, pág. 380.

LA PRUEBA.

Se debe entender por prueba, la demostración de la existencia de un hecho material, o de un acto jurídico, demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa, o de la realización de un hecho, razón, argumento, declaración, documento u otro medio para patentizar la verdad o falsedad de algo.

Para Escriche, es la averiguación que se hace en juicio de una cosa dudosa, o bien el medio con que se muestra y hace patente la verdad o falsedad de algo⁴⁰.

La palabra prueba, es susceptible de ser tomada en dos acepciones diferentes: unas veces significa los medios que la parte emplea para fundar la convicción en el ánimo del juez, y otras denota el conjunto de los motivos que obran en el espíritu de éste para concluir que con reales y efectivos los hechos que ante él se han alegado⁴¹.

La legislación procesal ecuatoriana, no define lo que debemos entender por prueba, simplemente establece las reglas con las que las pruebas deben producirse dentro de un proceso penal, ante los Tribunales Penales correspondiente⁴²

LA PRUEBA DEL DOLO.

⁴⁰ Diccionario de Derecho penal y Criminología, Raúl Goldstein, Astrea, argentina 1998, la prueba, pág. 775

⁴¹ Tratado de las Pruebas Civiles y Penales Vol. 4. Silvestre Moreno Cora. Editorial Jurídica Universitaria. México. Pág. 2.

⁴² Art. 79 del Código de Procedimiento Penal. Corporación de Estudios. Quito 2005.

En razón de que el sistema penal ecuatoriano es el Acusatorio, los delitos penales dolosos, deberán probarse y es justamente donde radica el inconveniente, en razón de que si bien los efectos del hecho doloso pueden ser objetivos, sin embargo no siempre es así (tentativas dolosas). La existencia del dolo en el hecho debe demostrarse en el proceso frente al Tribunal Juzgador.

En el Ecuador, todavía quedan rezagos del sistema inquisitivo, especialmente relacionado a este tema, ahí tenemos el caso de la famosa presunción del dolo, que a más de ser inconstitucional, desdice de todo avance en el derecho penal, presunción que se describe de la siguiente manera: repútese como actos consientes, y voluntarios todas las infracciones, mientras no se pruebe lo contrario; excepto cuando de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto al acto, puede deducirse que no hubo intención dañada de cometerlo⁴³. Tamaña barbaridad que viola a toda luz, el principio constitucional de inocencia, pues obliga a probar al reo su inocencia, que es intachable hasta su declaratoria de culpabilidad en juicio; y ni aún así, en razón que el Ecuador, contempla la posibilidad de Revisión de proceso.

La existencia del dolo es, como se ha visto uno de los presupuestos esenciales del delito, uno de los elementos constitutivos del tipo, de ahí que la voluntad y la intención del delincuente debe probarse dentro del proceso penal, para hablar con propiedad debe probarse dentro del juicio penal.

Es regla en el sistema penal acusatorio la expresión “el dolo no se presume”, corresponde por ende a la parte actora del proceso dar o producir la prueba de él, en nuestro caso es el Ministerio Público, quien es el encargado de probarlo, y de existir acusador particular, él también se encargará de la demostración (en acción pública), de modo que mientras no se demuestre el dolo, el procesado es inocente y de hecho tiene que ser absuelto, porque simplemente no existe delito.

⁴³ Art, 33. Código Penal. Corporación de Estudios, Quito. 2008.

Suena bien, esta regla para aquellos delitos consumados, sin embargo el hecho se torna complejo cuando no existan resultados objetivos, y el acto se juzgue en base a supuestos, verbigracia las tentativas, donde no existe un resultado palpable, se hace más difícil aún si miramos al delito desde una perspectiva ex-ante, desde una premeditación, porque puede un hecho llevar a conclusiones distintas, por tal motivo los doctrinarios estimaron conveniente establecerse sobre ciertos criterios para aclarar las circunstancias premeditadas, pensadas y actuadas por el actor en el hecho típico.

CRITERIOS ESTABLECIDOS EN LA PRUEBA DEL DOLO.

