



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**APLICACIÓN DE LA FIGURA DEL DOLO
EVENTUAL EN SENTENCIAS, FRENTE A LA
INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA NORMA
PENAL ECUATORIANA**

Autor:

María Belén Cabrera Aguilar

Directora:

Dra. Julia Elena Vázquez Moreno

Cuenca – Ecuador

2024

DEDICATORIA

Quiero dedicar este logro académico a mi abuelita Zoila, quien a lo largo de su vida me ha brindado amor incondicional y sabiduría. Cada desafío superado lleva tu huella, cada logro es el eco del amor y fortaleza que me has regalado. A pesar de que la enfermedad hoy te aqueja, tu fortaleza y espíritu resiliente son una lección de vida inolvidable.

A mis amados padres, quienes me han brindado su amor y dedicación, esta tesis no solo es el reflejo de mi esfuerzo, sino también un tributo al infinito apoyo que me han entregado a lo largo de este viaje académico.

Mami tu comprensión, regaños y palabras de aliento han sido mi refugio en todos mis momentos tristes, este trabajo no solo es un testimonio del conocimiento adquirido, sino también un tributo a la mujer extraordinaria que eres.

Papi, tu firmeza me ha guiado con sabiduría, mostrándome que el conocimiento y la perseverancia son las claves del éxito.

A ambos, les agradezco por cada sacrificio silencioso, por cada lágrima derramada y cada sonrisa compartida, a ustedes quiero expresarles mi gratitud infinita, sin su amor incondicional este logro no sería posible. Cada página impresa de esta tesis lleva consigo el amor y apoyo que los tres me han brindado a lo largo de mi vida. Esta victoria es tan suya como mía. Les dedico este logro con todo mi corazón y con la firmeza y esperanza de que este sea el comienzo de un futuro lleno de éxitos compartidos.

A mis amigos/as que conocí dentro y a lo largo de la carrera, gracias por haber hecho este camino más significativo, todos los momentos con ustedes fueron como un rayo de luz después de la tempestad, definitivamente los amigos te enriquecen significativamente.

A Pedro te agradezco por tu apoyo constante, por tu paciencia, comprensión y amor desinteresado, celebrar cada logro contigo ha convertido este camino en una experiencia compartida llena de risas y momentos inolvidables. Gracias por creer en mí y apoyarme incansablemente.

AGRADECIMIENTO

Quiero extender mi mas profundo agradecimiento a mi tutora de tesis, Dra. Julia Elena Vázquez, cuya guía y apoyo constante fueron fundamentales para la culminacion de este proyecto. Sin duda alguna su dedicacion y paciencia han sido admirables y estoy sumamente complacida por haber tenido la oportunidad de aprender bajo su tutela.

De igual manera, quiero reconocer a todos mis maestros que me apoyaron a lo largo de mi trayectoria academica. Cada uno de ustedes ha dejado una huella imborrable en mi formación profesional.

Este logro no habria sido posible sin el respaldo y la enseñanza de personas tan dedicadas en su profesion. Mi mas sincera y profunda gratitud a todos por su impacto positivo en mi desarrollo académico, los llevare siempre en mi corazón.

RESUMEN

La motivación principal de este trabajo se centra en el análisis del artículo 13 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, que establece una interpretación restrictiva de las disposiciones penales, en esa misma línea se destaca el reconocimiento del dolo en el artículo 26, abordando su definición desde una perspectiva finalista. Sin embargo, se señala una limitación al no definir el dolo eventual como subclasificación. El dilema surge al examinar la legislación ecuatoriana, que no reconoce textualmente el dolo eventual, pero permite su aplicación mediante la doctrina según el artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial. El trabajo aborda este conflicto y propone la inclusión explícita del dolo eventual en el artículo 26 para resolver esta discrepancia, además, se examina un caso judicial para analizar la colisión normativa entre los artículos 13, 26 del Código Orgánico Integral Penal y el artículo 28 de la Función Judicial.

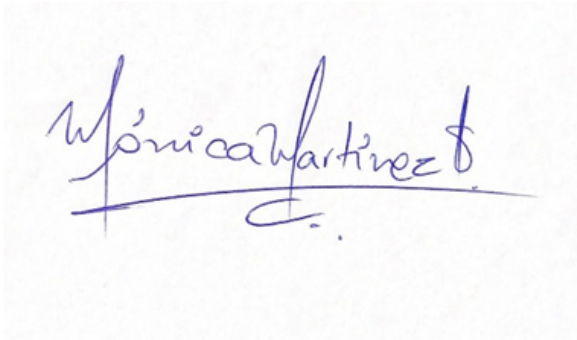
PALABRAS CLAVE: Dolo eventual, funcionalismo, finalismo, norma penal, Código Orgánico Integral Penal, Código Orgánico de la Función Judicial, doctrina.

ABSTRACT

The main motivation of this work focuses on the analysis of article 13 numeral 2 of the "Integral Penal Organic Code," which establishes a restrictive interpretation of the penal provisions. In the same vein, the recognition of malice in Article 26 is highlighted, approaching its definition from a finalist perspective. However, limitations are pointed out by not defining eventual malice as a subclassification. The dilemma arises when examining Ecuadorian legislation, which does not recognize eventual malice but allows its application through the doctrine according to Article 28 of the "Organic Code of the Judicial Function." The paper approaches this conflict and proposes the explicit inclusion of eventual malice in Article 26 to resolve this discrepancy. In addition, a judicial case is examined to analyze the normative collision between Articles 13 and 26 of the Código Orgánico Integral Penal and Article 28 of the Judicial Function.

Key words: eventual malice, functionalism, finalism, penal norm, Integral Penal Organic Code, "Organic Code of the Judicial Function," doctrine.

Approved by:

A handwritten signature in blue ink that reads "Mónica Martínez Sojos" with a horizontal line underneath and a small flourish at the end.

Lcda. Mónica Martínez Sojos, Mgt.
Cod. 29598

INDICE

DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTO.....	III
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1.- LA FIGURA JURÍDICA DEL DOLO.....	4
1. El dolo consideraciones generales.....	4
1.1. Definición de dolo.....	5
1.2. Lugar del dolo en la teoría general del delito.....	7
1.3. Clases de dolo.....	8
1.3.1. Dolo directo en primer grado.....	8
1.3.2. Dolo directo en segundo grado.....	9
1.3.3. Dolo eventual.....	9
CAPÍTULO 2.- LA REGULACIÓN DEL DOLO EVENTUAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA FRENTE A LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DE LA NORMA PENAL.....	16
1. Reglas de interpretación de la norma penal.....	16
2. Código Orgánico de la Función Judicial en la utilización de doctrina para sustentar fallos judiciales.....	18
3. El dolo en el Código Orgánico Integral Penal (Ausencia de dolo eventual).....	21
2. Legislación comparada con respecto al Dolo Eventual.....	22
CAPÍTULO 3.- LA APLICACIÓN DEL DOLO EVENTUAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	30

1. Análisis del proceso 01658-2020-00431	30
1.1 Antecedentes.	30
1.2 Motivación.	32
1.3 Decisión.....	36
1.4 Análisis personal del caso.	37
2. Necesidad de implementar la figura del dolo eventual, en el artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal.....	41
CONCLUSIONES.....	44
RECOMENDACIONES	49
BIBLIOGRAFÍA.....	50

INTRODUCCIÓN

La motivación normativa del presente trabajo, radica en el hecho de que el artículo 13 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, determina la regla de interpretación restrictiva de las disposiciones penales. Por consiguiente, en materia penal se encuentra prohibida toda clase de hermenéutica extensiva que altere o amplíe el atenuar literal de las disposiciones vigentes. Por su parte, el artículo 26 del cuerpo legal mencionado reconoce la figura jurídica del dolo como un elemento de la tipicidad subjetiva del delito, estableciendo un concepto desde la postura finalista al determinar la norma que: Dolo es conocimiento y voluntad de los elementos objetivos del tipo penal. Este concepto, reconoce una definición general y amplia del dolo, limitándose a establecer únicamente la categoría conceptual del dolo en primer grado, olvidando la norma de definir al dolo eventual como subclasificación de la categoría subjetiva mencionada.

El dolo como elemento de la tipicidad subjetiva del delito, es un presupuesto indispensable para explicar el actuar del sujeto en cuanto a la ejecución del hecho punible, sin embargo, el mismo no se agota con su contenido general y directo en primer grado, sino que de conformidad a Salazar (2021) ha trascendido a una clasificación que engloba diversas categorías de este concepto.

El Dolo eventual, constituye una de dichas clasificaciones del dolo que la doctrina ha reconocido como mecanismo de comprensión de la psiquis criminal del sujeto al momento en que comete un injusto penal. Sin embargo, dicha modalidad del dolo no es posible aplicarla en la legislación ecuatoriana debido a que no se encuentra reconocida de forma textual en la normativa penal vigente, viéndose limitada su utilización por la interpretación restrictiva de la ley penal.

Sin embargo, el artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial determina que los juzgadores podrán aplicar la doctrina para la motivación de sus sentencias generando que bajo esta perspectiva legal sea viable la utilización del dolo eventual en las resoluciones judiciales de la Función Jurisdiccional Ecuatoriana. En este orden de ideas, bajo los argumentos presentados, si se deseara aplicar la figura del dolo

eventual en el Ecuador, se podría estar vulnerando la regla de interpretación restrictiva de las normas penales establecida en nuestro Código Orgánico Integral Penal. Es en este punto que surge una justificación y motivación que me han llevado a analizar la necesidad de implementar de forma textual la figura jurídica del dolo eventual en el artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal.

Para tales efectos el trabajo se ha distribuido en tres capítulos los cuales tienen por objeto conceptualizar la tipicidad del delito, el dolo y su clasificación, determinando que la figura dogmática enunciada no solo obedece a teorías finalistas de la acción, sino que ha trascendido a teorías funcionalistas moderadas y radicales que parecen haber superado la concepción dogmática que prevé el Código Orgánico Integral Penal. Para cumplir con este objetivo se plantean casos prácticos en los cuales se aplican las teorías inherentes al dolo con el objeto de otorgar mayor claridad a la figura analizada.

De igual manera se procederá a evaluar la regulación del dolo eventual en la legislación ecuatoriana y los principios de interpretación que integra el Derecho Penal ecuatoriano. En este apartado se examinarán las modalidades constitucionales que precisan que la hermenéutica jurídica debe ser apegada a los derechos fundamentales haciendo mención de lo que establece la interpretación restrictiva del Código Orgánico Integral Penal. Así mismo, se examinará lo que determina el Código Orgánico de la Función Judicial en cuanto a la utilización de la doctrina para la motivación de fallos, para posteriormente examinar el dolo en la legislación comparada frente a la ecuatoriana.

Finalmente, mediante el análisis del proceso judicial 01658-2020-00431 se pretende analizar la aplicación del dolo eventual en la legislación ecuatoriana partiendo del hecho de que parece existir una colisión entre dos cuerpos normativos orgánicos, Código Orgánico de la Función Judicial artículo 28, inciso 3ero vs artículo 13, numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, en cuanto a qué cuerpo legal prima en el ordenamiento jurídico vigente, a más de existir una antinomia jurídica entre, los

artículos 13, numeral 2 y art 26 del Código Orgánico Integral Penal conjuntamente con el artículo 28 inciso 3ro del Código Orgánico de la Función Judicial, en lo referente a la posibilidad de si se puede o no aplicar el dolo eventual como fundamento doctrinal en la motivación de resoluciones judiciales.

Por tanto, el tema de titulación presentado deriva un conflicto jurídico de colisión entre tres normas penales vigentes. Por un lado, el artículo 13 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, impide por la redacción general y limitada del concepto de dolo que presenta el artículo 26 del mismo cuerpo legal, se pueda aplicar la figura jurídica del dolo eventual dentro de la legislación ecuatoriana, mientras que por su parte el artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, parece permitir la utilización del dolo en resoluciones judiciales.