Son tres los criterios establecidos para la caracterización del fenómeno premeditado doloso a saber:

a.- CRITERIO CRONOLOGICO.

De acuerdo con el criterio cronológico, bastaría que mediara un intervalo de tiempo más o menos largo entre el propósito criminoso y la comisión del delito, entre la resolución y la ejecución⁴⁴, solo el transcurso del tiempo constituiría un agravante del dolo, haría que el dolo se tuviera como premeditado.

b.- CRITERIO PSICOLOGICO.-

Para este criterio no es menester estarse únicamente al factor tiempo. Tal circunstancia debe mirarse indiferente, lo que en realidad importaría para agravar el dolo, sería el estado de alma, la tranquilidad en que se encuentra el ánimo delictuoso al cometer el delito⁴⁵. Esa tranquilidad, esa frialdad de ánimo con que se comete el delito, sería, de acuerdo con este criterio, la circunstancia suficiente para constituir la premeditación y agravar el dolo.

⁴⁴ Culpabilidad, Imputabilidad y Responsabilidad. Samuel Barrientos Restrepo. Jurídica Bolivariana. Caracas. Pág. 485.

⁴⁵ Ob. Cit. Pág. 485.

c.- CRITERIO IDEOLOGICO.

Consistente en la precisión, la determinación de la idea criminosa en el ánimo.

Para poder estructurar al dolo dentro de la premeditación, curso causal y el resultado es menester establecer una graduación del dolo, tomando en cuenta que no siempre los individuos van a actuar con dolo directo, algunas veces, no podrán querer el resultado, otras veces, se hará necesario el resultado, en fin muchas posibilidades que involucran tener una graduación del aspecto volitivo y cognoscitivo del acto.

Se han establecido cuatro grados del dolo: el primero llamado premeditación, integrada por la frialdad del ánimo y la perseverancia en la resolución criminosa; luego como segundo grado esta la deliberación, cuya característica es la perseverancia en la resolución criminosa, pero sin frialdad, el tercer grado del dolo considerado como resolución súbita, está caracterizado en cambio por la frialdad del actuar, pero no por la perseverancia prolongada en la resolución del delito; finalmente el grado más leve del dolo, denominado pasión ciega, cuando no concurren, ni perseverancia, ni la frialdad y que generalmente resulta cometido en el choque instantáneo de una pasión o de una emoción.

La prueba del dolo, aparece como sencilla y fácil, pero en realidad no lo es, supongamos que una persona mata a otro y confiesa que él es el autor, pero que no lo hizo con intención, ¿será suficiente para que el juez juzgue el hecho?, con este simple ejemplo en forma natural decimos que no alcanza para declararlo culpable o inocente, porque la conciencia del juez dirá de acuerdo a sus conocimiento, si se dice la verdad o se miente, por lo que la primera forma de valorar la prueba del dolo, en este caso de la confesión del inculpado es la conciencia, agregado el elemento convicción dan la pauta al juzgador para pensar que es verdad o falso lo dicho por el procesado⁴⁶. Sin embargo esta forma de valorar una prueba resulta muy subjetiva, dejar al arbitrio del juez, no la producción de la prueba sino la valoración de la misma,

⁴⁶ Gustavo Solano. Revista de Ciencias jurídicas, No. 114. El dolo y su prueba, desde la perspectiva moderna. Pág. 72.

por lo que otra de las pruebas pueden ser los testimonios (solo en delitos de resultado), que también tiene su historia, recordemos que antiguamente el sistema penal valoraba, la sumatoria de testigos (quien presenta más gana el juicio), la calidad de testigo, (apellido, clase social, cargo, etc.), genero (hombre mujer), etc. actualmente se encuentra superado, esta etapa doctrinariamente conocida como prueba tasada, actualmente los testimonio propios de los testigos son una buena manera de probar, al menos la intensidad, frialdad e insistencia, con la que un delincuente cometió su ilícito. La famosa Sana Critica judicial, aplicada también en nuestro país, conforme norma establecida en el código de procedimiento penal, que dice: toda prueba será apreciada por el juez o tribunal, conforme a las reglas de la sana critica⁴⁷, es otra de las maneras de valorarse el dolo, por lo que hay que preguntarse, ¿qué es la sana crítica?, no es más que la experiencia, lógica, ciencia y psicología del juzgador; sin embargo esta clase de valoración tiene una limitación bien grande, en que las reglas de la sana critica no se encuentran normadas en ningún código, por lo tanto, lo que lo que es malo para un juez, puede no resultar así para otro, de acuerdo a su conocimiento, o a su deducción o a su experiencia, de manera que se vuelve peligrosa, frente a unos mismos hechos pueden resultar fallos diferentes, no por culpa de los que administran justicia, sino porque somos humanos y por lo menos hasta ahora no existen dos seres que piensan de igual manera, existirán tal vez coincidencias, pero nunca igualdad. Sin embargo hasta ahora, es una de las más usadas dentro del sistema penal que nos rige.

Para culminar con el presente tema, es menester hacer algunas reflexiones, respecto de la prueba del dolo, pues no hay claridad en el punto, al no existir autores que lo traten, no es cuestión, solamente de definir el dolo, debe existir una teoría completa que permita establecer los parámetros claros para trazar una prueba (del dolo), es necesario saber cómo debe constatarse en el proceso no solo el dato fáctico, sino los conocimientos del acusado en el momento de delinquir⁴⁸, siendo ésta tarea compete a la ciencia procesal, sin embargo no existe una teoría general de la prueba o de los medios probatorios pensando en los concretos elementos de la infracción punible, pues la mutua

⁴⁷ Art. 86. CPP. Corporación de Estudios, 2008, pág. 17.

⁴⁸ Ramón Ragués. Revista de Estudios de la Justicia. No. 4. 2004. España.

ignorancia entre lo sustantivo y lo procesal penal, hace imposible saber cuál es el exacto alcance de las teorías que la ciencia penal formula sobre el dolo. La demostración del conocimiento o representación del acusado en el momento de realizar la conducta delictiva entra dentro de lo que los jueces y tribunales suelen denominar la prueba de hechos subjetivos o psicológicos.

La constatación de estos hechos resulta especialmente compleja, pues, a diferencia de lo que sucede con la prueba de otros elementos fácticos, el conocimiento ajeno es un dato que se sitúa más allá de la percepción sensorial y, por tanto, para su descubrimiento poca cosa pueden aportar los medios probatorios más habituales, como la prueba testifical⁴⁹, por este motivo consigno lo que en la doctrina existe, referente al tema de la prueba del elemento psíquico. Haciendo un recordatorio diremos que existen dos grandes medios probatorios:

PRIMERO.- LA CONFESIÓN AUTOINCULPATORIA.- que puede afirmarse, es la prueba por excelencia de la existencia de dolo, en razón de que solo el acusado sabe realmente qué pasaba por su cabeza en el momento de cometer los hechos⁵⁰

SEGUNDO.- LA PRUEBA DE INDICIOS.- Es decir, la aplicación por parte del juez de determinadas máximas de experiencia a hechos de naturaleza objetiva previamente probados (Sana Critica).

LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA RESPECTO DE LA PRUEBA DEL DOLO, NORMAS APLICABLES LOS JUECES PENALES DEL ECUADOR Y SU CRITERIO APLICADO A LA PRUEBA DEL DOLO.

El legislador Ecuatoriano, mediante el código penal descrito tipos penales que encarnan la posibilidad de que sean cometidos con dolo, estableciendo que

⁴⁹ Ob. Cit, pág. 26.

⁵⁰ Ob. Cit. Pág. 26

una infracción dolosa es aquella donde se causa daño, la misma que puede ser intencional o preterintencional⁵¹.