CAPÍTULO 1.- LA FIGURA JURÍDICA DEL DOLO.

1. El dolo consideraciones generales.

A lo largo de los años la doctrina penal ha evolucionado con la implementación de diversas posturas y teorías que otorgan a la administración de justicia mecanismos eficaces de resolución de conflictos de índole penal. Uno de los primeros hallazgos de la doctrina jurídica fue la creación de un esquema conceptual que permite identificar lo que se entiende por delito para el Derecho Penal.

En este sentido, la doctrina llegó a un consenso mutuo al establecer que la infracción penal debe obedecer a un conjunto de categorías con subelementos propios que determinen su definición. Es así cómo, se conceptualizó al delito como toda conducta que se encuentre tipificada en la norma penal, y que adolezca de antijuricidad a tal punto que posteriormente se evalúe si esta puede ser reprochada a su ejecutor (Palacios, 2021)

La tipicidad como elemento del delito desde la perspectiva de la teoría de la acción final propuesta por Welzel (1970), presenta dos subelementos que deben examinarse. Primero, se encuentra la parte objetiva del tipo en la que se analiza la descripción material del hecho criminal que el legislador ha establecido en la norma penal; y segundo una parte subjetiva en la que se analiza la psiquis del sujeto en cuanto a la posición volitiva (voluntad) del sujeto frente a la norma objetiva, constituyéndose las categorías de dolo, culpa y preterintención.

El dolo es un elemento de la tipicidad subjetiva del delito que ha sido objeto de un alto desarrollo doctrinal a lo largo de los años, el cual ha pasado desde una postura causal, a ser analizado desde una perspectiva subjetiva final, hasta una doctrina funcional objetiva en la actualidad. En el presente capítulo se tiene como objetivo conceptualizar la tipicidad subjetiva del delito, el dolo y su clasificación.

1.1. Definición de dolo.

El dolo presenta una variación en cuanto a su conceptualización, la cual depende de la teoría de imputación que se utilice para su interpretación. Para tales efectos es indispensable examinar la figura en mención desde la doctrina finalista, funcionalista moderada y funcionalista radical.

Welzel (1970) es considerado el padre de la teoría del finalismo de la acción penal, pues el autor destrozó los postulados causalistas para dar paso a una nueva teoría de imputación en la cual la voluntad final del sujeto es trascendental para la atribución de las consecuencias del delito hacia este. En consecuencia, al ser la voluntad final del criminal el elemento determinante para encontrar una relación causal entre resultado y conducta punible, surge el concepto de dolo como el conocimiento y la voluntad que debe tener el individuo sobre los presupuestos objetivos que caracterizan a una acción como penalmente relevante.

Bajo lo analizado previamente se desprende que el dolo está compuesto de dos elementos: Conocimiento y voluntad. El primero refiere a la capacidad del sujeto para tener conciencia sobre los elementos objetivos que estructuran el tipo penal, mientras que el segundo consiste en el querer que tiene el individuo de ejecutar en la práctica material dichos elementos.

Sin embargo, a pesar de que la teoría finalista encontró un desarrollo aceptado a lo largo de los años, empezaron a desarrollarse postulados que criticaban la estructura del dolo propuesta en la teoría de Welzel. Es en este contexto que se desarrolla una nueva teoría denominada funcionalismo moderado propuesta por Claus Roxin (1997). La dogmática del funcionalismo moderado buscaba eliminar los espectros subjetivos de los que adolece la teoría finalista a fin de presentar esquemas objetivos de imputación que no limiten el análisis del fuero interno del sujeto.

Es entonces que, dentro del funcionalismo moderado de Roxin (1997) evoluciona el concepto de dolo al simple conocimiento, prescindiendo del elemento

subjetivo denominado voluntad. Es decir, basta con que el autor conozca la circunstancias dañosas de su actuar para que se le impute la figura jurídica del dolo por el hecho cometido.

Hassemer (1990) menciona claramente que el conocimiento es un elemento de utilidad para inferir una conclusión acertada y objetiva sobre la lesión al bien jurídico.

Por consiguiente, el criterio objetivo con el que se conceptualiza el dolo dentro de esta teoría radica en comprender que el sujeto debe conocer una representación de peligro en base a un conjunto de indicadores que le permitan entender una posible lesión a un bien jurídico.

Sin embargo, Gunther Jakobs (1996) determina que el dolo no debe ser entendido desde una perspectiva moderada sino desde un funcionalismo radical y objetivo, pues para el autor alemán el dolo se configura en base a elementos normativos que se le exigen al sujeto dentro del rol social que ocupa en la comunidad de personas que habitan el Estado. Es así como, en la teoría de imputación objetiva de Jakobs debe distinguirse entre riesgos dolosos, riesgos culposos en la conducta de los individuos, siendo el dolo la conciencia que debe tener el sujeto sobre la peligrosidad de su actuar.

Pawlik (2012) explica debidamente cuáles son estos elementos normativos objetivos que configuran al dolo en un esquema conceptual funcional, refiriendo el autor que cuando el sujeto activo del delito conozca que el riesgo de su conducta es alto se configurará el dolo, mientras que cuando el conocimiento del riesgo del actuar sea mínimo se imputará la figura de la imprudencia o culpa. La diferencia con la teoría funcional moderada radica en que el autor ya no debe tener conocimiento de un riesgo de lesión o bien jurídico, sino debe conocer el riesgo de su acción.

Es por estas consideraciones que Pawlik (2012) refiere que ante riesgos de conducta reducidos no se puede aplicar al autor la figura denominada dolo. Ragués I Valles (2022) crítica a Pawlik y se pregunta qué figura opera (dolo, culpa) en aquellos

casos en los que intencionalmente el sujeto activo del delito ha introducido un riesgo mínimo, criticando falencias que tiene la teoría objetiva radical funcional.

La legislación ecuatoriana se ha decantado por conceptualizar al dolo desde la teoría finalista de la acción, puesto que el artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal (2023) conceptualiza al dolo como: “Actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta”. De la cita expuesta se infiere como el legislador ecuatoriano con la reforma del año 2019 ha decidido estructurar en la figura del dolo el elemento conocimiento, el elemento voluntad ampliando los postulados doctrinales finalistas que tanto se han discutido desde la dogmática funcional.

1.2.Lugar del dolo en la teoría general del delito.

En este punto debe mencionarse que el dolo no formaba parte de la tipicidad en los inicios de la teoría general de la infracción penal, puesto que desde la teoría causal de Von Litz el dolo debía ser analizado en el elemento culpabilidad entendido este como un estado de la psiquis del sujeto que obedecía a un examen sobre la persona y no sobre la conducta (Salazar, 2021).

No obstante, con el surgimiento de la teoría finalista la doctrina comprendió que el dolo no forma parte de un estado mental del sujeto en cuanto a su capacidad para conocer la antijuricidad de su conducta, sino que conlleva una categoría independiente que forma parte del tipo penal. Pues como menciona Palacios (2022) previamente se confundía al dolo con la capacidad de conocer la ilicitud de los actos por parte de los sujetos, lo cual es errado ya que la falta de conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal devenga en lo que se denomina error de tipo, mientras que la ausencia de conocer la ilicitud del actuar produce lo que se llama error de prohibición.

Por tanto, el dolo debe ser ubicado dentro del elemento tipicidad como categoría segunda dentro de los postulados generales del delito.

1.2.1. Tipicidad subjetiva.

Según Salazar (2021) la tipicidad subjetiva conforma tres elementos cognitivos fundamentales: Dolo, culpa y preterintención esto se debe a que, la tipicidad subjetiva consiste en examinar el conocimiento del sujeto activo de la infracción frente al tipo penal objetivo sobre el cual ha incurrido su conducta.

Primero, como ya se analizó de forma previa el dolo consiste en el conocimiento que el sujeto tenga sobre los elementos objetivos del tipo penal. Segundo, la culpa por su parte consiste en una categoría subjetiva por medio de la cual se le atribuye a un sujeto un delito imprudente debido a que él mismo ha vulnerado lo que se conoce como deber objetivo de cuidado (Jackobs, 2016).

Por último, la preterintención consiste en una categoría independiente que tiene matices tanto de dolo como de culpa en su configuración subjetiva, razón por la que el legislador ecuatoriano la ha singularizado en el inciso segundo del artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal (2023). Para efectos de investigación del presente trabajo a continuación se procederá a enunciar las diversas clases de dolo que contempla la doctrina penal.

1.3. Clases de dolo.

1.3.1. Dolo directo en primer grado.

Según el finalismo de Welzel (1970) el dolo directo es aquel en el cual el sujeto conoce y quiere realizar el resultado y lo termina efectuando. Por ejemplo, el autor desea hurtar y sustrae en ese instante una cosa mueble ajena; el autor quiere generar pánico financiero y de forma inmediata y directa emite noticias sobre un supuesto feriado bancario.

Del concepto y ejemplos expuestos se determina que el dolo directo es la figura subjetiva que más se acerca a lo que se conoce como un concepto de dolo desde la teoría finalista de la acción, sin embargo, el dolo va más allá de una simple consumación directa del hecho delictivo y presenta otras clasificaciones.

1.3.2. Dolo directo en segundo grado.

En segundo lugar, se presenta la clasificación de dolo indirecto o de segundo grado, el cual debe ser comprendido como la categoría subjetiva dolosa de los efectos necesarios, puesto que para el autor el resultado lesivo va a ser un efecto indispensable del mecanismo utilizado para delinquir, generando que se presenten resultados causales vinculados a pesar de no ser estos parte de la finalidad del justiciable. Por ejemplo, Belén desea asesinar a Elizabeth y para tales efectos pone una bomba en el vehículo de Elizabeth, no obstante, dentro de ese carro al momento de explotar la bomba se encontraba la abuela de Elizabeth, provocando de esta manera su muerte Hernández (2020)

1.3.3. Dolo eventual.

Censori (2016) determina que el dolo eventual presenta dos conceptos diversos dependiendo de la teoría que se utilice para definirlo. Desde la teoría de la representación el dolo eventual consiste en aquel supuesto en el que el sujeto mira el resultado lesivo como probable, y una vez que se le presenta decide hacerlo suyo y ejecutarlo. Entonces, la representación y la previsibilidad del individuo frente al tipo penal es lo que marca la existencia del dolo eventual una vez que el sujeto ha decidido ejecutar dicha conducta cuando se la ha presentado.

Por ejemplo, Alberto desea robar una tienda de abarrotes, sin embargo, sabe que hay la posibilidad de que tenga que amedrentar o lesionar al dueño de la tienda si es que

él se opone a entregarle el dinero, sin embargo, Alberto prefiere que mediante la amenaza con una arma de fuego el dueño del establecimiento acceda a entregarle la suma monetaria solicitada. Sin embargo, una vez que se empieza a consumir el acto el dueño de la tienda presenta oposición por lo cual Alberto procede a dispararle en el brazo, configurando así la figura de robo con violencia sobre la persona.

Finalmente, el mismo autor Censori (2016) enseña que la teoría de la voluntad ordena que no basta con que el sujeto se haya representado como el probable resultado, sino que es necesario que también haya querido realizarlo siendo el elemento voluntad el que tiene un rol trascendental en la configuración de la figura eventual del dolo.

Con el objeto de explicar cómo se aplica el dolo eventual a una situación práctica se debe analizar lo sucedido en el caso Dattoli producida en el año de 1999 en Argentina:

Los antecedentes del caso comienzan con el hecho de que Alberto Dattoli era el guardia de una Escuela Nacional de Inteligencia de Buenos Aires, Argentina, el cual había desempeñado su labor por un periodo aproximado de ocho años. Sucede que Sofía Fijman de 75 años de edad solía acercarse al portón de la escuela para proceder a alimentar a unos gatos que ahí vivían, sin embargo, Dattoli molesto le había reiterado varias veces que si se volvía a acercarse iba a lastimarla (La Nación, 1999).

Sin embargo, en fecha 26 de febrero de 1998 Sofía decidió nuevamente acercarse al portón para darles alimento a los animales ya descritos, momento en el cual Dattoli decidió presionar el botón de la puerta de la Escuela con lo cual Sofía quedó atrapada en las rieles de esta, y en lugar de ser auxiliada por Dattoli, el mismo mantuvo indiferencia hasta que posteriormente Sofía falleció. Cabe mencionar que el guardia de seguridad fue sentenciado por homicidio simple con dolo eventual (La Nación, 1999).

Del caso examinado se pueden encontrar los fundamentos prácticos que ejemplifican la figura eventual del dolo. La no realización de actos de evitación del resultado criminal es un indicador del dolo dentro de la teoría propuesta por Roxin (1997). Por tal situación Censori (2016) afirma que dejar a la capacidad de la víctima o de un tercero la evitación de un resultado constituye un indicador de dolo eventual en aquellos casos en los cuales el sujeto ve como probable un acontecer típico y por su indiferencia decide no evitar el mismo, tomando así el resultado como suyo y constituyendo lo que se llama dolo eventual.

De igual manera, se expone el caso del exatleta paralímpico Oscar Pistorius quien fue condenado a siete años de prisión por el delito de asesinato perpetuado en contra de su conviviente sentimental. Los hechos del caso se suscitaron en el año 2013 cuando en una noche el deportista llamó a la policía porque su novia se encontraba muerta en el baño.

Pistorius comentaba que había escuchado ruidos esa noche en su casa, razón por la cual pensaba que un ladrón había entrado en la casa en la cual residía con su pareja. El deportista alegaba que por adolecer de una discapacidad física siempre fue víctima de inseguridades y prejuicios que lo llevaron a dormir con un arma de fuego cerca de su cama. Por tanto, esa noche Pistorius al escuchar los ruidos provenientes del baño decidió tomar su arma y efectuar un total de cuatro disparos en dirección de la puerta del cuarto del baño.

La defensa del deportista alegaba dentro de la causa penal que nunca existió en Pistorius el dolo de cometer el delito de asesinato debido a que el sujeto estaba intentando defenderse de lo que él creía era un ladrón, sin embargo, una testigo que era vecina de Pistorius y su pareja, la cual vivía a varios metros de la residencia del deportista, afirmó que se escucharon desgarradores gritos en día y hora de los hechos juzgados.

Por lo tanto, el tribunal competente comprendió que, si se escucharon los gritos de la víctima a varios metros de distancia, se determina cierto que Pistorius tenía la

posibilidad de prever en el primer disparo, que tal vez quien se encontraba detrás de la puerta del baño, no era un ladrón sino su novia.

Del caso presentado, se deriva un clásico caso de dolo eventual, en aquellos supuestos en los que el sujeto teniendo la posibilidad de evitar la producción del resultado lesivo, lo toma como suyo y decide ejecutar la conducta punible. Pistorius podía prever con los gritos de su novia que era ella quien estaba sufriendo los disparos del arma de fuego con la que dormía el deportista, configurándose el dolo en el simple hecho que quien convive con alguien conoce las características de su voz y puede entender que ante un grito de un disparo había la posibilidad de lesionar a un individuo.

Por consiguiente, Pistorius encaja en la figura penal de asesinato a título de dolo eventual, ya que pudiendo presentarse en la posibilidad de estar disparando a su pareja, no realizó ningún tipo de acto de evitación, de lesión a la víctima, sino que procedió emitiendo tres disparos más con los que terminó con la vida de su novia.

Una vez más, la teoría de la representación del resultado se muestra como más efectiva para la configuración del dolo eventual, puesto que no se exige que Pistorius haya tenido la voluntad de cometer el delito de asesinato, sino que basta con que el mismo haya conocido dentro de su contexto de previsibilidad la posibilidad de lesionar un bien jurídico y recaer en los elementos objetivos del tipo penal de asesinato.

No obstante, si se utilizaría como teoría de imputación a los postulados voluntaristas y finalistas del dolo eventual se encontraría varias deficiencias jurídicas en cuanto a la determinación de medios probatorios que permitan demostrar que Pistorius no solo conoció, sino que tuvo dentro de un proceso de previsibilidad la voluntad de asesinar a su pareja sentimental, lo cual evidencia las dificultades que el elemento volitivo arroja en el concepto de dolo.

Como resultado, de todas las teorías enunciadas dentro de este capítulo, parece ser acertado a quedarse con la idea de que el concepto de dolo debe apegarse más en la actualidad a una perspectiva funcional moderada que no sucumbe ante elementos

subjetivos excesivos, ni tampoco propone presupuestos normativos radicales. Por lo que parece ser idóneo mencionar que dentro de la vasta teoría del dolo es preferible comprender que el mismo es solo conocimiento y no voluntad, lo cual arroja en la práctica análisis jurídicos mucho más cercanos a la realidad y permite interpretar de mejor manera los complejos casos en los cuales el dolo no se configura de forma directa sino eventual.

Este análisis es explicado por Greco (2017) al momento de analizar el dolo en el Código Penal Portugués. El autor enuncia que es común observar en la mayoría de los libros de Derecho Penal la determinación de conciencia y voluntad en la estructura conceptual del dolo, pareciendo ser que es indispensable que confluyan ambos elementos para garantizar la existencia de esta categoría subjetiva del tipo. Sin embargo, el autor en su obra demuestra mediante casos ejemplificativos las deficiencias de esta postura conceptual.

Greco plantea el supuesto del joven que teniendo que rendir una prueba el día siguiente decide no estudiar, salir de fiesta y una vez que ha culminado su diversión nocturna decide ir directo a la escuela a rendir su examen. Una vez que el joven termina de rendir su prueba y fracasa, le menciona a su amigo “Yo no quería sacar una mala calificación”, mientras que su amigo le responde: “Tú sabías que tenías que estudiar”. Analizando este supuesto en concreto se podría afirmar que desde una perspectiva finalista no podría configurarse este elemento subjetivo, puesto que el joven no tenía la voluntad de sacar una mala calificación, evidenciando que el dolo desde esta postura es un presupuesto psicológico, sin embargo, cuando su amigo le responde acerca de la obligación que tenía de estudiar se presenta un criterio de conocimiento de dolo en el aspecto normativo. Por tanto, nuevamente el simple conocimiento llega a generar soluciones más prácticas al momento de analizar el dolo dentro de un caso concreto.

Ahora bien, a veces se suele confundir que el elemento conocimiento es también un presupuesto psicológico cognitivo que nada tiene que ver con un elemento objetivo. Para comprender estos argumentos Greco (2017) modifica el ejemplo previo y determina que el muchacho en lugar de ir de la discoteca hacia el colegio decide

acompañar a su madre a realizar diligencias que requerían de un carácter urgente, sin pensar en un minuto en el examen que debía acudir de manera personal. Es en este contexto que el joven podría aseverar en lo posterior no ser merecedor de una mala calificación porque ha olvidado la prueba, es decir, de cierta manera él no tenía conocimiento de su examen, sin embargo, en cualquier momento un amigo suyo le podía haber respondido “Si conocías que había prueba”. El autor menciona que a pesar de que los interlocutores de esta conversación estarían hablando el mismo idioma, en el ámbito jurídico, se encontraría en una comunicación diversa. Pues el muchacho que rinde el examen expresa la palabra “saber” desde una perspectiva psicológica, mientras que su compañero de aula lo hace en un sentido jurídico – objetivo.

En consecuencia, las teorías funcionales moderadas y radicales entienden que el dolo no puede estar sujeto a elementos psicológicos, sino que el conocimiento refiere a un presupuesto normativo más no psíquico, puesto que si volvemos a limitar el elemento conocimiento a la mente del sujeto se llega a recaer en el mismo problema de imposibilidad de configuración de dolo en el análisis del caso, debido a que en el ejemplo presentado basta con que el joven menciona que no conocía que tenía examen para que el elemento conocimiento no se llegue a configurar. No obstante, cuando el compañero le menciona que él sí conocía la existencia de la prueba porque se la había comunicado la profesora hace dos semanas y él simplemente la había olvidado, es aquí que se presenta una noción de conocimiento en el dolo de índole objetiva y normativa porque el conocer refiere a que el estudiante tiene dentro de sus mandatos jurídicos la obligación de ser responsable de su agenda estudiantil, por lo que para que se configure el dolo basta con que el autor conozca el posible riesgo de lesión al bien jurídico frente a los elementos del tipo objetivo.

Considerar decisiva para el dolo la voluntad de quien actúa significa, en último, atribuir a quien realiza esa acción la competencia para decidir si hay o no dolo. Ocurre que no es el agente, sino el derecho el que ejerce esa competencia. No se puede delegar al arbitrio del autor tal decisión, pues de otro modo - dicho ahora con base en nuestros ejemplos- todo aquel que realiza una acción peligrosa para la vida de la víctima puede eximirse de responsabilidad por dolo, si tuviera una

segunda intención incompatible con la muerte de esta, como por ejemplo la intención de cometer una violación (Greco, 2017, p.24)

Greco (2017) refiere que el dolo no sólo puede ser conocimiento desde una esfera normativa, sino también psicológica puesto que es una categoría subjetiva que nace de la psiquis del sujeto y le permite al individuo tener dominio del hecho criminal. Por estas consideraciones el funcionalismo moderado y radical siguen debatiendo el alcance de sus teorías en cuanto a la delimitación de la figura subjetiva llamada dolo. Sin embargo, es correcto lo que Greco menciona al determinar de que, si el dolo es solo conocimiento, ya no tiene sentido dividirlo en categorías que van a estar determinadas por la voluntad, por lo que no sería correcto hablar de clases de dolo cuando este se vuelve uno solo si es que se prescinde del elemento volitivo. En capítulos posteriores se examinará a cabalidad el alcance de la figura del dolo en la legislación ecuatoriana y la interpretación que los jueces puedan darle a dicho elemento subjetivo a fin de comprender si es que las teorías enunciadas en este capítulo pueden ser aplicables en la legislación ecuatoriana.

CAPÍTULO 2.- LA REGULACIÓN DEL DOLO EVENTUAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA FRENTE A LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DE LA NORMA PENAL.

1. Reglas de interpretación de la norma penal.

El estudio de la ciencia jurídica tiene como actividad fundamental la interpretación del contenido de las normas que forman parte del marco jurídico de un Estado, por lo que, el ejercicio interpretativo es una conducta fundamental para quienes deseen conocer el contenido de las exposiciones normativas. Según Maritán (2019) los juzgadores, no son únicamente simples aplicadores de normas textuales y literales, sino que tienen el deber jurídico de interpretar dichas disposiciones. Misma situación se produce para todos aquellos que deseen encontrar el sentido de una norma vigente.

Por consiguiente, la interpretación es la base por la cual los destinatarios de las leyes pueden encontrar el sentido de la disposición frente al hecho o circunstancia que se desea regular. Laguna et al (2022) concuerdan en que la actividad interpretativa de la norma garantiza la correcta aplicación de las leyes del Estado materializando una justicia que se adecue a los principios de un debido proceso judicial.

Por tanto, de las ideas expuestas se conceptualiza la interpretación jurídica como aquella operación lógica normativa por medio de la cual las personas encuentran el sentido como alcance del ámbito de aplicación de una o varias disposiciones jurídicas con el objeto de regular una situación determinada.

Ávila Santamaria (2011) comenta que la implementación de la Constitución del año 2008 transformó la reestructura del Estado que condujo a una modificación del sistema jurídico que busco la implementación de la teoría neoconstitucional europea al sistema jurídico ecuatoriano. Esta nueva teoría del derecho se caracterizó por la

aplicación de nuevas formas de interpretación de la ley dejando de lado la clásica hermenéutica textual y literal que consagra el Estado de Derecho.

Por tanto, en la actualidad las normas deben ser interpretadas en el sentido que en mayor medida se ajuste a la aplicación de los derechos consagrados en la constitución, siendo estos el centro y fin de la actividad estatal.