Partiendo de este considerando, es menester puntualizar cuales son los medios probatorios aceptados por la legislación para el caso del dolo. Dicho tema se encuentra determinado en el libro II, del código de procedimiento penal denominado La prueba, en cuyo Título I, se llama La prueba y su valoración, cuyos artículos 86, 87 y 88 establecen, lo que la doctrina estima deben aplicarse para valorar el grado doloso aplicado en cada caso a juzgarse, esto es la saca crítica y la convicción del juez en base a presunciones del nexo causal, los mismos que deben obedecer a reglas claras para no caer en el arbitrio subjetivo del administrador de justicia, las reglas de convicción se establecen así: que la existencia de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho, es decir que el hecho (objetivo) se encuentre probado acorde a las normas procesales, vale decir que exista un delito; que la presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones, lo que equivale decir, que dos presunciones no hacen una verdad, al contrario las presunciones deberán desprenderse de hechos reales y lo que es más, deben encontrarse probadas en el proceso; y, que los indicios que sirvan de premisa para presumir, sean varios, relacionados con el hecho delictuoso, que sean concordante, unívocos, es decir que todos conduzcan necesariamente a una sola conclusión⁵², que efectivamente hay hecho doloso, finalmente deben ser directos, reglas claves para que el administrador de justicia, deduzca la intensidad con la que se actuó en tal o cual delito, como dice Carrara, la frialdad con la que se pudo actuar o la perseverancia con la que se pretendió el resultado dañoso.

⁵¹ Código Penal. Corporación de Estudios.

⁵² Código de Procedimiento Penal. Corporación de Estudios. Quito. 2008.

CASO JURISPRUDENCIAL ECUATORIANO, ANÁLISIS DEL CASO, VALORACIÓN DEL DOLO.

El presente caso establecido en la jurisprudencia ecuatoriana, nos dará una pauta de la forma de actuar del quehacer judicial en el Ecuador, se trata de uno de los delitos más comunes y frecuentes del medio, el robo:

ROBO.- Tentativa de Robo: Heridas inferidas por quien tiene la intención de robar.- Elemento esencial del delito de robo, conforme el artículo 550 del Código Penal, es la “sustracción”; por lo que la tentativa de robo, se concreta en “comenzar a sustraer” algo, En el caso fuera de la propia afirmación del reo en el sentido de que su ingreso a la habitación de la víctima fue con la intención de robar, no existe indicio que corrobore el aserto; y lo único que existe probado procesalmente es la agresión física, cuyo resultante son las heridas graves inferidas a la víctima, las que por su localización, delatan la tentativa de asesinato atribuida al agresor. De ahí que se puede aseverar que el robo ha quedado simplemente en la idea, en el deseo del procesado, pues las violencias o amenazas contra las personas, otro elemento esencial de la infracción tipificada por el aludido artículo 550, debían aparecer “antes del acto, para facilitar o después de cometido, para el logro del objetivo propuesto, es decir, para llevarse por el actor la cosa sustraída”, en definitiva lo que hay en la especie, es comienzo de ejecución de asesinato; no de robo: “se comienza a matar”, dice: Jiménez de, pero no se empezó a robar (2da. Sala. 2 de julio de 1984)⁵³.

Antes del análisis del caso jurisprudencial es menester consignar la disposición legal de robo, contemplado en el Código Penal, para tener las ideas claras y precisas.

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

⁵³ Galo Espinoza M. Enciclopedia Jurídica Volumen IV. Compendio de Setenta años de Jurisprudencia de la Corte Suprema. Editorial Don Bosco. Quito 1999. Pág. 817.

para facilitarlo, en el momento de cometerlo, o después de cometido para procurar su impunidad⁵⁴.

ANALISIS DEL CASO.

De lo que tenemos entendido y estudiado, fijémonos en que la decisión judicial, no valora, la intención del delincuente que aparece del caso, quien confiesa su propósito (robo), lo que se es el resultado, siendo exageradamente inquisitorio, se lo juzga como asesinato tentado, algo que para el autor del presente estudio resulta ser una tentativa de robo, pues se actúa con violencia antes del acto para facilitar el robo, no importa que el autor no se haya llevado nada, verbigracia por que se asustó, porque le descubrieron, etc., lo que importa en este caso para juzgarlo, es la realidad del quehacer el delincuente en el lugar, y todos sabemos que lo que vino hacer es robar, y si su propósito no fue el robo, ante la ninguna prueba se debía aplicar el indubio pro reo. Del proceso completo se desprende que el autor ingresa por una ventana y ante la presencia del dueño se produce una herida a la altura del brazo izquierdo con dirección al corazón (informe médico), y por este acto se juzga tentativa de homicidio. Lo que denota que en Ecuador (al menos hasta 1984), no existía un entendimiento cabal de lo que es actuar doloso, enfocado a un objetivo. Tampoco se probó que la intención del delincuente fue el de matar al dueño, pero como existió un resultado (heridas), lo más fácil fue juzgarle, por lo que jamás se le hubiera imaginado al delincuente.