Es bajo esta perspectiva que autores como Zaffaroni (Laguna et al) precisan que un Derecho Penal efectivo y protector es aquel en el cual el *Ius Puniendi* no tiene como fin únicamente el excesivo castigo e imposición de penas, sino aquel que se basa en el debido respeto y observancia que los derechos fundamentales consagrados en la norma constitucional suprema en los tratados internacionales. De esta forma, desde esta visión constitucional, el Derecho Penal debe adecuar su interpretación a los derechos y garantías que se derivan del concepto mismo de dignidad humana permitiendo la existencia de una norma penal más humana que se aleje del castigo como eje central de un sistema penal inhumano.

Sin embargo, la regulación jurídica que determina el Código Orgánico Integral Penal, no siempre se apega a una interpretación más favorable a los derechos, debido a que se posibilitará una hermenéutica extensiva de la ley penal lo cual en la materia referida está prohibido.

El artículo 13 del Código Orgánico Integral Penal (2023) presenta dos clases de interpretación para las normas penales ecuatorianas. En primer lugar, siendo fiel al espíritu constitucional se determina que toda ley penal debe ser analizada y aplicada en el sentido que más se ajuste a las disposiciones contenidas en la norma constitucional fundamental y en los instrumentos internacionales de los derechos humanos.

Sin embargo, la disposición que se analiza también determina que el catálogo de delitos y sus penas se interpretarán de forma estricta y literal por lo que se encuentra totalmente prohibido toda clase de hermenéutica extensiva o análoga que tienda a ampliar las determinaciones jurídicas en las que se han redactado las leyes penales.

2. Código Orgánico de la Función Judicial en la utilización de doctrina para sustentar fallos judiciales.

Con la aparición del neoconstitucionalismo en el derecho ecuatoriano se determinó una nueva teoría jurídica en la cual las fuentes del derecho se diversificaron a tal punto que la ley positiva dejó de ser el único instrumento por el cual se regulaba la vida en sociedad. Flores (2023) cuenta como los sistemas romano germánicos pasaron de ser determinados por el imperio de la ley, a regirse a través de un sistema garantista de derechos que sirva como eje para la legitimidad de la norma y las metas del Estado.

La autora menciona que antes de que se produzca la Revolución Francesa en el año de 1789 los sistemas estatales absolutos o monárquicos eran los que determinaban las riendas que debía seguir una comunidad humana, sin embargo, con la revolución se deja atrás la idea del Estado absoluto para trascender a un denominado Estado legal o Estado liberal de derecho. El nuevo ente estatal tenía por objeto concentrar el poder político ya no en una sola persona, sino en un órgano pluripersonal denominado parlamento, dentro del cual los aristócratas de la época promulgaban leyes como fuentes jurídicas únicas destinadas a regular los principios de libertad e igualdad formal que consagra la revolución. En consecuencia, la ley positiva era el único instrumento por el cual surgía el derecho.

Posteriormente, con el transcurso del tiempo se empezaron a observar deficiencias en el manejo del estado legal, debido a que las clases sociales más bajas no encontraban en las leyes aristócratas vías para la satisfacción de necesidades básicas humanas, lo cual produjo que se ponga en tela de duda la finalidad y objetivo del Estado determinando que el mismo no debe promover una igualdad únicamente formal sino también material fundamentada en derechos y principios.

Con las ideas expuestas surge a inicios del siglo XX el denominado Estado social de derecho, con el cual se pretende que el ente estatal otorgue el bienestar a sus ciudadanos mediante la satisfacción de derechos sociales, económicos y culturales o de tercera generación.

El dolo como elemento de la tipicidad subjetiva del delito, es un presupuesto indispensable para explicar el actuar del sujeto en cuanto a la ejecución del hecho punible, sin embargo, el mismo no se agota con su contenido general y directo en primer grado, sino que de conformidad a Salazar (2021) ha trascendido a una clasificación que engloba diversas categorías. Con estos antecedentes empezó a determinarse la idea de que los derechos constitucionales tienen que ser fundamento vinculante que otorgue validez y vigencia a las leyes, provocando que las fuentes del Derecho se multipliquen. Es así como, con el fin de la Segunda Guerra Mundial en Europa comienzan a estructurarse Estados Constitucionales en los cuales los principios y derechos humanos tienen plena vigencia de aplicación, siendo por estos los presupuestos que dan validez a la pirámide kelseniana que rige en la vida del Estado. Son estas características jurídicas las que llevaron a que en el año 70 se hable de una nueva teoría normativa denominada neoconstitucionalismo.

Ávila (2011) enuncia que el neoconstitucionalismo se caracteriza por la multiplicación de las fuentes del derecho en la cual la ley positiva deja de ser la única herramienta jurídica del Estado, sino que también ésta se complementa en base de los derechos humanos, los instrumentos internacionales, la doctrina y la jurisprudencia, teniendo el poder judicial un rol protagónico en la vigencia estatal de las normas, ya que los juzgadores tienen diversas fuentes por las cuales pueden motivar sus pronunciamientos a fin de resolver un problema legal. Por lo tanto, la parte motiva de una sentencia no versará únicamente en la aplicación de una ley positiva, sino que deberá tener diversas fuentes jurídicas como la doctrina, la jurisprudencia, la costumbre y los instrumentos internacionales de derechos humanos para garantizar una tutela judicial efectiva.

Esta teoría, fue aplicada en la Constitución del 2008 en el Ecuador, por lo que se reestructuró el ordenamiento jurídico estatal en lo que respecta a diversas ramas jurídicas incluyendo a lo penal. No solo se dictó una nueva norma punitiva que condensó la parte sustantiva, instrumental y penitenciaria del Derecho Penal, sino también se crearon cuerpos jurídicos como el Código Orgánico de la Función Judicial el cual tuvo por objeto estructurar la parte organizativa de la Función Judicial, a más de ser norma supletoria en cuanto a los otros códigos adjetivos.

El Código Orgánico de la Función Judicial reconoce esta pluralidad en las fuentes jurídicas al establecer lo siguiente:

Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República. No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de estas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia. Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia (Código Orgánico de la Función Judicial, 2023, artículo 28).

El conflicto se presenta en el hecho de que la doctrina no siempre va de la mano con lo que determina la normativa vigente de un Estado, por lo que los juzgadores de la Función Judicial Ecuatoriana no podrían aplicar conceptos doctrinales que se alejen de lo jurídicamente reconocido, a menos que exista una reforma legal que adhiera esta nueva postura doctrinaria.

El artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial determina que los juzgadores podrán aplicar la doctrina para la motivación de sus sentencias generando que bajo esta perspectiva legal sea viable la utilización del dolo eventual en las resoluciones judiciales de la Función Jurisdiccional Ecuatoriana, demostrándose la pluralidad de fuentes del derecho que determina la nueva Constitución Ecuatoriana.

Además, que el juzgador aplique mediante una norma supletoria como es el caso del Código Orgánico de la Función Judicial, una figura doctrinal que no se encuentra expresamente reconocida en la ley penal vigente, pondría en tensión y conflicto a las normas de interpretación restrictiva de la ley punitiva ecuatoriana, que constituyan disposiciones que priman por criterio de especialidad.

Entonces, surge la siguiente pregunta de investigación ¿Se debe implementar la figura del dolo eventual en el artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal, para permitir la aplicación de dicha figura en la legislación ecuatoriana?, cuestionamiento que a primera vista permite observar un conflicto de antinomias jurídicas desde dos puntos de vista:

. Primero, colisión entre dos cuerpos normativos orgánicos (Código Orgánico de la Función Judicial artículo 28, inciso 3ero vs artículo 13, numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal), en cuanto a qué cuerpo legal prima en el ordenamiento jurídico vigente.

. Segundo, antinomia jurídica entre los artículos 13, numeral 2 y artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal conjuntamente con el artículo 28 inciso 3ro del Código Orgánico de la Función Judicial.

3. El dolo en el Código Orgánico Integral Penal (Ausencia de dolo eventual).

La historia del dolo en el Código Orgánico Integral Penal ha evolucionado desde la promulgación de este cuerpo legal. En sus inicios el artículo 26 establecía que el dolo se define como la intención de producir un daño, situación que era errónea en virtud de que si se utilizaba el concepto civilista de dolo olvidándose que en la dogmática penal este elemento subjetivo trasciende más allá de las meras definiciones romanistas del Derecho Privado.

El dolo jamás podría ser entendido como la intención de producir un daño debido a que los criminales al momento de perpetrar sus actos no siempre tienen la intención de provocar un resultado lesivo bajo la modalidad de “daño”. Por ejemplo, el que comete un delito de violación no necesariamente lo hace con la finalidad de generarle un daño a la víctima, sino que la intención del sujeto se puede encontrar en satisfacer

instintos sexuales, por otra parte, la persona que hurta o roba con la intención de subsistir no ejecuta la conducta punible con la finalidad de producirle un daño a la víctima, sino que lo hace con el objeto de percibir ingresos económicos que le permitan satisfacer sus necesidades.

Por consiguiente, la definición del dolo que prescribía el Código Orgánico Integral Penal no permitía imputar hechos criminales de forma debida a sus autores, ya que bastaba con que el procesado manifieste que no tenía intención de generar daño para que desaparezca el elemento subjetivo dolo. Por tal situación en fecha 24 de diciembre del 2019 se reforma el artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal determinando la definición del dolo establecida en todo manual clásico de Derecho Penal, aplicándose en la legislación ecuatoriana las teorías volitivas del finalismo de Welzel en el concepto de este elemento subjetivo:

Actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta. (Código Orgánico Integral Penal, 2023, artículo 26).

De la definición establecida se determina que la legislación ecuatoriana requiere de que por la vía procesal se justifique que el procesado tuvo conocimiento y voluntad de los elementos objetivos del hecho punible, limitando bajo el principio de interpretación restrictiva de la ley penal la posibilidad de aplicar teorías dogmáticas modernas y de incluso comprender que el dolo encuentra una clasificación diversa que va más allá de su modalidad directa que se encuentra definida en la norma penal citada.

2. Legislación comparada con respecto al Dolo Eventual.

La técnica jurídica legislativa siempre acarrea un cúmulo de diversos criterios que dependen de la manera en cómo la función legislativa entiende que debe estar

estructurado y redactado un cuerpo normativo. El dolo como figura subjetiva conceptual presenta diferentes definiciones según la teoría dogmática que se ha presentado, no obstante, lo que verdaderamente importa es la manera en cómo se entiende esta figura dentro de la redacción de la norma vigente

La promulgación legislativa es diversa a tal punto que los diferentes marcos jurídicos de los Estados han escogido establecer cada uno su propia definición de dolo o en algunos casos, incluso se ha prescindido de la determinación de un concepto dentro del Código Penal. Ya se observó en capítulos anteriores que al menos la legislación ecuatoriana reconoce una definición de dolo que se incrusta en una teoría finalista volitiva de la acción, por lo que en este subtítulo se pretende examinar. Cómo se estructura el dolo en diversas legislaciones que comparten con el Ecuador el sistema jurídico románico germánico.

En primer lugar, se debe exponer el caso de aquellos cuerpos legales que no determinan un concepto específico de dolo en su integridad semántica. Niño (2017) cuenta que el presidente de la comisión encargada de redactar el Código Penal, decidió no conceptualizar la figura del dolo dentro del marco jurídico argentino, con el objetivo de eliminar cualquier debate dogmático sobre el alcance teoría a la que debe obedecer esta concepción subjetiva dentro de la teoría del delito.

Es interesante entonces indicar que la legislación argentina es abierta en cuanto a la concepción de dolo que desea implementarse, sin embargo, Niño (2017) cuenta de forma acertada que en el año 2014 el tratadista Zaffaroni otorgó a la cámara de diputados un proyecto de reforma al código penal argentino con el fin de eliminar el debate que existía alrededor de la aplicabilidad de la figura del dolo eventual. Para Zaffaroni debía eliminarse esta clasificación del dolo puesto que relegaba el concepto de tipicidad subjetiva dolosa a teorías netamente cognitivas prescindiendo del elemento voluntad, el cual para el tratadista es indispensable para la comprensión del tipo del delito.