CONCLUSIONES.

Como conclusiones anoto las siguientes:

1.- A pesar de que doctrinariamente la concepción del dolo y su clasificación está muy clara, en el Ecuador, al momento de administrar justicia, existe dificultad en aplicarlo conforme a la voluntad y el querer del actor en el

⁵⁴ Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios. Quito 2008.

resultado dañoso, se sigue con el sistema tradicional inquisitivo, valorando el resultado lesivo y no la intencionalidad.

2.- la prueba del dolo, a nivel mundial ofrece dificultad, en razón de que no existe una metodología concreta de probarlo, y su valoración sigue siendo también subjetiva, lo que implica que hasta el estado de ánimo del juzgador se establezca en sentencias condenatoria.

3.- Las constantes copias legislativas ecuatoriana (penales), a países como Alemania, España, Colombia, Argentina, marcan en el Ecuador, una falta de criterios propios acordes a la realidad, lo que ha alejado la posibilidad de crear una doctrina propia explicativa para cada tipo penal.

4.- A pesar de lo dicho y tomando en cuenta esta enorme necesidad de profundizar el estudio tanto del derecho penal, cuanto el procesal penal, las universidades ecuatorianas han comenzado a formar profesionales con conocimiento en derecho penal, tal el caso del presente curso que aglutinó a treinta y un estudiantes la mayoría funcionarios de justicia, por lo que pongo la esperanza de mejores días para el derecho penal ecuatoriano.

BIBLIOGRAFIA

- Hans Welzel. Derecho penal Alemán, Parte General 12ª Edición, Edición Jurídica de Chile, 1987.
- Reinhart Maurach Heinz Zipf. Derecho Penal Parte General, Tomo I y II, Editorial Astrea, Buenos Aires 1994.
- Francisco Muñoz Conde. Teoría General del Delito. Temis. Bogotá Colombia 2004.
- Jiménez de Azua, Lecciones de Derecho Penal, Vol. 3. Editorial Oxford. México- 2006.
- José Rafael Mendoza. Concepto de dolo, Editorial Jurídica Bolivariana. Tomo II. Caracas 1971.
- Francesco Carrara. Derecho Penal. Vol. I, Oxford. México 2006.
- Carlos Fontán Balestra (Guillermo Ledesma). Derecho Penal Introducción y Parte General, Lexis Nexis Abeledo Perrot, decimoséptima edición Dos Tomos. Argentina 2002.
- José Cerezo Mir. Obras Completas. Tomo I y II, Ara Editores, Perú 2006.
- Enrique Bacigalupo, Derecho Penal, Primera Edición, Ara Editores. Perú, 2004.
- Santiago Mir Puig.- Derecho Penal, parte general, 7ma. Edición. B de F, Argentina 2005.
- Raúl Goldstein, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Astrea, Argentina 1998.
- Silvestre Moreno Cora. Tratado de las Pruebas Civiles y Penales Vol. 4. Editorial Jurídica Universitaria. México. 2001.
- Samuel Barrientos Restrepo. Culpabilidad, Imputabilidad y Responsabilidad. Editora Jurídica Bolivariana. Caracas. 2006.
- Gustavo Solano. Revista de Ciencias jurídicas, No. 114. El dolo y su prueba, desde la perspectiva moderna. Pág. 72. vLex-Microsoft Internet Explorer.
- Galo Espinoza M. Enciclopedia Jurídica Volumen IV. Compendio de Setenta años de Jurisprudencia de la Corte Suprema. Editorial Don Bosco. Quito 1999.
- Karl Joseph Antón Mittermaier, Pruebas en Materia Criminal Vol. 3. Editorial Jurídica Universitaria. México 2001.

- Compendio Varios Autores. La Tentativa y El Dolo, Editorial Jurídica Bolivariana, Bogotá 197. (Eugenio Cuello Cucalón)
- Eugenio Zafaroni, Manual de Derecho Penal, Parte General I y II, Ediciones Jurídicas, Lima 1986.
- Claus Roxin. La Teoría del Delito, Grigley. Lima 2007.
- Derecho Penal Parte General, Tomo II, III y IV. Rubinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires. 2006.
- Claus Roxín. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto. Buenos Aires 2008.
- Francesco Carnelutti. Derecho Procesal Penal. Volumen 2, Oxford. México. 2006.
- Jorge Zavala Baquerizo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. Edino. Guayaquil 2004.
- Carlos Pozo Montesdeoca. Práctica Del Proceso Penal. Segunda Edición, Abya-Yala. Quito 2006.
- Andrés Baytelman A. Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba. Ibañez, Bogotá. 2008.
- Andrés F. Córdova. Derecho Procesal Ecuatoriano. Fondo de la Cultura Ecuatoriana, Cuenca. 1990.
- Jesús María Silva Sánchez. Estudios de Derecho Penal. GRigley. Lima 2000.
- Jesús María Silva Sánchez y Otros. Estudios de Derecho Penal. Arar Editores. Lima 2005.
- Jacobo López Barja Quiroga. Tratado de Derecho Procesal Penal. Thomson. Navarra 2004.
- Luis Alberto Bramont/Otros. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. S M Editorial. Lima 2004.
- Francisco Pavón Vasconcelos. Diccionario de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México 2003.
- Alfonso Raúl Peña. Derecho Penal Parte General. Teoría del Delito y de la penal y sus consecuencias jurídicas. Editorial Rodhas, Lima 2007.
- Patricio Vaca Nieto. Práctica Penal en el sistema Acusatorio. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito 2006.

- Leonidas Padilla Sarmiento. El Delito Civil y el Delito Penal. Tesis de Grado. Universidad de Cuenca. Cuenca. 2000.
- Cesar Bonesano (Beccaria). Tratado de los Delitos y de las penal. Porrúa. México. 2005.
- Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios. Quito 2008.
- Código de Procedimiento Penal. Corporación de Estudios. Quito 2008.
- Constitución de la República. Corporación de Estudios. Quito 2008.
- Código Civil. Corporación de Estudios. Quito 2008.
- Dr. Sandro Abrales. Apuntes Teoría del Delito. Posgrado 2007. Cuenca Ecuador.
- Dr. Esteban de la Fuente. Apuntes clases Posgrado 2007. Cuenca Ecuador.
- vLex-Microsoft Internet Explorer

INDICE.

- 1.- Dedicatoria.
- 2.- Agradecimiento.
- 3.- Responsabilidad
- 4.- Introducción.
- 5.- Referente histórico del término dolo.
- 6.- Teoría de la voluntad.
- 7.- Teoría de la representación.
- 8.- Teoría del asentimiento.
- 9.- Concepto del dolo.
- 10.- Clases de dolo.
- 11.- Dolo directo.
- 12.- Dolo indirecto.
- 13.- Dolo eventual.
- 14.- comprensión de la criminalidad del acto.
- 15.- El conocimiento de la relación causal.
- 16.- La prueba.
- 17.- La prueba del dolo.
- 18.- Criterios establecidos en la prueba del dolo.
- 19.- Criterio cronológico.
- 20.- Criterio psicológico.
- 21.- Criterio ideológico.
- 22.- La legislación ecuatoriana respecto de la prueba del dolo, normas aplicables los jueces penales del ecuador y su criterio aplicado a la prueba del dolo.
- 21.- Caso jurisprudencial ecuatoriano, análisis del caso, valoración del dolo.
- 22.- Análisis del caso.
- 23.- Conclusiones.
- 24.- Bibliografía.