El proyecto propuesto por Zaffaroni no consiguió la implementación de la definición de dolo directo en el Código Penal de la nación, quedando el cuerpo legal aún sin un concepto claro de la figura referida. El artículo 34 de dicho cuerpo normativo determina en su numeral 1 que es una causa de inimputabilidad el error que tiene la persona sobre los hechos, lo cual produce más confusión puesto que se observa que el error de tipo se trata en la culpabilidad mas no en l tipicidad, manteniendo el Código Penal argentino un vestigio causalista en su concepto de dolo puesto que lo ubica en la categoría de culpabilidad.

Niño (2017) comenta que este conflicto se resuelve con la interpretación del artículo 42 del Código Penal argentino el cual define a la tentativa como “El que, con el fin de cometer un delito determinado, comienza su ejecución”. De la cita de la disposición se observa que la finalidad e intención de la ejecución delictiva es determinante para comprender la naturaleza de la tipicidad, por lo que Zaffaroni entiende que este artículo es el que otorga luces en el Código Penal argentino para comprender que el dolo es el conocimiento y voluntad de los presupuestos objetivos del tipo penal. Por lo que no tendría sentido afirmar que en la legislación argentina existe la figura del dolo eventual puesto que la misma no está expresamente reconocida, ni tampoco se lo puede deducir de la interpretación de una disposición específica.

En segundo lugar, se presentan aquellos casos en los cuales los legisladores que los promulgaron comprendieron indispensable la conceptualización del dolo en la estructura del cuerpo legal. El artículo 5 del Código Penal Español determina “No hay pena sin dolo o imprudencia” mientras que en el artículo 10 determina de forma expresa “son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”. Este es uno de los códigos que si bien no establece un concepto de dolo al menos menciona las diferentes categorías en las que se divide la tipicidad subjetiva, a diferencia del argentino que no realiza tal distinción. Por su parte el Código Penal Portugués establece en su artículo 14 la definición de dolo en sus diferentes clases:

Hay dolo en primer grado cuando el agente representando un hecho que se adecua a un tipo penal, actúa con la intención de realizarlo. Dolo directo en segundo

grado, si el agente se representa la realización de un hecho que se adecua a un tipo penal como consecuencia necesaria de su conducta. Dolo eventual si la realización de un hecho que se adecua a un tipo penal fuera representada como consecuencia posible de la conducta, conformándose el agente con aquella realización (Código Penal Portugués, 2017, artículo 14).

Igual situación sucede con el Código Penal de Austria, el cual determina en su párrafo número 5 diferentes clases de dolo:

El Código Penal de Austria, a través de los tres incisos de su párrafo 5º, establece que actúa intencionalmente el autor que trata de realizar la circunstancia o el resultado para el que la ley presupone una actuación intencional; con dolo directo (sic) cuando aquél considera que la circunstancia o resultado para el que la ley presupone dolo directo, no solamente es posible, sino que tiene por cierta su ocurrencia o realización; y con dolo eventual cuando el autor considere seriamente la realización del resultado como posible y se conforme con él (Niño, 2017, p.6).

Finalmente, el Código Penal de Cuba también define las diferentes clases de dolo en su artículo 9 al establecer que:

El delito puede ser cometido intencionalmente o por imprudencia”. El delito es intencional cuando el agente realiza consciente y voluntariamente la acción u omisión socialmente peligrosa y ha querido su resultado, o cuando, sin querer el resultado, prevé la posibilidad de que se produzca y asume este riesgo (Código Penal de Cuba, 1987, artículo 9).

Como se puede observar son diversos los códigos que han optado por establecer una clasificación diversa de dolo dentro de sus legislaciones, a fin de comprender de que esta figura jurídica tiene diversos elementos conceptuales que deben aplicarse a cada una de las situaciones criminales que se juzgan dentro de la administración de justicia, otorgándole a los funcionarios jurisdiccionales la posibilidad de encontrar en

la norma marcos jurídicos claros dentro de la teoría del delito adoptada en un país. Por otro lado, existen códigos como el brasileño o italiano que exclusivamente se limitan a establecer una definición genérica de dolo, situación que ha traído debate entre los académicos de cada país con respecto al alcance de la definición legal.

El artículo 18 del Código Penal de Brasil únicamente menciona que: “Se dice doloso el delito cuando el agente quiso el resultado o asumió el riesgo de producirlo, en tanto que se dice culposo cuando el agente dio causa al resultado por imprudencia, negligencia o impericia”. Es decir, la legislación brasileña al igual que la ecuatoriana se limitan exclusivamente a establecer un concepto de dolo genérico que se asemeja a la definición de dolo en primer grado no existiendo espacio para el reconocimiento del dolo eventual dentro de la normativa brasileña.

Similar situación sucede con el Código Penal Italiano, el cual en su artículo 43 ordena que:

El delito es doloso -o según la intención- cuando el evento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción u omisión y de la cual la ley hace depender la existencia del delito, es previsto por el agente y querido como consecuencia de la propia acción u omisión; y preterintencional o ultra intencional, cuando de la acción u omisión deriva un evento dañoso o peligroso más grave de aquel querido por el agente; y es culposo -o contra la intención-, cuando el evento, aunque previsto, no es querido por el agente y se verifica a causa de negligencia o imprudencia o impericia, o bien por inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes o normas disciplinarias (Niño, 2017, p.4).

El Código Italiano utiliza la predicción y el querer en su definición genérica de dolo lo cual generó que en el país exista un debate sobre si podía o no ser reconocido el dolo eventual en la legislación italiana. (Niño, 2017). Lo mencionado es correcto puesto por como menciona Greco (2017) la mayor parte de códigos penales que establecen una definición genérica del concepto de dolo deciden implementar la teoría finalista de la acción y limitarse a conceptualizar el primer grado de la figura referida al utilizar

palabras como conocimiento y voluntad, conciencia y querer, a sabiendas y con intención, etc.

Se debe recordar que, en el anteproyecto de reforma al Código Penal Argentino, Zaffaroni propuso que al establecer una definición de dolo en base a un elemento volitivo y cognitivo elimina el dolo eventual como clasificación de la tipicidad del injusto penal, puesto que el mismo generaba un margen de incertidumbre en cuanto a la concepción originaria del dolo. El autor argentino entendía que eliminar la voluntad como elemento constitutivo del dolo menoscaba su esencia jurídica, por lo que creía que era indispensable eliminar el dolo eventual de la normativa argentina nacional.

Greco (2017) en contraposición determina que se debe eliminar el elemento voluntad del concepto de dolo y reducirlo al mismo al mero conocimiento en base a un análisis que efectúa de las definiciones dolosas que establece el Código Penal Portugués en su artículo 14. El autor refiere que el único elemento psíquico que debería existir para efectuar el dolo es el simple conocimiento, lo cual eliminaría la clasificación de las diferentes clases de dolo y se permitirá que en esos supuestos el código abarque una definición genérica en la que se presente cada subtipo y clasificación doctrinal establecida.

Por tanto, en las ideas expuestas se infiere que, si los códigos penales desean establecer una definición genérica de dolo deben establecer un concepto que compatibilice con toda la clasificación doctrinal establecida a fin de que no exista margen de duda sobre si se puede o no aplicar un concepto de dolo que forme parte de su diversa clasificación.

Como se puede observar de la normativa comparada existen códigos como el cubano, el portugués, el austriaco los cuales han procedido a conceptualizar las diferentes subclasificación de dolo a fin de evitar problemas de interpretación. No obstante, aún no existe un código que haya establecido una definición genérica de dolo

que abarque en un solo concepto sus tres clases, sino que únicamente se ha determinado un concepto finalista que reconoce un concepto de dolo en primer grado produciendo dudas la posibilidad de encajar en dicho concepto al dolo indirecto y dolo eventual.

El problema con respecto a si se puede o no aplicar el dolo eventual en una legislación que únicamente reconoce un concepto finalista de dolo directo en primer grado se llega a presentar, ya que la norma penal siempre debe ser interpretada en sentido estricto, es decir, no puede generarse ninguna clase de hermenéutica que vaya más allá del tenor literal de la norma. En el caso ecuatoriano, la norma penal encuentra en su artículo 13 la exclusividad estricta de interpretación de las leyes penales, por lo que no cabe ninguna clase de analogía o extensión en el contenido de alcance de una disposición jurídica penal.

Si se define al dolo desde una posición finalista y no se encuadran los conceptos de las varias clases de dolo que reconoce esta teoría, se estaría vulnerando dicho principio de exclusividad interpretativa de la norma penal a momento en el cual tanto profesionales del derecho como juzgadores decidan utilizar el concepto de dolo indirecto o dolo eventual para fundamentar teorías del caso o motivar sentencias judiciales.

Si bien el Código Orgánico de la Función judicial permite a los jueces motivar sus decisiones por medio de la doctrina como fuente del derecho, no es menos cierto que dicha doctrina tiene que ser aceptada por la legislación vigente, debiendo recordarse que los comentarios académicos sobre la dogmática penal son variados y complejos, debido a que en la actualidad el dolo es un concepto que se encuentra en constante evolución a tal punto que las teorías funcionales moderadas o radicales ya han ido superando poco a poco la vieja concepción finalista que establece el Código Orgánico Integral Penal.

Por tanto, en el capítulo posterior se buscará analizar en un caso práctico la necesidad de incluir al dolo eventual en la legislación ecuatoriana ya que se trata de un mecanismo de imputación trascendental al momento de generar justicia en el

juzgamiento de hechos criminales que se producen en el país, con el objeto de mostrar su necesaria conceptualización en el artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal.

CAPÍTULO 3.- LA APLICACIÓN DEL DOLO EVENTUAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

1. Análisis del proceso 01658-2020-00431

1.1 Antecedentes.

Los presupuestos fácticos que rodean al caso se suscitaron en fecha 24 de noviembre del año 2020 en la parroquia Zhumiral, barrio Juventud del cantón Ponce Enríquez provincia del Azuay. En el lugar y hora mencionados el procesado Jorge C. se encontraba teniendo una discusión con su esposa Maria M. quien para evitar los maltratos del procesado procedió a huir y buscar refugio en la casa de su vecina, la víctima Delia B. Jorge C ingresó al domicilio de Delia B. con el objeto de herir a su cónyuge Maria M, sin embargo, Maria M logró huir del domicilio por lo que el procesado procedió a perseguirla con un machete y una escopeta.

Resulta que de la persecución de Jorge a su esposa este no logra encontrarla, por lo que en furia el procesado regresó al domicilio de Delia B y le menciona que “Por vieja alcahueta te voy a quitar la vida”. Una vez proferida dicha frase el procesado disparó su escopeta de perdigones de los cuales varios de ellos impactan en el rostro de Delia B. No obstante, al momento del disparo la víctima se encontraba cargando en brazos a su hija Hada M. quien tenía la edad de un año y seis meses, siendo la infante quien recibe la mayor parte del impacto de proyectiles de los perdigones disparados por la escopeta, por lo que la menor pierde la vida y el procesado intentó huir.

Los vecinos del lugar al ser alertados proceden a aprehender a Jorge C. para posteriormente entregarlo a las autoridades competentes. Cabe mencionar que Delia B. sobrevivió al disparo siendo víctima de lesiones, que posteriormente permitió la existencia de un concurso real de infracciones. Finalmente se indica que la defensa del procesado se circunscribió a proponer la teoría de que el procesado cometió el delito de

homicidio culposo, ya que nunca existió el dolo de ejecutar los elementos objetivos del delito de asesinato.

1.1.1 Debate jurídico.

Con respecto al debate presentado, la fiscalía mencionó que se trataba de la existencia de una actuación dolosa, ya que el procesado usando un arma de fuego terminó con la vida de una menor a más de lesionar la integridad física de la madre. Fiscalía entiende que se ha probado la materialidad de la infracción con el testimonio de los peritos que realizaron el reconocimiento del lugar de los hechos y el informe médico legal, determinando el espacio geográfico en donde se produjo el delito y la indicación de las lesiones sufridas por la niña, heridas localizadas en el cráneo en base a seis orificios de entrada de proyectiles de perdigones, hecho que causó la muerte por hipertensión cerebral.

Además, la pericia balística determinó que el arma utilizada por el procesado era apta para generar los daños mencionados a más de determinar que dicha arma disparó la vaina servida. Así mismo, se justifica la responsabilidad penal del procesado mediante el testimonio de la víctima Delia B. quien contó que el procesado disparó la escopeta de perdigones en contra de su humanidad y la de su hija, disparo que fue con la clara intención de generar la muerte, hecho que se corroboró con el testimonio de cinco personas que pudieron vislumbrar el hecho.

De igual manera la prueba de barrido electrónico en la muestra tomada en las manos del procesado, permitió determinar que en la mano derecha del procesado se podía encontrar residuos del disparo, justificando de esta manera la autoría en el hecho que se le imputa.

Por su parte con los certificados de nacimiento se justificaba la edad de la niña a fin de demostrar el delito de asesinato. Sus correspondientes agravantes debido a que se trataba de una persona que no podía defenderse a sí misma. Por todo lo expuesto fiscalía acuso al procesado como autor del delito de asesinato tipificado en el artículo

140 del Código Orgánico Integral penal bajo la circunstancia agravante número 3 que refiere a colocar a la víctima en una situación de indefensión o aprovecharse de este hecho, en concurso ideal con el delito tipificado en el artículo 144 del Código Orgánico Integral penal referente al homicidio en relación su modalidad de tentativa conforme al artículo 39.

Por su parte la defensa del procesado alega que su defendido debe ser sancionado, pero de manera objetiva y justa ya que a su criterio se trata de un homicidio culposo frente a la muerte de la menor, mientras que en torno a la tentativa de homicidio sobre Delia B. Se alega que no se ha demostrado la materialidad de esa infracción, ya que no existe un informe médico que haya evaluado esa agresión para posteriormente determinar un tiempo de incapacidad.

A su vez, la defensa del procesado alega que los testigos dan fe que la intención de terminar con la vida era hacia Delia B. mas no contra su hija, por lo que la muerte de la niña es producto de la naturaleza del disparo de perdigones mas no por la intención dolosa del sujeto, por lo que solicita se rechacen las acusaciones hechas por fiscalía

1.2 Motivación.

El tribunal de garantías penales con sede en el cantón Cuenca procedió a analizar el presente caso en base a las alegaciones y pruebas producidas en la respectiva audiencia de juicio. En primer lugar, el tribunal se pronuncia sobre la existencia de la infracción para lo cual fundamenta la misma en base a los cinco testimonios producidos dentro de la causa, con los cuales se justifica que el procesado tenía la intención de poner fin a la vida tanto de Delia B. como de la menor fallecida.

Además, para el tribunal se opone a los argumentos de la defensa del procesado con respecto al hecho de que no existe un reconocimiento médico que acredite las lesiones sufridas por Delia B, deficiencia que no permitiría justificar la existencia de una tentativa de homicidio. En este punto el órgano de justicia entiende que se trata de una displicencia de Fiscalía el no haber ordenado el reconocimiento médico legal, no

obstante, el tribunal entiende que esa situación se encuentra probada en base al disparo de perdigones que lesionaron el rostro de la víctima, disparo que fue efectuado con la finalidad de terminar con la vida de Delia B. al derivarse de testimonios que segundos antes de disparar el procesado emitió la frase “Te voy a matar por vieja alcahueta”

La materialidad también se justifica por el hecho de que la niña tenía heridas de entrada de perdigones en base a seis orificios dentro de su cavidad craneal, lesiones que causaron edema cerebral, hemorragia y laceración con destrucción con parte de tejido, como patologías que originaron la muerte violenta de la menor en base a los proyectiles disparados.

Finalmente, tampoco ha habido discusión para el tribunal sobre el lugar en donde se produjeron los hechos, ya que la pericia de reconocimiento y testimonios permiten ubicar el lugar del hecho criminal que el tribunal juzga, para finalizar con las pericias balísticas se determinó que el arma utilizada estaba en condiciones de ser disparada y que la vaina encontrada en el lugar de los hechos coincide con la vaina testigo utilizaba. Por todo lo expuesto el tribunal considera que se ha probado la materialidad de la acción, en concurso ideal de delitos entre tentativa de homicidio y el delito de asesinato por aprovecharse de la indefensión de la víctima.

Con respecto a la responsabilidad penal el tribunal analiza si el procesado Jorge C. se le puede o no atribuir el acto de haber disparado el arma de fuego en contra de Delia B. y su hija, iniciando la ejecución de su conducta con la finalidad de dar muerte a Delia B. que terminó consumando la muerte de la menor.

En primer lugar, el tribunal empieza refiriendo que en ningún momento la defensa del procesado ha controvertido que fue este el que efectuó el disparo, incluso la teoría de dicha defensa acepta tal conducta, pero limitándose a aceptar la existencia de tentativa de homicidio. Por tanto, de los argumentos planteados más los testimonios practicados el tribunal concluye que no hay duda de que fue Jorge C. quien intentó agredir en primera instancia a su esposa para posteriormente atentar contra la vida de Delia B. y la de su hija, siendo claro que fue el procesado quien disparó el arma.

En segundo lugar, el tribunal analiza el concurso ideal de infracciones previsto en el artículo 21 del Código Orgánico Integral Penal según el cual establece que:

Cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave (Código Orgánico Integral Penal, 2023, artículo 21).

Para el tribunal queda claro que el procesado realizó una sola conducta, es decir, existe unidad de acción al disparar contra la madre que tenía su hija en brazos, afectando con aquella conducta dos bienes jurídicos: integridad física de la madre y vida de la menor. Como resultado con un solo accionar se cometieron dos tipos delictivos homogéneos, pues el procesado con la intención de atentar contra la vida de Delia B. realizó un disparo de arma de fuego, impactará en su cara, no logrando consumar su finalidad pues circunstancias ajenas a la voluntad del procesado lo que generó que no se dan en zonas vitales de la víctima, configurándose el criterio del tribunal el delito de tentativa de homicidio.

Posteriormente el tribunal analiza la responsabilidad penal en la muerte de la menor de edad, no existiendo duda de que el fallecimiento de la menor se produjo por el impacto de perdigones en su cabeza. En este punto el tribunal analiza la tipicidad subjetiva dolosa del autor, examinando si en la unidad de acción de las conductas el justiciable tiene la finalidad de causar la muerte tanto de Delia B. como de su hija. En este punto el tribunal menciona lo siguiente:

Conforme la prueba, se desprende que el procesado al realizar el disparo contra la ciudadana Barreto y por ende dar inicio a la ejecución del tipo, lo hizo con conocimiento de que efectivamente era una persona, su vecina, con conocimiento que usaba un arma de fuego apta para causar daños graves como matar; es decir, actuó con pleno conocimiento de los elementos objetivos del tipo – homicidio- que nuevamente recalamos, no logró consumarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor; ahora, de la prueba, se desprende claramente que el procesado al iniciar la ejecución de su acto, pudo ver

claramente que la ciudadana Barreto tenía a la niña en sus brazos, marcada a la altura su pecho y cuello, zonas donde precisamente realiza el disparo, configurándose por tanto un dolo eventual; pues, se desprende que si bien dispara a la madre, pudo prever como de posible producción el impacto de los perdigones también a la niña que sostenía, sin que ello lo haya detenido, y más bien aceptando su posible realización inició la ejecución del acto; al respecto al dolo eventual se lo define como aquel en el cual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización; en la causa, se desprende que el actuar del procesado es eminentemente doloso, llámese en el caso concreto, dolo eventual (Tribunal de Garantías Penales con Sede cantón Cuenca, 2021, p.11).

En definitiva, estos son los presupuestos que llevaron Tribunal a realizar la adecuación típica del hecho punible que se juzga, con respecto a la acción el Tribunal determinó que se ha probado que el procesado efectuó actos de ejecución idóneos conducentes para cometer la infracción penal, los cuales en este caso consisten en producir la muerte de Delia D. sin que aquello se haya producido por situaciones externas a la voluntad del procesado. En cuanto al tipo penal de asesinato se prueba la existencia de la acción, ya que, el procesado dio muerte a una persona de corta edad indefensa.

En relación a los sujetos, tanto el homicidio como el asesinato determinan un sujeto activo genérico pudiendo ser cualquier persona, individuo que en este caso se denomina Jorge C, cumpliéndose debidamente este requisito. Mientras que, con respecto al sujeto pasivo también tiene una naturaleza genérica pudiendo ser cualquier individuo tanto para el homicidio como para el asesinato, siendo en el presente caso Delia D. para tentativa de homicidio y su hija para el asesinato.

En relación a los medios idóneos para causar la muerte, estos pueden ser de diversa naturaleza utilizados en el presente caso una escopeta de perdigones como medio físico adecuado para producir los resultados lesivos mencionados anteriormente. A su vez, al analizar la tipicidad subjetiva el tribunal determina que se cumple el dolo

exigido tanto como para la tentativa de homicidio como para asesinato, ya que, el procesado tenía conocimiento de los elementos objetivos del tipo bajo la figura del dolo eventual.

Así mismo, el bien jurídico protegido que se ha lesionado es la integridad física de Delia D y la vida de su hija, cumpliéndose la antijuridicidad de índole material que. Exige el Código Orgánico Integral Penal para que se configure este elemento del delito. Por último, el tribunal no encuentra que se haya justificado una situación que ha puesto en tela de duda la capacidad de culpabilidad o la conciencia de antijuridicidad del procesado dentro de la causa, cumpliendo a cabalidad todos los elementos que conforman la teoría del delito.

1.3 Decisión.

Por todo lo expuesto el tribunal de garantías penales del cantón Cuenca decide imponer la siguiente sanción:

como autor directo del delito tipificado y sancionado en el Art. 144 del COIP en relación con el art. 39 del mismo cuerpo legal, esto es TENTATIVA DE HOMICIDIO EN CONCURSO IDEAL CON EL DELITO DE ASESINATO tipificado y sancionado en el art. 140 del COIP con la circunstancia del numeral 2 del mismo artículo; por lo que conforme la regla de punición establecida en el Art. 21 del COIP, se les impone la pena de la infracción más grave; esto es la de 26 AÑOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD, que los cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de Machala, debiendo descontarse el tiempo que ha estado privado de la libertad por esta causa; y, la multa de mil salarios básicos unificados del trabajador en general conforme establece el numeral 14 del Art. 70 de COIP, tomando también la regla de punición mencionada. Respecto a la reparación integral, esta sentencia misma es parte de aquella y la víctima y sus responsables han podido saber la verdad de los hechos y sus responsables; en lo que respecta a los daños y perjuicios, es evidente para los juzgadores, la existencia de un daño material e inmaterial como consecuencia de la infracción,

por lo que se le impone al procesado el pago de cincuenta mil dólares (50.000 USD) como monto razonable que procesado debe entregar a víctima Delia Barreto. Con costas (Art. 629 numeral 1 del COIP), mismas que serán liquidadas judicialmente por el juez de coactivas. Ejecutoriada la sentencia remítase copia certificada de la misma al Centro de Rehabilitación Social de la ciudad de Machala para los fines de ley; y, a la Sala de Sorteos de la Función Judicial del Oro, con sede en Machala, a fin de que se sortee un Juez de Garantías Penitenciarias para lo concerniente al cómputo de la pena y más fines legales pertinentes, de conformidad con los Arts. 667 del COIP y 230 del Código Orgánico de la Función Judicial. Asimismo, ejecutoriado este fallo remítase copia certificada del mismo al Juez de Coactivas para el cobro de la multa y de las costas impuestas. Las disposiciones legales aplicables a esta sentencia se hallan dentro de la misma (Tribunal de Garantías Penales, 2021, p.18)

1.4 Análisis personal del caso.

El presente trabajo tiene como finalidad examinar la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Cuenca dentro del proceso judicial nro. **01658-2020-00431**, en el cual se determinó la responsabilidad penal del ciudadano Jorge C por la comisión de los delitos de tentativa de homicidio y asesinato. A continuación, se procederá a efectuar un razonamiento lógico jurídico por medio del cual se demostrará que el concurso ideal de infracciones realizado por el Tribunal referido, adolece de errores en cuanto a la hermenéutica penal referente a la tipicidad subjetiva de los injustos ponderados.

Primero, en la sentencia analizada confluye un concurso ideal de dos tipos penales (tentativa de homicidio a Delia B, y asesinato de la niña Alda M). El concurso ideal de infracciones es aquel en el cual una conducta ejecutada por el justiciable puede ser subsumida en varios tipos penales, debiéndose imputar al autor del hecho punible el delito con penalidad más gravosa (Muñoz Conde y García Arán, 2010). Por lo que, en el caso en estudio debe analizarse cómo opera el concurso formal de delitos dentro de los

supuestos fácticos en los cuales el procesado Jorge C disparó a Delia Barreto mientras ésta cargaba a su hija Alda Morocho en sus brazos.

En el caso examinado, se manifiesta que no ha sido acertado por parte del Tribunal de Garantías Penales responsabilizar al procesado por el delito de tentativa de homicidio en contra de Delia Barreto, en razón de que ejecutó la acción de disparar hacia el cuerpo de la víctima manifestando su intención dolosa de “vengarse por alcahuete”, víctima que también se encontraba en indefensión al estar cargando en sus brazos a su hija de corta edad, conforme lo manifestado por varios de los testigos que rindieron su testimonio dentro de la audiencia de juicio. Por consiguiente, con respecto a este análisis realizado por el órgano judicial competente, se evidencia que el procesado ostentaba conocimiento frente a los elementos objetivos que caracterizan al asesinato por indefensión como una acción típica dentro de la legislación ecuatoriana, por lo que el Tribunal debía sancionar al procesado por tentativa de asesinato en indefensión, y no por tentativa de homicidio simple.

Con estos argumentos es notorio que se han cumplido los elementos de la teoría general del injusto como presupuestos idóneos para responsabilizar penalmente la procesado, no obstante, en grado de tentativa, debido a que como determina el artículo 39 del Código Orgánico Integral Penal, la muerte de Delia B no pudo consumarse por situaciones ajenas a la voluntad del autor.

Segundo, es menester preguntarse ¿existe dolo eventual en la ejecución de la conducta del procesado al momento de realizar un actuar que produce la muerte de la niña Alda M.? Ante estos presupuestos fácticos, el tribunal determinó que el procesado es responsable por el injusto de asesinato por indefensión, en virtud de que se aprovechó de la situación de falta de posibilidad de defensa que tiene la menor por el mero hecho de serlo. No obstante, el problema radica en el razonamiento que el tribunal realiza respecto de la tipicidad subjetiva del injusto de asesinato, debido a que, para los jueces del órgano judicial referido, el procesado actuó bajo la figura de “dolo eventual”, situación que trastoca el principio de legalidad y las normas de interpretación restrictiva establecidas en el Código Orgánico Integral Penal.

En conformidad a Salazar (2021), el dolo eventual es aquella figura subjetiva en la cual, el autor deseando producir un resultado lesivo, toma en consideración y representa en su psiquis una posible consecuencia delictual diferente dentro de su finalidad criminal, no la desea en estricto sentido, sin embargo, si se verifica, la acepta como consecuencia de su conducta delictiva, por tanto, el querer efectuar el hecho se encuentra implícito en forma consecuente. Personalmente creo que, desde una perspectiva netamente doctrinal, el dolo eventual aplicaría para explicar el actuar típico realizado por Jorge Cabrera, puesto que es evidente que el justiciable tenía la intención de terminar con la vida de Delia Barreto, no obstante, existía la posibilidad de que su disparo pueda recaer también en la niña que Delia tenía en sus brazos, por lo que bajo este punto de vista el análisis del tribunal no ha sido equivocado.

Sin embargo, se debe recordar que la figura del dolo eventual no tiene cabida dentro de la legislación ecuatoriana en razón de que el artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal, el cual prescribe únicamente la figura del dolo en primer grado:

Actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta.

Entonces, bajo las normas de interpretación restrictiva establecidas en el artículo 13 del cuerpo penal referido, y conforme al principio de legalidad rector en materia punitiva, no es posible aplicar la figura del dolo eventual dentro de la legislación ecuatoriana, ya que la misma no se encuentra reconocida en el ordenamiento jurídico nacional (Merelo, 2020). Por tanto, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Cuenca, ha actuado en contra de norma expresa (artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal), aplicando una modalidad dolosa que no está prevista en la legislación, siendo este el fundamento por el cual no es posible responsabilizar penalmente a Jorge C. por el delito doloso de asesinato, existiendo un yerro en la sentencia analizada.

Además, debe recordarse que el concepto de dolo se encuentra criticado y en constante evolución dentro de la doctrina penal moderna, por lo que si los juzgadores deciden motivar su fallo en base a la doctrina en conformidad con lo. Que determina el

artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, se podría generar un escenario de ambigüedad jurídica, ya que el juzgador deberá escoger entre las tres posturas de dolo que promueve la imputación objetiva penal, adoleciendo el fallo de un criterio uniforme dentro de su estructura.

A su vez, el artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal reconoce una figura dolosa de índole finalista, puesto que la voluntad es un elemento indispensable en la configuración del dolo, por lo que, de lo analizado en la legislación comparada, es indispensable que la legislación defina a las demás clases de dolo para dar cabida al eventual, puesto que, si la norma penal ecuatoriana conceptualizaba al dolo solo como conocimiento ya no sería necesaria la presencia de dichas definiciones.

Si observamos el fallo judicial en ningún momento los jueces del tribunal esgrimen ni citan al artículo 26 de la norma penal vigente, puesto que la teoría del caso utilizada no encuentra un reconocimiento en dicha disposición legal, a pesar de que la figura eventual del dolo explica de manera acertada la tipicidad subjetiva del sujeto frente al hecho que se juzga. Como resultado, el caso que se investiga es un claro ejemplo de que la legislación ecuatoriana necesita reconocer las diversas clases de dolo si es que desea seguir perteneciendo a una corriente de la teoría finalista de la acción, caso contrario seguirá teniendo el mismo problema que aquellas legislaciones como la argentina que no se han decantado por una postura dolosa doctrinal fija.

El delimitar adecuadamente la teoría del dolo es una necesidad imperante en la legislación ecuatoriana, ya que garantiza la seguridad jurídica del derecho penal frente a las diversas modalidades de la interpretación de la norma, asegurando que los juzgados puedan motivar sus fallos en base a normas previas y claras y no queden supeditados a la selección de criterios ambiguos que se encuentran en la doctrina como fuente de derecho accesorio. Como se analizó en este trabajo un caso práctico puede explicarse y resolverse de distintas formas según la teoría del dolo que se aplique, pues en el caso presente el tribunal ha utilizado una teoría funcional moderada ya que miran en el simple conocimiento de los elementos objetivos del tipo la existencia del dolo eventual, prescindiendo de la teoría volitiva del dolo eventual que promueve la teoría finalista.

Lo mencionado es lógico ya que, si se aplica la teoría finalista de la acción, es necesario que al momento del disparo el procesado haya querido también acabar con la vida de la menor, hecho que de sus declaraciones y de los testimonios no encuentra un indicador probatorio fijo que lo determine. No obstante, si se aplica la teoría del dolo eventual en el funcionalismo moderado este se cumple dentro del caso concreto ya que el sujeto conocía que efectuar el disparo con un arma de fuego de perdigones a esa distancia ponía en peligro la vida de la menor, configurándose bajo esta teoría el dolo eventual, esquema doctrinal utilizado por el tribunal y distinto al trasfondo dramático que reconoce el artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal

Por tanto, este es un caso que evidencia el deber jurídica de conceptualizar las diversas clases de dolo al igual que código penal portugués o en su defecto la legislación ecuatoriana debería actualizarse hacia un funcionalismo moderado en el que el dolo sea solo conocimiento y no voluntad, a fin de que dentro de esta definición formen parte las diversas clases de este elemento subjetivo. De esta manera, se podrá maximizar la seguridad jurídica que exige el estado constitucional de derechos dentro de sus teorías de interpretación.

2. Necesidad de implementar la figura del dolo eventual, en el artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal

A pesar de que el Código Orgánico de la Función Judicial permite que los jueces. Motiven sus fallos en la doctrina, esta norma no es suficiente para permitir que el dolo eventual sea aplicado en la legislación ecuatoriana. Esto se debe a que el dolo tiene una connotación teórica diversa que va desde un finalismo hasta unos postulados más actuales como lo son los funcionalismos, por lo que el juzgador se encuentra en una esfera de ambigüedad en la selección de una teoría que más se adecue a un dolo eventual que permita solventar el juzgamiento de un caso en concreto.

De igual manera, el principio e interpretación cerrado que determina el Código Orgánico integral penal para las normas penales limitan las posibilidades del juez en cuanto a la aplicación y una categorización del dolo que se diferencie del concepto

directo establecido en el artículo 26 de dicha ley. Esta hipótesis que se ha planteado tiene su lógica puesto que el mismo Zaffaroni propuso en la legislación argentina que el conceptualizar el dolo como conocimiento y voluntad excluiría de dicha nación toda posibilidad de clasificar el dolo en otros grados que no obedezcan al modo directo.

Esta situación pasa en la legislación ecuatoriana lo cual permite entender de que mientras el dolo se conceptualice en el dolo directo habrá desaparecido en la legislación ecuatoriana la posibilidad de aplicar el dolo indirecto y el dolo eventual dentro de los casos penales con retos que se presentan en la realidad. A pesar de aquello con el fin de generar justicia algunos tribunales penales aplican la teoría del dolo eventual, ya que es el único mecanismo por el cual el justiciable puede ser responsabilizado penalmente al momento en el cual se analiza el elemento de tipicidad.

Esta clase de fallos si bien generan sentencias más justas, también son susceptibles de ser sujetas a recursos de impugnación por indebida aplicación e interpretación de las normas ya que los juzgadores aplican una teoría del dolo en base a la doctrina que no se encuentra reconocida en el artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal y por ende no puede ser aplicada por el principio de interpretación.

Para tales efectos, legislaciones como la portuguesa o austriaca han decidido conceptualizar las diferentes clases de dolo con el objeto de otorgar seguridad jurídica a la sociedad frente a la aplicabilidad de esta figura subjetiva en el juzgamiento de delitos. De esta manera, se evita que exista un debate acerca de que, si existe o no el dolo eventual en la legislación vigente en aquellos lugares en los cuales las leyes otorgan un concepto de dolo directo entendiendo al mismo como conocimiento y voluntad como es el caso de Italia, Ecuador o en su defecio argentina que ni siquiera define al dolo como tal

Es notorio que la legislación ecuatoriana debe dirimir este problema legislativo para garantizar. El derecho a la seguridad jurídica para los ciudadanos, pues el dolo eventual puede incluirse en la legislación ecuatoriana: Primero, si deciden decantarse por una corriente finalista y mantener a la voluntad como elemento del dolo, el art 26

debe ser reformado y agregar al mismo el concepto de dolo indirecto y dolo eventual, permitiendo que estas dos figuras formen parte de la legislación. Segundo, se puede dejar atrás la posición finalista y adecuar una teoría funcional moderada en la cual se establezca simplemente que el dolo es solo conocimiento y ya no voluntad, puesto que el definir al dolo sin presupuestos volitivos incluye en dicho concepto a todas las clases de dolo que ha desarrollado la doctrina.

Por tanto, el concepto de dolo aún necesita una evolución en las leyes ecuatorianas las cuales desde la implementación del Código Orgánico Integral Penal están sujetas a una evolución dogmática que necesita de estudio, academia y jurisprudencia para definir cada uno de los aspectos que rodean a esta figura subjetiva como un elemento esencial de la tipicidad del delito.

CONCLUSIONES.

El dolo es un elemento de la tipicidad subjetiva del delito que ha sido objeto de un alto desarrollo doctrinal a lo largo de los años, el cual ha pasado desde una postura causal, a ser analizado desde una perspectiva subjetiva final, hasta una doctrina funcional objetiva en la actualidad.

En este trabajo se demostró que el dolo presenta una variación en cuanto a su conceptualización, la cual depende de la teoría de imputación que se utilice para su interpretación. Para tales efectos es indispensable examinar la figura en mención desde la doctrina finalista, funcionalista moderada y funcionalista radical.

La legislación ecuatoriana se ha decantado por conceptualizar al dolo desde la teoría finalista de la acción, puesto que el artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal (2023) conceptualiza al dolo como: conocimiento y voluntad de los elementos objetivos del injusto, por lo que el legislador ecuatoriano con la reforma del año 2019 ha decidido estructurar en la figura del dolo el elemento conocimiento, el elemento voluntad ampliando los postulados doctrinales finalistas que tanto se han discutido desde la dogmática funcional.

En este trabajo, también se estudió al dolo en su clasificación eventual, en la que se estableció que esta figura subjetiva presenta dos conceptos diversos dependiendo de la teoría que se utilice para definirlo. Desde la teoría de la representación el dolo eventual consiste en aquel supuesto en el que el sujeto mira el resultado lesivo como probable, y una vez que se le presenta decide hacerlo suyo y ejecutarlo. Entonces, la representación y la previsibilidad del individuo frente al tipo penal es lo que marca la existencia del dolo eventual una vez que el sujeto ha decidido ejecutar dicha conducta cuando se la ha presentado.

Por su parte también se estudió la teoría de la voluntad según la cual no basta con que el sujeto se haya representado como el probable resultado, sino que es necesario

que también haya querido realizarlo siendo el elemento voluntad el que tiene un rol trascendental en la configuración de la figura eventual del dolo.

Personalmente, de todas las tesis estudiadas parece óptimo afirmar que el dolo no sólo puede ser conocimiento desde una esfera normativa, sino también psicológica puesto que es una categoría subjetiva que nace de la psiquis del sujeto y le permite al individuo tener dominio del hecho criminal. Por estas consideraciones el funcionalismo moderado y radical siguen debatiendo el alcance de sus teorías en cuanto a la delimitación de la figura subjetiva llamada dolo. Sin embargo, al determinar de que, si el dolo es solo conocimiento, ya no tiene sentido dividirlo en categorías que van a estar determinadas por la voluntad, por lo que no sería correcto hablar de clases de dolo cuando este se vuelve uno solo si es que se prescinde del elemento volitivo.

Con la aparición del neoconstitucionalismo en el derecho ecuatoriano se determinó una nueva teoría jurídica en la cual las fuentes del derecho se diversificaron a tal punto que la ley positiva dejó de ser el único instrumento por el cual se regulaba la vida en sociedad.

Esta teoría, fue aplicada en la Constitución del 2008 en el Ecuador, por lo que se reestructuró el ordenamiento jurídico estatal en lo que respecta a diversas ramas jurídicas incluyendo a lo penal. No solo se dictó una nueva norma punitiva que condensó la parte sustantiva, instrumental y penitenciaria del Derecho Penal, sino también se crearon cuerpos jurídicos como el Código Orgánico de la Función Judicial el cual tuvo por objeto estructurar la parte organizativa de la Función Judicial, a más de ser norma supletoria en cuanto a los otros códigos adjetivos.

De esta manera en base al neoconstitucionalismo, el artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial determina que los juzgadores podrán aplicar la doctrina para la motivación de sus sentencias generando que bajo esta perspectiva legal pareciera ser viable la utilización del dolo eventual en las resoluciones judiciales de la Función Jurisdiccional Ecuatoriana. En este orden de ideas, bajo los argumentos presentados, si se deseara aplicar la figura del dolo eventual en el Ecuador, se podría estar vulnerando

la regla de interpretación restrictiva de las normas penales establecida en nuestro Código Orgánico Integral Penal. Es en este punto que surge una justificación y motivación que me han llevado a analizar la necesidad de implementar de forma textual la figura jurídica del dolo eventual en el artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal.

Como se mencionó a lo largo de este trabajo los fundamentos que me han llevado a esta conclusión se encuentran primero en la legislación comparada. Se debe recordar que, en el anteproyecto de reforma al Código Penal Argentino, Zaffaroni propuso que al establecer una definición de dolo en base a un elemento volitivo y cognitivo elimina el dolo eventual como clasificación de la tipicidad del injusto penal, puesto que el mismo generaba un margen de incertidumbre en cuanto a la concepción originaria del dolo.

Por otro lado la doctrina portuguesa evidencia que se debe eliminar el elemento voluntad del concepto de dolo y reducirlo al mismo al mero conocimiento en base a un análisis que efectúa de las definiciones dolosas que establece el Código Penal Portugués en su artículo 14, en definitiva el único elemento psíquico que debería existir para efectuar el dolo es el simple conocimiento, lo cual eliminaría la clasificación de las diferentes clases de dolo y se permitirá que en esos supuestos el código abarque una definición genérica en la que se presente cada subtipo y clasificación doctrinal establecida.

Por tanto, en las ideas expuestas se infiere que, si los códigos penales desean establecer una definición genérica de dolo deben establecer un concepto que compatibilice con toda la clasificación doctrinal establecida a fin de que no exista margen de duda sobre si se puede o no aplicar un concepto de dolo que forme parte de su diversa clasificación.

Como se puede observar de la normativa comparada analizada en este trabajo existen códigos como el cubano, el portugués, el austriaco los cuales han procedido a conceptualizar las diferentes subclasificación de dolo a fin de evitar problemas de interpretación. No obstante, en la legislación ecuatoriana aún no se ha establecido una

definición genérica de dolo que abarque en un solo concepto sus tres clases, sino que únicamente se ha determinado un concepto finalista que reconoce un concepto de dolo en primer grado produciendo dudas la posibilidad de encajar en dicho concepto al dolo indirecto y dolo eventual.

El problema con respecto a si se puede o no aplicar el dolo eventual en una legislación que únicamente reconoce un concepto finalista de dolo directo en primer grado se llega a presentar, ya que la norma penal siempre debe ser interpretada en sentido estricto, es decir, no puede generarse ninguna clase de hermenéutica que vaya más allá del tenor literal de la norma. En el caso ecuatoriano, la norma penal encuentra en su artículo 13 la exclusividad estricta de interpretación de las leyes penales, por lo que no cabe ninguna clase de analogía o extensión en el contenido de alcance de una disposición jurídica penal.

Si se define al dolo desde una posición finalista y no se encuadran los conceptos de las varias clases de dolo que reconoce esta teoría, se estaría vulnerando dicho principio de exclusividad interpretativa de la norma penal a momento en el cual tanto profesionales del derecho como juzgadores decidan utilizar el concepto de dolo indirecto o dolo eventual para fundamentar teorías del caso o motivar sentencias judiciales.

Si bien el Código Orgánico de la Función judicial permite a los jueces motivar sus decisiones por medio de la doctrina como fuente del derecho, no es menos cierto que dicha doctrina tiene que ser aceptada por la legislación vigente, debiendo recordarse que los comentarios académicos sobre la dogmática penal son variados y complejos, debido a que en la actualidad el dolo es un concepto que se encuentra en constante evolución a tal punto que las teorías funcionales moderadas o radicales ya han ido superando poco a poco la vieja concepción finalista que establece el Código Orgánico Integral Penal.

Así mismo, del análisis de varios casos presentados se demostró cómo una imputación penal dentro de un mismo supuesto puede variar según la teoría de

imputación objetiva que se utilice, en la cual existirá una variación en la configuración del dolo dentro de cada caso concreto. Esto ha demandado que concluya afirmando que el artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal debe agregar y concepto de toda la clasificación del dolo en su redacción legislativa, o en su defecto limitarse a definir al dolo como conocimiento para incrustarle en un mismo concepto todas las modalidades de esta figura

RECOMENDACIONES

a) Primero, se recomienda reformar el artículo 26 del COIP ya sea clasificando las diferentes modalidades del dolo, o reduciendo su concepto a solo conocimiento en el cual de forma implícita se encuentra toda la clasificación de esta figura

b) Se recomienda a la doctrina ecuatoriana generar mayor estudio y exhaustividad en el desarrollo de la figura del dolo para estandarizar unan teoría unitaria que deje de lado todo su puesto ambiguo de interpretación

c) Se propone al legislador ecuatoriano hacer mayor énfasis en la utilidad que prestan las teorías funcionales moderadas que parecen haber superado a los postulados finalistas que mantienen el Código Orgánico Integral Penal.

BIBLIOGRAFÍA.

Ávila Santamaría, R. (2011). El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008. Editorial Abya-Yala.

Censori, L. G. (2016). El dolo eventual. Revista electrónica Pensamiento Penal, 1-11.

Corte Nacional de Justicia. (18 de enero de 2012). Juicio nro. 478-2011-JG. https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_penal/noviembre2012/R1439-2012-J478-2011.pdf

Greco, L. (2017). Dolo sin voluntad. Nuevo Foro Penal, 13(88), 10-38.

Hassemer, W. (1990). Los elementos característicos del dolo. Anuario de derecho y ciencias penales, 909-932.

Hernández Cabrera, N. (2020). EL DOLO DIRECTO Y EL DOLO EVENTUAL. LA TEORÍA DEL DELITO EN EL PROCESO PENAL. REVISTA DE LA MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL73.

Jakobs, G. (1996). Fundamentos del Derecho Penal. Ad Hoc

Jakobs, G. (2016). La imputación objetiva en derecho penal. Aranzadi/Civitas.

La Nación. (15 de julio de 1999). Diez años de prisión para el custodio que mató a una mujer, <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/diez-anos-de-prision-para-el-custodio-que-mato-a-una-mujer-nid145850/>

Laguna Delgado, K., Rosero Martínez, C, & Méndez Cabrita, M. (2022). La facultad interpretativa del juzgador ecuatoriano desde la Teoría Penal del Derecho de Zaffaroni. *Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina*, 10(especial 1).

Maritán, G. G. (2019). La interpretación del Derecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: estudio doctrinal y legal. *Revista de Derecho*, 39-57.

Palacios Cárdenas, E. A. (2021). El error de prohibición y su falta de tratamiento normativo en los casos de delito cometido por un errado asesoramiento profesional (Bachelor 's thesis, Universidad del Azuay).

Palacios-Cárdenas, E. A. (2021). Error de Prohibición y Asesoramiento Profesional– Caso Leo Messi. *UDA Law Review*, (3), 122-129.

Pawlik, M. (2012). Teoría de la Ciencia del Derecho penal. *Teoría de la Ciencia del Derecho Penal*, 5-34.

Ragués i Vallès, R. (2022). ¿Dolo sin conocimiento?: Reflexiones en torno a la condena por defraudación fiscal de Lionel Messi. A segunda edição da Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal–REDPPC do corrente ano se destaca pelo seu caráter internacional, uma vez que conta com valiosas contribuições de renomados autores da Argentina, Espanha, Itália e Portugal. Nesta edição são tratadas questões de extrema atualidade e de particular relevância para o debate jurídico-penal contemporâneo, tais como: a Lei portuguesa de Crimes Cibernéticos e os problemas na articulação, 10(02), 63.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Civitas.

Salazar, J. (2021). *Derecho Penal Parte General*. Edino

Tribunal de Garantías Penales con sede en el Cantón Cuenca. (25 de octubre de 2021).
Juicio nro. 01658-2020-00431.

Welzel, H. (1970). Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile.