

**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y  
SOCIALES**

**CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:**

**El análisis judicial de la culpabilidad penal: fundamentación  
tradicional y posterior a la reforma penal del 24 de diciembre  
del 2019**

**AUTOR:**

**Geovanny Andrés Vásquez Cedeño**

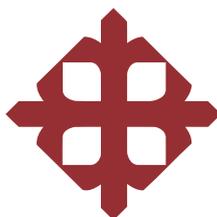
**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de  
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA  
REPÚBLICA DEL ECUADOR**

**TUTOR:**

**Abg. Almeida Delgado, Giancarlo Ladislao**

**Guayaquil, Ecuador**

**18 de febrero del 2020**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES  
CARRERA DE DERECHO

### CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Vásquez Cedeño Geovanny Andrés**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado de los tribunales y juzgados de la república del Ecuador**.

### TUTOR

f. \_\_\_\_\_

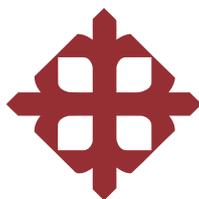
**Abg. Almeida Delgado, Giancarlo Ladislao**

### DIRECTORA DE LA CARRERA

f. \_\_\_\_\_

**Abg. Lynch Fernández, María Isabel**

Guayaquil, a los 18 días del mes de febrero del año 2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y  
SOCIALES**  
**CARRERA DE DERECHO**

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

Yo, Vásquez Cedeño, Geovanny Andrés

**DECLARO QUE:**

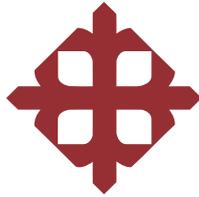
El Trabajo de Titulación, **El análisis judicial de la culpabilidad penal: fundamentación tradicional y posterior a la reforma penal del 24 de diciembre del 2019**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

**Guayaquil, a los 18 días del mes de febrero del año 2020**

**EL AUTOR**

f. \_\_\_\_\_  
**Vásquez Cedeño, Geovanny Andrés**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y  
SOCIALES**

**CARRERA DE DERECHO**

**AUTORIZACIÓN**

Yo, Vásquez Cedeño, Geovanny Andrés

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la publicación en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **El análisis judicial de la culpabilidad penal: fundamentación tradicional y posterior a la reforma penal del 24 de diciembre del 2019**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 18 días del mes de febrero del año 2020

**EL AUTOR:**

f.

---

**Vásquez Cedeño, Geovanny Andrés**

# INFORME URKUND



## Urkund Analysis Result

**Analysed Document:** TESIS Geovanny Vasquez.docx (D63988952)  
**Submitted:** 2/17/2020 3:39:00 AM  
**Submitted By:** maritzareynosodewright@gmail.com  
**Significance:** 1 %

### Sources included in the report:

Lía Selena Matute Tesis.docx (D53246966)  
<https://www.terragnijurista.com.ar/derecho/cap14.htm>  
<https://teoriadelaleypenalydeldelito.files.wordpress.com/2015/08/capitulo-ii-teorc3ada-de-la-accic3b3n-finalista.pdf>

### Instances where selected sources appear:

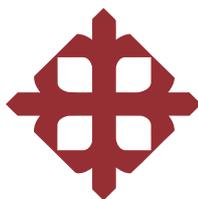
4

## **DEDICATORIAS**

**Dedico este trabajo a mi madre Katty Cedeño Molina, mi abuelo Emilio Cedeño Bajaña, mi primo Santiago Cedeño y a mi único hermano Adrián.**

## **AGRADECIMIENTOS**

**Agradezco a mi familia por el apoyo moral, y en especial a María, Jorge, Leonardo, Ernesto y Manuel. De manera especial a mi papá Geovanny por estar para mí en todo momento.**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS  
Y SOCIALES**

**CARRERA DE DERECHO**

**TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN**

f. \_\_\_\_\_

Dr. José Miguel García Baquerizo

**DECANO DE CARRERA**

f. \_\_\_\_\_

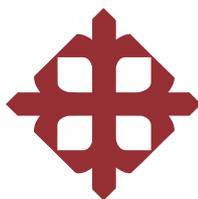
Abg. Maritza Reynoso De Wright

**COORDINADOR DEL ÁREA**

f. \_\_\_\_\_

José Miguel Vélez Coello

**OPONENTE**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**Facultad: Jurisprudencia**

**Carrera: Derecho**

**Periodo: UTE B-2020**

**Fecha: 17 de febrero de 2020**

**ACTA DE INFORME PARCIAL**

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado **El análisis judicial de la culpabilidad penal: fundamentación tradicional y posterior a la reforma penal del 24 de diciembre del 2019**, elaborado por el estudiante **Geovanny Andrés, Vásquez Cedeño**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de (10) (DIEZ), lo cual lo califica como

**APTO PARA LA SUSTENTACIÓN.**

---

**Abg. Almeida Delgado, Giancarlo Ladislao**

**Docente Tutor**

## ÍNDICE GENERAL

RESUMEN.....	XI
ABSTRACT.....	XII
DESARROLLO .....	2
INTRODUCCION:.....	2
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CULPABILIDAD .....	4
CODIGO PENAL VIGENTE ANTES DEL COIP .....	8
CAPÍTULO I.....	9
1.1 BASES CONCEPTUALES DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD:.....	9
VARIANTES TEORICAS: DERECHO PENAL DE ACTO Y AUTOR; Y, DERECHO PERSONALISTA Y TRANSPERSONALISTA.....	9
RELACION ENTRE CULPABILIDAD MATERIAL Y FORMAL.....	11
FUNDAMENTACION FILOSOFICA TRADICIONAL .....	12
CAUSAS DE INCULPABILIDAD .....	13
1.2 PRINCIPALES FORMAS DE FUNDAMENTACIÓN DE LA CULPABILIDAD JURÍDICO PENAL SEGÚN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL .....	15
1.2.1 LA CULPABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL ECUATORIANO (TEORÍA NORMATIVA – TENDENCIA FINALISTA) .....	16
1.2.2 LA CULPABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL MEXICANO (TEORÍA PSICOLÓGICA NORMATIVA – TENDENCIA NEOCLÁSICA O NEO KANTISTA).....	17
1.2.3 LA CULPABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL ARGENTINO (TEORÍA NORMATIVA – TENDENCIA FINALISTA). .....	18
1.2.4 LA CULPABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL ALEMÁN (POLÍTICA CRIMINAL Y TEORÍAS DE LA PENA – TENDENCIA FUNCIONALISTA). .....	21
CAPÍTULO 2.....	26
2.1 PROBLEMAS DEL ANALISIS JUDICIAL INSUFICIENTE .....	26

2.2 ANALISIS JURISPRUDENCIAL .....	27
2.3 LA CULPABILIDAD JURIDICO PENAL EN EL COIP DESPUES DE LA REFORMA.....	34
CONCLUSIONES .....	37
RECOMENDACIONES.....	40
BIBLIOGRAFIA.....	41

## RESUMEN

El presente trabajo de titulación tiene como objetivo analizar, bajo criterios de interpretación dogmáticos-argumentativos y de análisis jurisprudencial; como una perspectiva diferente a la tradicional, del principio de culpabilidad penal, puede proporcionar argumentos para replantearse el análisis judicial del juicio de reproche de una manera en que se realicen mejor los principios jurídicos subyacentes a esta institución jurídica.

No se puede tapar con infraestructuras aparentemente modernas y discursos políticos, el hecho de que la disparidad de criterio judicial existe; se dan casos con supuestos de hecho parecidos en los cuales los resultados son un azar y no poseen la debida uniformidad de criterios, lo que desemboca en diversos resultados tales como: sentencias condenatorias no debidas, sentencias absolutorias que debieron ser condenatorias, se dan decisiones judiciales y fiscales extraoficiales que determinan un cambio en el proceso de imputación que un tipo penal debe seguir, etc. Por lo cual se vuelve necesario desarrollar criterios de fácil entendimiento y aplicación, para obtener como consecuencia la justicia materializada en la uniformidad de criterios judiciales y fiscales al deliberar respecto a la culpabilidad jurídico penal del procesado. Para ello se ha revisado información de distintas fuentes bibliográficas de juristas, cuerpos normativos y jurisprudencia aplicada al caso concreto. Se recurre a una fundamentación de la culpabilidad propuesta por el profesor de la universidad de Sevilla Muñoz Conde consistente en conceptualizar la culpabilidad partiendo de la facultad humana de motivabilidad; y, finalmente, se recurre a las normas objeto de la última reforma penal al C.O.I.P. para resaltar la coherencia existente entre estas normas y la fundamentación de la motivabilidad versus una práctica judicial marcada por la concepción tradicional de la culpabilidad.

**PALABRAS CLAVES:** Principio de culpabilidad, responsabilidad, motivabilidad, exigencias normativas.

## ABSTRACT

The purpose of this degree work is to analyze, under criteria of dogmatic-argumentative interpretation and jurisprudential analysis; as a different perspective to the traditional one, of the principle of criminal culpability, it can provide arguments to rethink the judicial analysis of the trial of reproach in a way in which the legal principles underlying this legal institution are better realized.

One cannot cover up with seemingly modern infrastructures and political speeches, the fact that the disparity of judicial criteria exists; there are cases with similar assumptions in which the results are random and do not have the proper uniformity of criteria, which results in various results such as: convictions not due, acquittal sentences that should have been convicted, judicial decisions are given and unofficial prosecutors who determine a change in the imputation process that a criminal type must follow, etc. Therefore, it becomes necessary to develop criteria of easy understanding and application, in order to obtain as a consequence the justice materialized in the uniformity of judicial and fiscal criteria when deliberating regarding the criminal legal guilt of the accused. For this, information from different bibliographical sources of jurists, regulatory bodies and jurisprudence applied to the specific case has been reviewed. We use a foundation of guilt proposed by the professor of the University of Seville Muñoz Conde consisting of conceptualizing guilt based on the human faculty of motivation; and, finally, the norms object of the last penal reform to the C.O.I.P. to highlight the coherence between these rules and the rationale for motivation versus a judicial practice marked by the traditional conception of guilt.

**KEYWORDS:** Principle of guilt, responsibility, motivability, regulatory requirements.

## **DESARROLLO**

### **INTRODUCCION:**

El tema por tratar es referente al análisis judicial de la culpabilidad, se verá como el enfoque tradicional de este análisis es insuficiente comparado con otros tipos de fundamentaciones o interpretaciones que a esta institución jurídica se le pueden dar, y su uso como criterio racional para el planteo de un análisis judicial del juicio de reproche más coherente con el actual paradigma neo-constitucionalista.

Se verán las falencias que, el análisis judicial que es llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales y demás funcionarios judiciales que intervienen de alguna forma en el procedimiento penal, comenten al desarrollar el tema de la culpabilidad como parte de su mandato de motivación judicial; todo lo cual, a fin de que mediante un análisis jurisprudencial y un estudio comparado, se verifique la mejor opción en cuanto a fundamentación de la culpabilidad penal.

Es un hecho innegable que la fundamentación de la culpabilidad penal, tiene consecuencias en la práctica, en cuanto al análisis judicial llevado a cabo por el juez para motivar su sentencia puede ser diferente dependiendo de lo que este último entienda por culpabilidad, incluyendo el análisis de las causas de inculpabilidad y de atenuación de la responsabilidad penal. Es aquí que vemos como la disparidad judicial de criterios afecta a la justicia.

La disparidad judicial de criterios es un problema que debe ser paleado; primero desde el derecho, mezclando la técnica legislativa con un pragmatismo moderado, de manera que las legislaciones tengan en cuenta problemas como la disparidad judicial de criterios y su respectivo antídoto.

En muchas ocasiones los juzgadores tienden a confundir algunos conceptos jurídicos, y esta situación de confusión se vuelve más densa cuando se tratan de temas que no tienen anclaje en otras ramas del derecho. La culpabilidad jurídico penal es un concepto propio y proveniente del derecho penal. No es lo mismo hablar de la culpabilidad como principio, que hablar de la culpabilidad como categoría dogmática. La culpabilidad como principio permea

a todo el conjunto de las categorías analíticas del delito, mientras que la categoría dogmática de culpabilidad hace referencia a la justificación de la imputación o adscripción de la categoría analítica de culpabilidad.

El principio de culpabilidad es una institución jurídica necesaria dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Cabe señalar que es un criterio que llena de racionalidad a la teoría del delito; la cual es una descripción de los pasos a seguir para verificar que se cumplen los presupuestos de una norma penal y por tanto, además, se deja ver la necesidad de sanción.

En los posteriores acápite se dejara demostrada la necesidad de la culpabilidad como institución, puesto que también existen detractores que plantean el abandono de esta categoría dogmática. Para algunos tratadistas la culpabilidad es el elemento dentro de la teoría del delito, a partir del cual el derecho penal adquiere su carácter liberal. Se sostiene que la eliminación de la culpabilidad seria sacrificar la liberalidad del derecho penal; a partir de un análisis jurisprudencial de ciertos casos, se cumplirá con el objetivo, dirigido a la solución que traiga mayor paridad de criterios y beneficios para las partes procesales. En cuanto a las diversas formas de fundamentación a analizar, se verán todas las variantes que han sido desarrolladas por sistemas jurídicos con tradiciones diferentes.

Por último se verá como la más reciente reforma penal al C.o.i.p. ha dejado sentadas bases normativas para la mayor facilidad de adopción de la propuesta de fundamentación aquí desarrollada.

## ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CULPABILIDAD

Previo a entender las diversas formas de fundamentación del principio de culpabilidad, es menester hacer un análisis del desarrollo histórico de su conceptualización a fin de entender las razones subyacentes en que se apoyan las fundamentaciones.

En la época antigua, el derecho de los pueblos arcaicos suministraba el castigo penal por la sola producción del resultado dañoso; es decir ni para la tipicidad o culpabilidad eran tomados en cuenta los datos subjetivos provenientes del psicologismo, esto es el dolo o la culpa, y ni hablar del conocimiento de la ilicitud del actuar. En esta época una mera relación de contigüidad o semejanza afectiva (familiares del actor, enemigos de la tribu, etc.) era suficiente presupuesto para aplicar una pena, esta es la conocida institución de la “Venganza”; los lazos de causalidad material eran desvalorados. El dogma “no hay delito sin culpabilidad” no tenía valor alguno y en su lugar existía “delito sin culpa”. (Vela Treviño, 1977)

Como avances de la época antigua para el principio de culpabilidad penal destacan: el Código de Hammurabi y el Código de Manu. En el Código de Hammurabi (creado en la antigua Mesopotamia y descubierto por los franceses en Susa 1901 – 1902), según la autora Pilar del Sacoto Merlyn citando a Jean Bottéro sostiene que es uno de los primeros cuerpos normativos en realizar una distinción entre hechos intencionales y no intencionales. En cuanto al Código de Manu (creado en la sociedad antigua de la India y escrito en sanscrito) la misma autora citando a Jiménez de Asúa sostiene que en este cuerpo normativo toman relevancia la índole de los motivos que impulsaron a delinquir. (Sacoto de Merlyn, 2013).

Para autores como Pilar del Sacoto Merlyn y Jiménez de Asúa, es a partir del derecho penal griego donde la idea de justicia comienza perfilarse ya con la culpabilidad penal. La pena comienza a fundarse en bases morales y civiles, ya no religiosas. De esta época lo más destacable para la culpabilidad penal fue la proscripción de las penas colectivas, se da la conquista del carácter individual

de las penas y consiguientemente se sientan las bases de la responsabilidad individual. (Sacoto de Merlyn, 2013).

Desde la época hegemónica del imperio romano hasta la caída del mismo, uno de los mayores aportes al principio de la culpabilidad se registra en la “Ley de la Doce Tablas” para la cual “(...) el concepto de delito requiere la existencia de una voluntad contraria a la ley en la persona capaz de obrar (...)”. (Vela Treviño, 1977).

En la época del imperio romano además se registra un avance para la culpabilidad en la época de Cicerón quien declaró: “(...) Cosa es, dirá alguno, de poca importancia, pero grande la culpa: porque los pecados no se han de medir por los acontecimientos de las cosas, sino por los vicios de los hombres (...)”; y, “(...) nosotros en la vida no debemos mirar la pena que está señalada a cada pecado, sino en cuanto es lícito a cada uno: debemos pensar que todo lo que no conviene hacer es delito, y que todo lo que no es lícito es impiedad (...)”. Por lo expuesto se afirma que Cicerón es quien hace avanzar a la culpabilidad y la sustrae del plano de lo puramente objetivo, responsabilidad por el resultado, para fundarla en la idea de ser la materia para responsabilizar al hombre por sus actos y en razón de sus determinaciones ausentes. (Ciceron, 46 a.c.).

Posterior a la caída del imperio romano, la institución de la culpabilidad comienza volverse menos benigna con el imputado. Aparece el principio “Versari in re licita” según el cual habría culpabilidad no solamente cuando dolo o culpa del agente, sino también cuando hay intención de realizar algo no permitido y se produce un resultado dañoso por mero caso fortuito. Con este principio se pone la atención en la responsabilidad por el resultado. Esta idea perdura hasta el inicio de la revolución francesa en el año 1789. (Vela Treviño, 1977).

Posterior a la revolución francesa el siguiente hito para el principio de culpabilidad, tal como lo conocemos hoy, es traído por autores como ROMANOGSI, CARRARA Y BONESANA (BECCARIA) conocidos artífices de lo que fue llamado, a manera de crítica por sus detractores, “Escuela Clásica”. CARRARA fue quizás el más notorio y aportador de tal saber pensante de la época. Su teoría, anterior a la vigencia del sistema LISZT-BELING, no contaba

con las categorías analíticas tradicionales por lo que para teorizar a la culpabilidad utiliza la conceptualización de imputación.

CARRARA afirmaba que debía existir una escisión entre la teoría de la pena y la teoría de la imputación (teoría del delito de CARRARA); lo cual resulta muy lógico considerando la situación geopolítica del contexto en que propusieron sus ideas, pues se vivía una transición en la que se había eliminado el valladar que el absolutismo político propuesto antes de la revolución francesa había impuesto al pensamiento humano. La teoría de la imputación de CARRARA contemplaba una pura relación entre el delito y su autor; y, entre el autor y la ley moral, presuponiendo el libre albedrío y la responsabilidad humana como principios que servían de base a construcción dogmática. (Carrara, 1859).

La escuela positiva fue la siguiente en tratar de darle cambios al contenido pensante de la culpabilidad, se abandonó el indeterminismo por mor del determinismo, se derrumban las construcciones dogmáticas basadas en la libertad moral, ósea, la voluntariedad sobre el dolo y la culpa, se mantiene la idea fundamental de que el hombre debe ser responsabilizado por sus actos solo que ahora se sustituía la responsabilidad moral por la responsabilidad social consistente en hacer responsable al hombre ante la sociedad por el solo hecho de vivir en ella, se le atribuye a la sociedad en la que el hombre funciona la causas de su comportamiento, se sustrajo el concepto de culpabilidad de la teoría del delito para colocarlo en el estudio relativo al delincuente por medio del empleo de argumentos provenientes de las ciencias que estudiaban los hechos sociales y psíquicos. El eje principal de esta concepción es ver en el delito un problema que tenía sus causas en cuestiones antropológicas, físicas y sociales; y, tener al delincuente como un ser predeterminado para su actuación. Todo esto afirmado principalmente por un gran ideólogo de esta escuela como lo fue FERRI. (Sacoto de Merlyn, 2013).

Posterior al positivismo radical notamos un desarrollo de la culpabilidad por el autor FRANK VON LISZT, autor de la época del positivismo jurídico de tipo moderado. Él concibe a la culpabilidad como acto culpable lo que quiere decir "(...) la acción dolosa o culposa del individuo imputable (...)". De este concepto de culpabilidad se deducen dos ideas; primero para VON LISZT la culpabilidad, como categoría analítica del delito, contiene al dolo y la culpa como formas de

culpabilidad; y, segundo para su desarrollo dogmático no emplea para nada la categoría analítica de “tipicidad”. Cabe señalar que el concepto de culpabilidad manejado por este autor es anterior a la vigencia del sistema LISZT-BELING, es posterior a la creación de este sistema que tenemos a las categorías tradicionales de análisis del delito. Esta concepción se identifica como teoría psicológica de la culpabilidad, mediante la cual se establece un vínculo psicológico entre el autor y su hecho; sin embargo esta teoría afronta críticas, tales como la difícil justificación de la culpa no consciente. (Von Lizst, 1999).

Posterior a todo lo comentado, queda por tratar el avance dogmático de dos autores MEZGER y WELZEL quienes separados por el tiempo compartían algunos postulados referente a la culpabilidad. Es con MEZGER que nace la concepción normativa de la culpabilidad, esta última se fusiona con la concepción psicológica aportada por VON LISZT y se crea una especie de concepción mixta; mientras que con WELZEL se obtienen los principales fundamentos de la tendencia con mayor aceptación en el mundo jurídico hispano parlante.

Para MEZGER podemos exponer su exposición jurídica de la culpabilidad en dos fases. La primera de constatación de tres presupuestos: la imputabilidad consistente en una determinada disposición o estado de la personalidad del agente, la herencia de la teoría de VON LISZT la referencia del vínculo psicológico que une al autor con su hecho y una configuración determinada del hecho, en que circunstancias internas y externas de la acción (ausencia de causas de inculpabilidad). Con estos presupuestos satisfechos se procede a realizar recién el juicio de reproche al autor en que para MEZGER se deben valorar tres aspectos: las partes psicológicas integrantes de la culpabilidad, consistente en analizar el acto de voluntad del autor en el caso concreto; las partes integrantes motivadoras de la culpabilidad, consistente en analizar los motivos del autor; y, las partes caracterológicas de la culpabilidad, consistente en analizar las referencias de la acción a la total personalidad del autor. (Mezger, 2010).

Para WELZEL el eje de su teorización está en su desarrollo de su teoría de la acción finalista. Con el propósito de un mayor respeto a los datos de la realidad y la inclusión de conceptos ontológicos propuso su teoría. Esta se

constituye en choque frontal con todas las concepciones anteriores; autores como MEZGER y VON LISZT ponían el acento de sus construcciones en un concepto de acción causal; en cambio WELZEL con su teoría proponía un concepto pre jurídico y desligado del eje causal. Para su teoría todo está en la finalidad de la voluntad de la conducta. Este enfoque trae como consecuencia principal la escisión de la teoría del error, debido a la creación del tipo subjetivo en el cual se deberán analizar los datos de dolo y culpa. Descartando la teoría psicológica de la culpabilidad de plano. (Zaffaroni, 2006).

Como último punto en este análisis histórico de la culpabilidad como institución, se verá la concepción de la culpabilidad manejada por el código penal anterior:

### **CODIGO PENAL VIGENTE ANTES DEL COIP**

En el Código Penal anterior a la codificación del COIP, no se trata a la culpabilidad como un concepto como se hace en el C.o.i.p. sin embargo existen dos artículos que son relevantes destacar para entender la concepción de culpabilidad manejada por el código penal anterior.

“(...) Art. 32.- Nadie puede ser reprimido por un acto previsto en la Ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia; y,

“(...) Art. 33.- Repútanse como actos conscientes y voluntarios todas las infracciones, mientras no se pruebe lo contrario; excepto cuando de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto, pueda deducirse que no hubo intención dañada al cometerlo. (...)”. (Codigo Penal , 1971).

El principal de los cambios o diferencias que se pueden ver en la concepción del código penal en relación a la manejada por el C.o.i.p. es la dialéctica que se aprecia entre el proceso inquisitivo y el proceso acusatorio. No es nuevo afirmar que el código penal anterior manejaba una formula inquisitiva; y, en cambio el C.o.i.p. maneja una formula acusatoria.

Como se puede apreciar la presunción de hecho del artículo 33 del código penal anterior fue derogada por mor del impulso de un código más acusatorio que inquisitivo. La presunción de hecho, similar a la formulada por el sistema penal mexicano como más adelante se verá, genera una inversión del principio

de inocencia. Normalmente el principio de inocencia se puede interpretar: todos mantienen su estatus jurídico de inocencia hasta probarse lo contrario y ser condenado por medio de una sentencia; sin embargo si interpretamos el principio de inocencia empleando la presunción de hecho del derogado art. 33 tenemos que: todos mantienen responsabilidad en el hecho hasta probarse lo contrario por medio de una sentencia absolutoria.

## **CAPÍTULO I**

### **1.1 BASES CONCEPTUALES DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD:**

Para el autor ZAFFARONI las bases conceptuales del principio de culpabilidad dependerán de las construcciones teóricas con se articule el principio, además de la fundamentación que se le dé. Distinguiendo al principio de culpabilidad penal dependiendo de las variables teóricas por la cuales se opte, estas variables son: el derecho penal de autor o el derecho penal de acto; y, derecho personalista o derecho transpersonalista.

Además otros pilares conceptuales importantes son la relación que existe entre culpabilidad formal y culpabilidad material, y la adecuada fundamentación filosófica.

### **VARIANTES TEORICAS: DERECHO PENAL DE ACTO Y AUTOR; Y, DERECHO PERSONALISTA Y TRANSPERSONALISTA.**

Nuestro Código Orgánico Integral Penal en su parte expositiva de motivos, es categórico al referirse acerca de la primera variable mencionada, en su numeral cuarto:

“(...) Actualización doctrinaria de la legislación penal

El auge del constitucionalismo en las democracias contemporáneas ha sido precedido de una renovación teórica y conceptual. Parte del nuevo instrumental jurídico, producido no solo por la doctrina sino también por la jurisprudencia de tribunales constitucionales y penales, nacionales e internacionales son: (...) la proscripción de un derecho penal de autor (...). (Codigo Organico Integral Penal , 2014).

El derecho penal de autor desvalora lo que la persona es, mientras que el derecho penal de acto desvalora lo que la persona hace; el derecho penal de autor se encuentra proscrito en el Ecuador por ser incompatible con nuestra constitución la cual en su artículo 76 núm. 7 consagra el principio de “materialidad” el cual es más coherente con un derecho penal de acto.

*“(...) Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

*3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. (...)”.*

Para ENCALADA del art. 76 núm. 3, a pesar de que directamente hace referencia al principio de legalidad penal, implícitamente se puede deducir una garantía de derecho penal liberal como es la materialidad; principio que se puede explicar por su axioma “No hay daño sin acción” y que nutre a las categorías dogmáticas de la conducta y culpabilidad. (Encalada Hidalgo, 2014).

En lo que concierne a la otra dupla de variantes siguiente; para un mejor entendimiento se puede distinguir entre: el derecho personalista, que está dirigido a la persona; y, el derecho transpersonalista, dirigido a un ídolo como lo llama ZAFFARONI. Para este autor el derecho transpersonalista implica poner a las personas al servicio de un ídolo que generalmente es el estado. El poder punitivo se habilita solo para cubrir las necesidades del estado. El derecho transpersonalista es llamado por este autor como razón de estado. (Zaffaroni, 2006).

Es importante señalar que autores como ZAFFARONI ven en la idea del derecho transpersonalista una ficción útil a los intereses del estado, sin utilidad práctica para el campo dogmático por condenarlo de autoritarismo con mascara; sin embargo el derecho transpersonalista es útil en otras combinaciones dogmáticas propuestas por otros autores, tal es el caso de GARCIA CAVERO

quien anota que la idea de un “ídolo” o “modelo”, como él le llama es útil para el normativismo peruano, por cuanto intentan descartar la concepción psicologista de tipo subjetivo del tipo penal por ser empíricamente imposible acceder a la subjetividad de una persona más allá de una probabilidad alcanzada por medios probatorios. (García Cavero, 2014)

En el derecho penal económico peruano la idea del modelo (ídolo) se asienta sobre la persona pero desde una perspectiva del deber ser y no del ser (antropológica). El concepto de persona, en la dogmatización del derecho penal peruano, está referido al del buen ciudadano; cabe señalar que este modelo está basado en la concepción de imputación objetiva de JAKOBS con su teoría de los roles. La imputación subjetiva se fundamenta sobre la idea de la evitabilidad individual. La evitabilidad individual se asienta sobre dos pilares: la idea de la necesidad de una estandarización de conductas por medio del uso del “ídolo” que viene a ser el rol del buen ciudadano, de este rol se deducen competencias de conocimiento; el segundo pilar es la subjetivación que hace referencia a las capacidades individuales del autor y estas determinan la exigibilidad de las competencias de conocimiento dadas por el rol. En consecuencia si la subjetivación (situación personal del autor) determina que las competencias de conocimiento son exigibles en mérito de la situación concreta del autor, entonces se da la imputación del tipo subjetivo. De este modo apreciamos como el derecho transpersonalista, a diferencia del derecho penal de autor, es una variante útil a ciertos sistemas de imputación y desarrollos dogmáticos (García Cavero, 2014).

### **RELACION ENTRE CULPABILIDAD MATERIAL Y FORMAL.**

La culpabilidad formal consiste en el contenido del reproche de culpabilidad, es decir, el reproche resultante de una imputación de un injusto penal; este reproche se ensambla de la siguiente manera: si el autor se hubiera formado el motivo para el seguimiento de la norma como dominante, entonces él habría podido evitar su comportamiento antijurídico. (Kindhauser, 1995).

La culpabilidad material, en cambio, consiste en la razón de ser del reproche. ¿Por qué se pena la ausencia del motivo para el seguimiento de la norma?; y, ¿Por qué el autor debió haberse formado el motivo para el seguimiento de la norma?. La culpabilidad material es la esencia de las

respuestas a las preguntas formuladas; esta culpabilidad vendría a ser el fundamento de legitimación del reproche de culpabilidad. (Kindhauser, 1995).

Como se acaba de ver se habló de la culpabilidad pero desde diferentes perspectivas; sin embargo la culpabilidad es una sola. Para una fundamentación de la culpabilidad adecuada se necesita que el sistema normativo no se contradiga con las proposiciones de la fundamentación, es decir, que haya coherencia; y, además es necesario que se combinen las diversas variantes teóricas esbozadas.

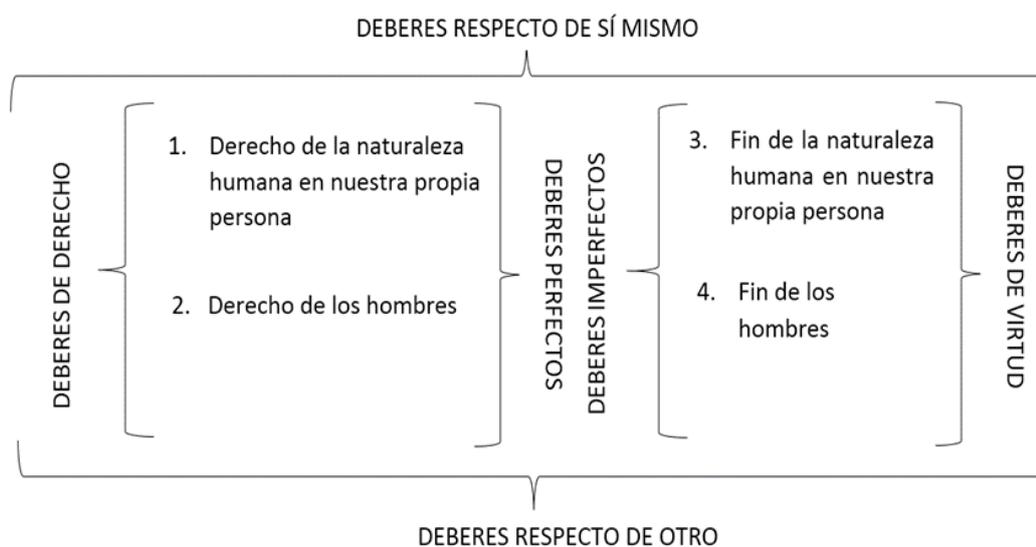
Para lo planteado en el acápite anterior se denota que es precisa para el objetivo la “Teoría Del Sujeto Responsable” propuesta por algunos autores aunque con diferentes nombres se mantiene la idea central de la propuesta dogmática, uno de los autores que más desarrollo le ha dado a esta teoría ha sido el profesor MUÑOZ CONDE, como se verá en posteriores acápites con esta teoría se logra ensamblar la culpabilidad material y formal de manera más coherente.

### **FUNDAMENTACION FILOSOFICA TRADICIONAL**

La fundamentación filosófica tradicional, proviene de la ética tradicional; al decir esto no se quiere implicar una adscripción específica a alguna escuela. Con esta expresión simplemente me refiero a la ética tradicional en general como pueda ser la de Aristóteles, Platón, Hegel o Kant; sin embargo tomare el pensamiento de este último autor por ser uno de los que más ha influenciado al derecho de nuestros tiempos.

Proveniente de las formulaciones teóricas de las que la escuela clásica se acogía, para KANT habían varios postulados importantes que aun hasta hoy en día se puede notar su vigencia. KANT partía de la regla de que el ser humano debía de ser considerado como un fin en sí mismo y que su utilización como medio es contraria a la moral (imperativo categórico); y, la pena en la medida que quiera tener algún fin que la trascienda es inmoral, porque a un humano como medio, incluso en el caso de que sea para su propio mejoramiento. KANT le asigno a la pena el carácter de un medio que garantiza el propio imperativo categórico: dedujo que sin la pena cae directamente la garantía del ser humano como fin en sí mismo. (kant, 2015).

Por medio de la concepción de KANT referente a la división metafísica de las costumbres en general, se verá como este autor concibe a los deberes en dos tipos: deberes de derecho, siendo únicamente estos deberes los contendores del carácter de imperativo categórico por ser los únicos susceptibles de pena; y, la deberes de virtud los cuales escapan de toda legislación exterior. En el siguiente grafico se explicara lo esbozado:



Como acaba de quedar consignado, el principio de culpabilidad tradicionalmente ha tenido que parte de su fundamentación la ha dejado descansar sobre concepciones filosóficas tradicionales en que prepondera la responsabilidad moral; sin embargo más adelante con la fundamentación propuesta para la culpabilidad se verá como lo decisivo para la fundamentación de la culpabilidad es tener conceptos que aporten en algo a lo jurídico, si bien estas concepciones filosóficas aportan conceptualmente ya se verá como se puede prescindir de ellas.

### CAUSAS DE INCULPABILIDAD

Dependiendo de la fundamentación que se adopte, esa misma también influirá en las causas de inculpabilidad y su entendimiento. Se debate si las causas de inculpabilidad deben de entenderse de manera natural, es decir teniendo en cuenta la individualidad de las personas; o, como un fenómeno social, es decir teniendo en cuenta la dimensión social por sobre la individual.

Sobre lo dicho en el acápite anterior tenemos que, la culpabilidad penal no es una característica natural del ser humano, sino un proceso de imputación social con diversas reglas y criterios, que dependen en gran medida de la función social que desempeñe el derecho penal. (Feijo Sanchez, 2007).

La postura a la cual se alinea el desarrollo por esbozarse se vincula con el entendimiento de las causas de inculpabilidad como una construcción social; puesto que si se ve de manera comparada otros ordenamientos jurídicos en comparación con el nacional, se percibirá cambios de legislación a legislación en cuanto a las causas de inculpabilidad. Tales como: la diversidad en la edad de mayoría de edad penal en función también a veces del momento histórico, la cual representa una buena prueba de lo dicho.

Para una aclaración completa de las causas de culpabilidad es menester analizarlas muy superficialmente puesto que no constituyen el objeto del problema jurídico a tratar:

- La inimputabilidad: la cual consiste en la capacidad de culpabilidad, normalmente alcanzable por medio de la edad penal adecuada y del estado mental idóneo para ser imputable;
- El error de prohibición invencible: consiste en el desconocimiento invencible de la ilicitud de la conducta, no se ven los hechos sino el derecho y el conocimiento sobre este último. Constituye un error de derecho imprevisible, sin embargo en menor grado puede constituir un error de prohibición vencible la cual sería una causa de atenuación de la responsabilidad penal.
- La exigibilidad de otra conducta: se considera como el elemento volitivo, esto es, que el agente pueda determinarse de acuerdo a su comprensión de la ilicitud penal de su actuar, la cual es posible siempre que no exista alguna situación conflictiva que le impida al autor determinarse de acuerdo a conocimiento.

## **1.2 PRINCIPALES FORMAS DE FUNDAMENTACIÓN DE LA CULPABILIDAD JURÍDICO PENAL SEGÚN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL**

En la actualidad una característica importante del saber es el abandono de los matriculismos y militancia ortodoxa en “escuelas” de pensamiento. El saber es abierto, por lo cual incorpora elementos de otros saberes; como no se puede declarar ninguna teoría o saber cómo exclusivo de un pensamiento se alude a la expresión “tendencia” para identificar una teoría con una corriente.

Existen dos parámetros que se siguen para identificar la tendencia dominante de una determinada teoría, estos son: la diferencia directriz, es un criterio de ordenación consistente en un mecanismo de valoración y clasificación que permite seleccionar la información que ingresa a una determinada teoría y ubicarla en el lugar adecuado; y, el otro parámetro es la matriz teleológica, es un criterio de orientación del sistema, ósea la idea dominante dentro de la construcción de conceptos. (Grosso Garcia, 2006).

A continuación se dará una explicación de las principales teorías que fundamentan el principio de culpabilidad, provenientes de las escuelas penales que mayor influencia y coherencia poseen con el ordenamiento jurídico del país a que se corresponda, entre las cuales podemos verificar: la teoría normativa proveniente de la escuela finalista, caracterizada por su énfasis en elementos metafísicos y morales, la inclusión de una teoría pre jurídica de la acción como eje de la teorización, también se le suele denominar ontologismo racionalista; la teoría psicológica normativa proveniente de la escuela neoclásica o neo kantista, caracterizada por ubicar los elementos de dolo y culpa dentro de la culpabilidad teniendo a estos como el fundamento material de la culpabilidad; y, las principales propuestas teóricas de las diferentes tendencias dentro de la escuela funcionalista.

### **1.2.1 LA CULPABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL ECUATORIANO (TEORÍA NORMATIVA – TENDENCIA FINALISTA)**

El art. 622 del COIP contiene la estructura y requisitos mínimos que toda sentencia debe contener. En primera instancia la norma contenida en el art. 622 está dirigida a los juzgadores, por lo que son estos últimos quienes deben verificar que la sentencia respete la norma, de la misma forma que las partes procesales también pueden valerse de esta norma en caso de alguna disparidad entre la realidad y lo normativo.

“(...) Artículo 622.- Requisitos de la sentencia.- La sentencia escrita, deberá contener:

2. La relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos de la o el sentenciado que el tribunal considera probados en relación a las pruebas practicadas.

3. Las consideraciones por las cuales se dé por probada o no, la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los procesados, así como las pruebas de descargo o de atenuación de la responsabilidad. (...)”.

Para explicar el principio de culpabilidad dentro del ordenamiento jurídico del Ecuador, se toma los numerales 2 y 3 del art. 622 para concordarlos respectivamente con los artículos 18 (Infracción penal), 22 (Conducta penalmente relevante), 25 (Tipicidad), 29 (Antijuridicidad) y 34 (Culpabilidad). Notemos que cuando el art. 622 habla de “(...) consideraciones por la cuales se de probada o no, la materialidad de la infracción (...)”, no hace otra cosa que hablarnos de los argumentos por los cuales el juzgador ha llegado al convencimiento o no, de lo que la doctrina tradicional y dominante llama “Injusto Penal”, refiriéndose a la conducta, típica y antijurídica; el análisis jurídico del hecho. Así mismo, cuando el art. 622 habla de “(...) y la responsabilidad de los procesados, (...)” que por lógica debe preceder al juicio de culpabilidad del que se deduce la responsabilidad penal de la persona. Concuera con esta idea el autor VELA TREVIÑO:

“Por lo tanto es esencial distinguir que la responsabilidad es consecuencia jurídica del delito, mas no de la culpabilidad, o dicho en otra forma, la

responsabilidad tiene como presupuesto al delito, del que la culpabilidad forma parte.” (Vela Treviño, 1977).

### **1.2.2 LA CULPABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL MEXICANO (TEORÍA PSICOLÓGICA NORMATIVA – TENDENCIA NEOCLÁSICA O NEO KANTISTA)**

Para analizar la culpabilidad en el ámbito dogmático, es preciso ver antes el ámbito jurídico del dogma desarrollado y defendido por tal o cual autor.

En el código penal mexicano el dolo se presume, según el artículo 9 del referido cuerpo normativo: “(...) que no se propuso causar el daño que resulto, si este fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previo o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuere el resultado (...)”. (Codigo Penal Federal, 1931).

Vemos en el acápite anterior una consonancia con el código penal anterior del Ecuador, en el sentido de la ya advertida inversión del principio de inocencia con su consiguiente consecuencia en favor de un proceso más inquisitivo que acusatorio.

La fundamentación del principio de culpabilidad en el ordenamiento jurídico mexicano, consiste en una combinación de teorías. La teoría del psicologismo, consistente en una relación psicológica de la persona con el hecho; la culpabilidad sería interpretada en términos de esta teoría, como un vínculo psicológico del autor con el hecho.

Para la teoría del psicologismo el tipo subjetivo no tiene relevancia dentro del esquema de la teoría del delito. Esta teoría ubica los datos subjetivos provenientes del psicologismo, dolo e imprudencia, dentro de la categoría dogmática de la culpabilidad. Acabando con la concepción del tipo complejo, tipo objetivo y tipo subjetivo, para que la categoría dogmática de la tipicidad solo entre a analizar el tipo objetivo.

Por último cabe señalar que el sistema jurídico penal mexicano trae una lista taxativa y genérica de causas de exclusión del delito, al igual que el sistema jurídico argentino; el sistema mexicano no distingue entre causas de inculpabilidad, causales de justificación de la antijuridicidad, causas de atenuación de la responsabilidad penal, causas de exclusión de la tipicidad, etc.; todas las une bajo un mismo título en el artículo 15 del código penal federal.

### **1.2.3 LA CULPABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL ARGENTINO (TEORÍA NORMATIVA – TENDENCIA FINALISTA).**

El código penal argentino no trae una definición del principio de culpabilidad, este cuerpo normativo opto por identificar los presupuestos para que no se dé la punibilidad en general de una conducta; no distingue entre causales de justificación (antijuridicidad), eximentes de responsabilidad (culpabilidad), causas de atipicidad por errores de hecho (error de tipo), causas de desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta por errores de derecho (error de prohibición), la incapacidad psíquica de comprensión de la antijuridicidad (inimputabilidad), etc. El código penal argentino ha decidido implícitamente dejarles la sistematización y justificación de contenido de estas causales a los juristas argentinos. Es así que el art. 34, ubicado en el título V bajo el nombre de “imputabilidad” manifiesta que:

“(…) TITULO V

IMPUTABILIDAD

ARTÍCULO 34.- No son punibles:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso;

2º. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente;

3º. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño;

4º. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo;

5º. El que obrare en virtud de obediencia debida;

6º. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia;

7º. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor. (...)” (Codigo Penal de la Nacion Argentina, 1921)

En comparación con el COIP, se puede manifestar que el código penal argentino no trae una definición de la culpabilidad lo que hace posible que la fundamentación del principio de culpabilidad sea gradualmente más dinámica que la del COIP. Una norma que proporciona una definición la mayor parte de

las veces torna al derecho un tanto más estático, por la definición excluye las posibilidades alternas de fundamentación de una institución jurídica.

Según la tendencia de mayor envergadura en Argentina propugnada por autores de la envergadura de ZAFFARONI, BACIGALUPO O ALEGRE la culpabilidad material se fundamenta en el ámbito de autodeterminación de las personas. Este criterio hace el común denominador, entre todas las causas de inculpabilidad o de responsabilidad atenuada, lo encontremos en la exigibilidad. Se habla entonces de exigibilidad de comprensión de la antijuridicidad por capacidad psíquica, exigibilidad de comprensión de la criminalidad proveniente de la ausencia de errores de derecho (errores exculpantes) y exigibilidad de otra conducta por la ausencia de situaciones reductoras de la autodeterminación.

Para apreciar el modelo de dogmatización manejado en Argentina se expondrá la dogmatización del autor ZAFFARONI; partiendo del ámbito de autodeterminación, concepto ontológico, se constituye el fundamento material de la culpabilidad. Lo destacable de este modelo este ZAFFARONI se plantea sus ideas desde una dialéctica entre el poder punitivo y el poder jurídico de contención de ese poder. Las pulsiones del poder punitivo se ven en la selectividad según el estado de vulnerabilidad, esto último significa que, si bien el juicio de reproche contenido dentro de la culpabilidad es ético solamente lo sería formalmente y no de contenido, el poder punitivo selecciona según estereotipos sociales; sin embargo por medio de las pulsiones del poder jurídico de contención se tiene un máximo que viene a ser la culpabilidad de acto. La síntesis de lo esbozado es que la culpabilidad es ética en la medida en que el reproche al sujeto el esfuerzo por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, ya que estado de vulnerabilidad y situación concreta de vulnerabilidad son dos momentos distintos separados por el esfuerzo específico que hace la persona. (Zaffaroni, 2006).

#### **1.2.4 LA CULPABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL ALEMÁN (POLÍTICA CRIMINAL Y TEORÍAS DE LA PENA – TENDENCIA FUNCIONALISTA).**

Antes de tratar sobre las principales formas de fundamentación del principio de culpabilidad en el ordenamiento jurídico alemán, es importante señalar a breves rasgos en que consiste el funcionalismo.

La corriente funcionalista se nutre de la filosofía social, la que desde su perspectiva tradicional le cede al sistema social el puesto tradicional del ser humano, pasando a ser este nada más que un tipo de sistema junto con los sistemas vivos y lo sociales, quedando así integrada la teoría de la acción en una teoría de la comunicación. Para esta concepción acción es equivalente a comunicación, por ser el sistema social el elemento esencial de las teorizaciones. (Feijo Sanchez, 2007).

Dentro de la corriente funcionalista podemos distinguir varios tipos de tendencias con sus respectivas diferencias metodológicas, entre las cuales están: el funcionalismo sistémico tradicional, cuyo autor principal es PARSONS, ve al sistema social con un todo, esta tendencia funcionalista pone prioridad en la auto estabilidad del sistema como tal; el funcionalismo sistémico, cuyo autor más sobresaliente fue LUHMANN, ve al sistema social en comparación con la células vivas, esta tendencia funcionalista pone prioridad en la autopsiéis del sistema social, como conjunto de varios otros subsistemas sociales en que la comunicación genera comunicación y mientras eso no se rompa se da la autopsiéis del sistema social; y, para DURKHEIM, ve al sistema social como una unión de todo-parte, en esto se diferencia con LUHMANN puesto que este último distingue a los seres humanos de la sociedad y DURKHEIM los trata como uno solo, ciertamente su teoría parte un holismo ya superado. (Feijo Sanchez, 2007).

#### **COMENTARIOS NORMATIVOS**

Para hablar de la concepción alemana de la culpabilidad, es menester un análisis de su código penal; mismo del que hablare gracias a una traducción hecha por una profesora de la universidad de Externado de Colombia.

Para una sencilla y perceptible traducción del código penal la traductora dividió el código penal en una parte general, contendora de principios, terminología, diversos ámbitos de aplicación, etc; y, la parte especial, contendora del catálogo de delitos. En mérito del tema del presente trabajo el análisis de concentrará en los artículos pertinentes de la parte general, que desarrollan a la culpabilidad, específicamente:

Sobre el articulado del código penal emitiré tres comentarios que se contraen a su principales artículos que nos permitirán entender como existen tantas interpretaciones y desarrollos dogmáticos disparejos; desde el funcionalismo de corte moderado como el desarrollado por el autor CLAUS ROXIN, pasando por los aportes de KLAUS GUNTHER & WOLFGANG FRISCH cuyos desarrollos mantiene coherencia con la reciente alta aceptación o auge del enfoque argumentativo en el derecho, para llegar al funcionalismo radical de GUNTHER JAKOBS este último más enlazado con la concepción normativista de la realidad social. Todos enfocados principalmente a su desarrollo específico sobre la culpabilidad.

1. Como primer comentario se puede decir que los legisladores alemanes han tratado de apartarse de toda terminología, de la que pueda deducirse algún concepto metafísico o abstracto. Por supuesto que no renuncian a las fundamentaciones de este tipo (esto se puede apreciar al ver autores alemanes tales como Claus Roxin quien, en el III Congreso Iberoamericano de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Neo Constitucionalismo realizado en Cuenca-Ecuador; declaro que "(...) no es la finalidad del derecho penal proteger la moral mientras la conducta considerada inmoral no perjudique a nadie, pero no utilizan enunciados tales como: comportamiento, conducta, acto, etc. En su lugar utilizan el enunciado "hecho punible", esto se verifica al detener la mirada en varios artículos; el capítulo segundo de la parte general de la traducción del código alemán se denomina "El Hecho". (Roxin, 2016).

En opinión del autor de la presente tesina, este término se utiliza una multiplicidad de veces no para abandonar el mundo de las fundamentaciones metafísicas sino para usar enunciado más neutro, que equilibre la balanza

entre las fundamentaciones teóricas y permita más maleabilidad por parte de las categorías dogmáticas y normas.

Tenemos así normas tales como:“(...) Art. 11 numeral (1) 5. Hecho antijurídico: solo aquel que realice el tipo de una ley penal; (...). (Lopez Diaz, 1999).

2. En principio no existe ningún artículo en el código penal alemán que señale un concepto de culpabilidad, a diferencia del C.o.i.p., razón por la que en principio no se podría determinar si los datos que corresponden al tipo subjetivo se ubican en la categoría de tipicidad o en la de culpabilidad. A pesar de lo afirmado se puede apreciar de algunos artículos referencias por medio de las cuales se pudiera afirmar que su sistema maneja una presunción de dolo, similar a la del sistema mexicano; además se pudiera inferir que efectivamente manejan un concepto de culpabilidad similar al del sistema jurídico del Ecuador, tal como se verán en las siguientes normas:

“(...) Art. 11 numeral (2) Doloso en el sentido de esta ley es un hecho incluso si el se realiza un tipo legal, presuponiendo dolo respecto a la acción. Sin embargo, la imprudencia es suficiente en cuanto a una consecuencia especial causada por la acción. (...); (...) Art. 15. La acción dolosa sólo es punible cuando, por ley no está amenazada expresamente con pena la acción culposa. (...);”. (Lopez Diaz, 1999)

3. En el sistema jurídico ecuatoriano la culpabilidad es un presupuesto para la aplicación de una pena al procesado. La culpabilidad en el sistema ecuatoriano, al igual que en el sistema argentino, habilita el poder punitivo y lo canaliza en la cantidad adecuada a la culpabilidad de la persona; sin embargo en el sistema jurídico alemán la culpabilidad como institución se descompensa o descentraliza, no siendo la culpabilidad un eje excluyente y definitivo para la determinación de la pena. Tal como se aprecia del artículo 46 del código penal alemán:

“(...) § 46. Principios de la fijación de la pena.

(1) La culpabilidad del autor constituye el fundamento para la fijación de la pena. 2 Deben considerarse las consecuencias que son de esperar de la pena para la vida futura del autor en la sociedad.

(2) En la fijación sopesa el tribunal las circunstancias favorables y desfavorables del autor. 2 En esta relación deben tomarse en consideración de manera particular:

- los móviles y objetivos del autor,
- el ánimo, que habla del hecho y la voluntad empleada en el hecho,
- la medida de la violación al deber
- la clase de ejecución y el efecto culpable del hecho,
- los antecedentes de conducta del autor, sus condiciones personales y económicas, así como su conducta después del hecho, especialmente su esfuerzo para reparar el daño, así como el esfuerzo del autor de lograr una acuerdo con la víctima.

(3) No se permite tomar en cuenta circunstancias que ya son características del tipo legal. (...)” (Lopez Diaz, 1999).

### **PROPUESTAS DOCTRINARIAS**

Para entender el funcionalismo debemos de ver sus diversas concepciones partiendo del funcionalismo sistémico según la concepción de JAKOBS debemos primero analizar el contexto de su teorización.

Los pilares fundamentales de la teorización de JAKOBS son: la idea de sistema como fundamento explicativo, el concepto de función como factor dinámico y legitimador y el concepto de norma con estructura fundamental dentro del sistema; estos pilares son materia prima para idear un sistema de conceptos para explicar el derecho penal, tales como: un concepto funcional de culpabilidad, la teoría de la pena, el derecho penal del enemigo, las estructuras típicas por acumulación, los delitos de peligro abstracto o su concepción de la imputación objetiva como quebrantamiento de un rol. (Grosso Garcia, 2006); y, (Feijo Sanchez, 2007).

Dentro de la dogmática se debate por un lado la preservación y necesidad del principio de culpabilidad sobre esto tenemos autores como Claus Roxin y Arthur Kaufmann; sin embargo del otro lado de la discusión, se plantea el abandono del principio de culpabilidad por no ser empíricamente verificable y de esta última idea los opositores deducen que se trataría de un concepto sin claridad semántica, cargado emocionalmente por tradiciones filosóficas y teológicas.

Para el autor WOLFGANG FRISCH la culpabilidad se imputa dogmáticamente, teniendo como base la capacidad del delincuente de adoptar la decisión correcta con base en la autoexperiencia; cabe señalar que la fundamentación de la autoexperiencia desvincula este desarrollo dogmático de la tradicional discusión entre determinismo e indeterminismo (libre albedrío). Esta capacidad para contar como requisito para la imputación necesita de: la no existencia de déficits comprobables (causas de inculpabilidad) y cumplir determinados presupuestos (demás categorías analíticas del delito que conforman el injusto penal). Con esto se tiene que la norma impone sus consecuencias con base en presupuestos que pueden ser comprobados y que son suficientes, desde la perspectiva de los demás participantes del discurso. (Frisch, 2012)

Además de la capacidad mencionada en el acápite anterior. Esta construcción se vale de una cosmovisión y un contexto jurídico ideal del que participan las personas para interactuar. La cosmovisión consiste en que las personas se tienen a sí mismas como racionales y actúan adscribiendo la misma racionalidad a los participantes del discurso jurídico ideal. De la unión de la cosmovisión con el contexto del discurso jurídico ideal se obtiene la capacidad de desarrollar un derecho correcto en un discurso argumentativo. Este autor propone una imputación dogmática de la culpabilidad por medio de la adscripción de la misma, basado en perspectiva deber ser (cosmovisión más contexto del discurso jurídico ideal), por tanto las personas deben hacer valer sus derechos, objeciones y demás manifestaciones de su persona valiéndose de la racionalidad del discurso jurídico ideal de lo contrario son culpables del quebrantamiento de una norma y por consiguiente se vuelven sujetos a las consecuencias de la reafirmación de la norma. (Frisch, 2012).

## CAPÍTULO 2

### 2.1 PROBLEMAS DEL ANALISIS JUDICIAL INSUFICIENTE

El problema del análisis judicial insuficiente puede ser problema que pase desapercibido pero importante destacar que las diferentes fundamentaciones dogmáticas, desarrolladas en acápites anteriores, nos dejan ver posibles soluciones.

El problema proviene principalmente de lo que entendemos por culpabilidad, los conceptos, la fundamentación, puntos de vista diversos y realidades que hacen tomar a dicho concepto un tinte diferente o similar del conocido. Por tomar un caso, la concepción psicológica de la culpabilidad siempre genero problemas en tanto que a la culpabilidad se la tenía como un componente con la función de juzgar y no meramente de percibir. Sin embargo y como ya se afirmó, es inevitable que el entendimiento de la culpabilidad no altere también a la forma en como se analizan sus presupuestos o causas de exclusión. Así con la concepción psicológica de la culpabilidad el examen se limitada a una simple reflexión sobre circunstancias o una decisión de acción.

La dogmática se ha preocupado ahora de mantener la aplicación de sus estructuras separadas de esto, en la medida en que no permite subsumir positivamente los requisitos específicos del nivel del delito “culpabilidad”, como sucede con los elementos de tipicidad, sino que lo hace – al igual que con los del estrato de la contrariedad al derecho – invirtiendo la dirección del examen y considerando negativamente la existencia de causas de exclusión de la culpabilidad y de disculpa. (Joachim Hirsch, 1999).

Para la praxis judicial, un tal cambio de perspectiva importa poco, en la medida en que el juez del hecho permanece obligado a atender a los indicadores de las causas de exclusión de la culpabilidad y, dado el caso, a ejecutar un examen más detallado y, si hubiera dudas, a aplicar el principio in dubio pro reo.

Si analizamos el examen de la antijuridicidad, desde el punto de vista del objeto a examinar (el ilícito jurídico penalmente relevante), vemos que necesariamente se opone al nivel analítico de la tipicidad. Siendo por tanto la tipicidad un examen positivo de presupuestos para el tipo complejo y la

antijuridicidad un examen negativo, a causa de la estructuración de las causales de justificación de conducta pensadas justamente con reglas de excepción. Desde una sistemática vemos como la tipicidad y antijuridicidad encuentran sus fundamentos dentro del sistema que las contiene. Esto no sucede con la culpabilidad por lo que necesita de una fundamentación por fuera del sistema que la contiene (Joachim Hirsch, 1999).

Tradicionalmente esa fundamentación que sustenta un examen radicalmente negativo de la culpabilidad y de las causas de inculpabilidad, se encuentra en el fundamento tradicional de la capacidad elemental del hombre de poder actuar de otro modo. Sin embargo como ya se verá es un fundamento que entorpece el examen judicial.

## **2.2 ANALISIS JURISPRUDENCIAL**

### **CASO JURIPRUDENCIAL N°1**

Este extracto referente al análisis dogmático de la culpabilidad fue tomado de una sentencia dictada dentro de un procedimiento ordinario por peculado financiero; cabe señalar que es una sentencia dictada bajo la vigencia del código penal y de procedimiento penal anteriores al C.o.i.p.

En el presente caso es claro que el examen judicial de la culpabilidad es de corte negativo y tradicional, es decir, verificando la posibilidad de actuar de otro modo a como se actuó, la consecuencia principal de este examen es que no se toma en consideración al sujeto responsable, en este caso al señor José Augusto Montiel Veliz quien en su defensa afirma no saber ni haber tenido conocimiento de las transacciones efectuadas por los otros dos procesados. De adoptarse la teoría del sujeto responsable como criterio para adscribir la culpabilidad en el presente caso, hubiese preponderado la posición del mencionado procesado como sujeto responsable únicamente en base a su capacidad de motivabilidad. En el presente caso la causa de inculpabilidad de inexigibilidad de otra conducta se hubiese analizado materialmente de haber sido otro el criterio judicial.

“(...) 10.3).- Sobre la responsabilidad penal del acusado JOSÉ AUGUSTO MONTIEL VELIZ, ésta quedó plenamente demostrada en el juicio, con el testimonio rendido por el Ingeniero Comercial Carlos Lautaro Guim Contreras, auditor general del Banco de Machala, quien manifestó que realizó un informe de auditoría en el Banco de Machala puesto que se presentó un reclamo por parte de uno de los clientes de dicha institución financiera en el mes de junio de 2009, puesto que el mismo presentaba un certificado de depósito, que al quererlo cobrar éste resultó ser falso, por lo que, al investigar más tuvo conocimiento que la acusada Carolina Ortiz, quien era auxiliar de cuentas corrientes en la oficina en la “Agencia Sur” del Banco de Machala, aperturaba los certificados de depósito a los clientes que querían invertir certificados a plazo, siempre bajo la autorización del Jefe de la Agencia, que en ese entonces era el acusado José Augusto Montiel Veliz, que resultaron ser cinco casos con dichos inconvenientes, que le acusada debitada de la cuenta de los clientes y los transfería a la cuenta corriente del acusado Christian Rodríguez Arias; fue enfático en señalar que el Jefe de la “Agencia Sur” del Banco de Machala, en ese entonces era el hoy **acusado José Augusto Montiel Veliz, quien en razón de su cargo, era la única persona responsable de revisar y autorizar las transferencias que realizaba la acusada Carolina Ortiz, mediante el sistema electrónico del Banco**, estaba habilitado con dicha opción de autorización, transferencias que fueron realizadas su usuario y su clave él; testimonio que guarda relación con el rendido por el Ingeniero Comercial Aquiles Nemesio Alvarado Supo, suscriptor de, informe pericial contable, quien acotó quien mediante delegación Fiscal realizó dicha pericia, en razón de la denuncia presentada por el Banco de Machala en la Fiscalía contra unos ex funcionarios; solicitó información a la institución financiera con el fin de establecer lo que denunciaban y cuantificar el monto del perjuicio, donde determinó inconsistencias en la transacción entre la cuenta del señor Fausto Romero Granda, el 01 de abril del 2009, mediante el documento con número de caja 135, se debitó \$ 5.000 dólares hacía la cuenta No. 1355621 del señor Cristian Rodríguez Arias (acusado), la misma que no constaba registrada en los registros conectables del Banco de Machala, que no tenía el mismo formato y que discrepaba con los utilizados en la institución financiera, con el número REB01-09-0 y finalmente en el comprobante de emisión del certificado de depósito revela que el número de serie 350188, está

emitido a nombre de Fausto Romero Granda y simultáneamente había un débito a la cuenta de ahorro N° 107051430 emitida el 01 de abril de 2009, por el valor de \$ 5000 dólares, este documento tenía la firma de la jefe de cuenta corrientes de la Agencia del sur del Banco de Machala de ese entonces, es decir, constaba la firma de autorización del acusado José Augusto Montiel Veliz; testimonios que ratifican el contenido del informe de auditoría y el informe pericial contable y su ampliación, que fueron presentados como pruebas documentales presentadas en el juicio por la Fiscalía; por lo que, éste Tribunal tiene la plena certeza de que la responsabilidad penal del acusado José Augusto Montiel Veliz, se encuentra debidamente probada, debido a que se ha establecido el presupuesto jurídico que estipula el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal, esto es, el nexo causal entre la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, puesto que existen medios probatorios varios, relacionados, unívocos y directos entre sí, al determinarse con toda la prueba acusatoria Fiscal que el acusado José Augusto Montiel Veliz cuando fungía del cargo de Jefe de la “Agencia Sur” del Banco de Machala, era quien autorizaba todas las transacciones que realizó la acusada Carolina Ortiz, es decir, que desde su usuario y clave eran autorizadas todos los débitos de las cuentas corrientes de los clientes del Banco por parte de la hoy acusada, los mismos que no eran ingresadas a las cuentas del Banco sino que eran transferidas a la cuenta corrientes del acusado Christian Rodríguez (...). (Fiscalía cuarta de delitos contra la administración pública del Guayas y PGE contra Montiel Veliz Jose, Ortiz Solorzano Carolina y Rodriguez Arias Christian , 2010).

## **CASO JURISPRUDENCIAL N°2**

El siguiente extracto referente al análisis dogmático de la culpabilidad, fue tomado de una sentencia dictada dentro de un procedimiento expedito por un faltamiento de obra a un agente de tránsito municipal. Hecho que fue conocido por el órgano jurisdiccional en situación de flagrancia. Sin embargo el resultado de la sentencia fue absolutorio a pesar de haber quedado consolidado el injusto penal, el órgano jurisdiccional sostiene una tesis sobre la culpabilidad en el presente caso muy paupérrima.

El órgano jurisdiccional declara que ha quedado establecida la existencia de un injusto penal, es decir de la materialidad de una infracción; sin embargo al

argumentar referente a la responsabilidad penal de la persona procesada, su razonamiento escapa totalmente del campo de lo dogmático y se conforma con el normativo para afirmar que no existe responsabilidad penal; y, además se contradice con respecto a la materialidad de la infracción por un lado la declara en general pero para hablar del hecho en concreto la desconoce.

El desconocimiento de la categoría dogmática de la culpabilidad, en el presente caso, termina en una aplicación indebida del principio indubio pro reo devenida de una supuesta falta acreditación del nexo causal procesal, no como elemento del tipo objetivo de la tipicidad, sino como presupuesto normativo de la aplicación de una norma referente a la prueba. Si el juzgador poseyera acervo dogmático seguramente hubiese anticipado que no podía afirmar la materialidad de la infracción para luego denegarla; peor todavía negar la responsabilidad penal de un procesado por una situación de hecho ajena a cualquier tipo de causa de inculpabilidad o de atenuación de la responsabilidad penal; y, es criticable además que en la motivación de la sentencia no se pronuncia respecto de la culpabilidad penal del procesado, sino va directo a la responsabilidad penal del procesado dando por hecho la no culpabilidad del mismo con base a un argumento contradictorio puesto que el nexo causal se afirma en la tipicidad y si el juzgador declara la existencia de la materialidad de una infracción, tácitamente está declarando la existencia de un nexo causal.

“(...) Del análisis de las pruebas presentas, aplicando la sana crítica, se puede llegar a la conclusión que en el presente caso se ha podido probar la materialidad de la contravención de Tránsito, con el reconocimiento médico realizado tanto al Agente de Tránsito Paucar, como al conductor Ramos; pero no se ha podido determinar la responsabilidad sobre el hecho materia del juzgamiento contravencional; es decir que las pruebas aportadas no cumplen con la finalidad determinada en el Art. 453 del Código Orgánico Integral Penal, “La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada.”. Además al no existir prueba plena de la existencia de la contravención juzgada, ni de la participación o responsabilidad del supuesto contraventor, no existe el nexo causal, entre la infracción y la persona procesada, tal como lo determina el Art. 455 del Código Orgánico Integral Penal; lo que da

origen a que exista una duda razonable a favor del conductor, tal como lo determina el Art. 5, numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal. Resolución: Con el fundamento de hecho y de derecho que se dejan analizados; advirtiendo que no se ha probado conforme a derecho, la contravención establecida en el Art. 386 numeral 2., del Código Orgánico Integral Penal; pues, no existe prueba plena de responsabilidad penal de tránsito, que haya acreditado la supuesta víctima Agente de Tránsito Stevens Andrés Paucar Guzhñay, en contra del supuesto contraventor Ángel David Ramos González; (...)" (Autoridad de Transito Municipal contra Ramos Angel , 2019)

### **CASO JURIPRUDENCIAL N°3**

A esta sentencia se le puede criticar que empieza por dar un concepto (señalado en negritas) que no diferencia la culpabilidad de la responsabilidad y las toma como palabras sinónimas, cuando la culpabilidad no es un sinónimo de responsabilidad penal, sino un presupuesto y la responsabilidad un resultado. El órgano jurisdiccional no menciona a la culpabilidad como tal, solo a sus condiciones lo cual no equivale a la culpabilidad material. La concepción de la culpabilidad como un conjunto de condiciones al aire sin algo en común, sin un sustrato material que las una, afecta la manera en cómo se analizan las indicadas condiciones. Inclusive se aprecia que el mismo jurista citado por el órgano jurisdiccional aclara que el concepto de culpabilidad que da es meramente formal.

Por último el análisis de las causas de inculpabilidad se ve limitado, comparable con el tipo de examen que se ejecuta en la categoría dogmática de análisis de la antijuridicidad, es decir, un examen negativo. Limitado a ver la simple no concurrencia de la causas de inculpabilidad empleando enunciados vagos y ambiguos, no justificando materialmente porque no se dan las causas de inculpabilidad. Simplemente como nadie alega las referidas no existen. Un derecho penal que se valore como irradiado por el neo constitucionalismo jamás podría permitirse que se dé una pena allí donde debería haber una medida de seguridad y para llegar al efectivo conocimiento de lo mismo un examen negativo de las causas de inculpabilidad es insuficiente.

“(...) 4.- CULPABILIDAD. - Esta categoría dogmática se la puede conceptualizar como **el conjunto de condiciones que permiten declarar a alguien como culpable o responsable de una infracción**. El autor Miguel Córdoba Ángulo, en la obra “Lecciones de Derecho Penal”, en relación con esta categoría dogmática indica: “La culpabilidad puede definirse, desde una perspectiva meramente formal como aquel conjunto de condiciones necesarias que permiten justificar la imposición de una pena a un sujeto que ha realizado una conducta típica, antijurídica. La culpabilidad es, entonces, el fundamento de la pena”. Así mismo, el Art. 34 del Código Orgánico Integral Penal, dispone: “Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”. Esta categoría dogmática se expresa a través de tres aristas, a saber: a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad: No se ha determinado a lo largo de todo lo actuado, que la procesada LARREA SÁNCHEZ MARÍA SOL, sea inimputable ante el derecho penal; b) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido: En el caso en cuestión no se ha demostrado con prueba alguna que la procesada LARREA SÁNCHEZ MARÍA SOL, haya obrado en virtud de error de prohibición, ya sea este vencible o invencible; c) La exigibilidad de un comportamiento distinto: En relación con esta subcategoría de la culpabilidad Muñoz Conde, en su obra “Derecho Penal Parte General”, manifiesta que: “En la culpabilidad, dicha idea obliga a comprobar, antes de formular el juicio completo de culpabilidad, si el autor, que con capacidad de culpabilidad y con conocimiento de la antijuridicidad de su hacer realizó un hecho típico y antijurídico, se encontraba en alguna situación tan extrema que no fuera aconsejable, desde el punto de vista de los fines de la pena, imponerle una sanción pena”. Dentro de la presente causa, resulta claro que era exigible para la procesada LARREA SÁNCHEZ MARÍA SOL una conducta diferente a la realizada “enriquecimiento ilícito”, por cuanto no constan del proceso la existencia de circunstancias excepcionales que varíen la exigibilidad del cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico penal, a favor de la procesada. (...)”. (Estado: Fiscalía, IESS, PGE y Ministerio de Industrias y Productividad contra Maria Sol Larrea Sanchez, 2018)

## CASO JURISPRUDENCIAL N°4

Este extracto referente al análisis dogmático de la culpabilidad, fue tomado de una sentencia dictada dentro de un procedimiento directo por tenencia de armas, conocida por el órgano judicial en situación de flagrancia.

Al igual que en el fallo anterior se aprecia que el examen que realiza el órgano judicial de las causas de inculpabilidad es insuficiente, por cuanto constituye un examen negativo meramente perceptivo de la no concurrencia de indicios o pruebas de las causas de inculpabilidad; sin embargo este examen debe de ser positivo, entrando por completo al análisis positivo de cómo no se dan las causas de inculpabilidad por medio de una motivación que entre a juzgar y no solamente a percibir.

Es además criticable que se utiliza como fundamento material de la culpabilidad el hecho, no verificable empíricamente, de poder haber actuado de una forma diferente, lo cual constituye el fundamento tradicional de la culpabilidad. Pero no por tradicional quiere decir correcto puesto que la cantidad de críticas a las que se ha visto abocada aquella propuesta de fundamento material de culpabilidad, es aberrante como para tenerlo como un criterio materia de una motivación judicial.

“(…) Análisis del tercer elemento de la infracción de la culpabilidad.- La culpabilidad es la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica; una conducta culpable es una conducta personalmente censurable, una conducta que le podemos acreditar al autor, este no presenta en juicio ninguna causal de inimputabilidad por lo que es procedente el juicio de reproche constitutivo de la culpabilidad, o sea el poder atribuirle, los hechos narrados y probados anteriormente, porque pudiendo haber actuado en derecho no lo hizo, lo que se ha probado, por haber sido encontrado en delito flagrante y el procesado en forma voluntaria acepto ser la persona que tenía el arma. Tenemos como elementos: A).- La Imputabilidad, el procesado no demostró ser inimputables frente al Derecho Penal, sea por incapacidad absoluta o relativa, fuerza mayor o caso fortuito, es decir el procesado es persona claramente imputable. B) el procesado tampoco alego ni comprobó que obro en virtud de error de tipo o prohibición vencible o invencible. Es evidente que el procesado le era exigible

otra conducta, su conducta fue antijurídica y por tanto prohibida, “al tener en su poder un arma de fuego sin permiso”, constituyéndose en la finalidad ulterior de la actividad delictiva. La suscrita jueza rechaza su conducta y declara probada la categoría de la culpabilidad. En juicio debe probarse la existencia material de la infracción, este se refiere a la comisión de una infracción, la materialidad de la infracción, es el acto positivo que comete el hombre que viola la ley. Este elemento es común a todas las infracciones. La infracción que no tiene elemento material, no existe, (...)”. (Fiscalía General del Estado contra Camino Jaramillo Kenyi Xavier & Ramos Zambrano Angel, 2019).

### **2.3 LA CULPABILIDAD JURIDICO PENAL EN EL COIP DESPUES DE LA REFORMA**

Podemos decir que la doctrina de MUÑOZ CONDE es la que mejor se ajusta, para fundamentar y conceptualizar al principio de culpabilidad, sin ocasionar contradicciones con su definición dada por el ordenamiento jurídico o con la interpretación dogmática que le suelen dar juristas ecuatorianos.

“(...) Artículo 34.- Culpabilidad.- Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. (...)” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Para el profesor de la Universidad de Sevilla, la facultad del ser humano de “motivabilidad” sería el punto de partida para fundamentar y conceptualizar adecuadamente al principio de culpabilidad; indicando de esta facultad del ser que: “la motivabilidad, la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas es, según creemos, la facultad humana fundamental que, unida a otras (inteligencia, afectividad, etc.), permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción cometida. Cualquier alteración importante de esa facultad – cualquiera que sea el origen de la misma – deberá determinar la exclusión o, si no es tan importante, la atenuación de la culpabilidad. (Muñoz Conde, 2018).

Con la reforma penal al C.o.i.p. es innegable el decir que se han incorporado normas que tutelan de mejor forma el principio de culpabilidad,

además de que hacen al sistema normativo mucho más coherente con la propuesta de esta tesina, es decir, con adaptar a la fundamentación de la culpabilidad el concepto de motivabilidad (Teoría del sujeto responsable) como fundamento de la culpabilidad material.

Podemos destacar que con estas reformas penales se dejaron claros temas como: la inclusión de la teoría del error como objeto de análisis dentro de las categorías analíticas del delito positivadas en el C.o.i.p.: el error de tipo y el error de prohibición; la inclusión sustitución del concepto de dolo por uno que toma en cuenta la representación y la voluntad, cabe señalar que el anterior concepto de dolo ponía énfasis en la intención; se incorporan criterios normativos más exactos para determinar los casos de reincidencia, entre otros.

“(...) Artículo 26.- Dolo.- Actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta. Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena. (...)” (Ley Organica Reformatoria al Código Organico Integral Penal, 2019).

Por medio de la reforma penal ha quedado definitivamente acentuado un vínculo con la tendencia finalista de la acción. Caracterizada por poner al dolo y culpa dentro del tipo subjetivo y no en la culpabilidad, además de tener en cuenta un equilibrio entre ambos elementos del dolo: cognitivo y volitivo.

“(...) Artículo 28.1.- Error de tipo. No existe infracción penal cuando, por error o ignorancia invencibles debidamente comprobados, se desconocen uno o varios de los elementos objetivos del tipo penal. Si el error es vencible, la infracción persiste y responde por la modalidad culposa del tipo penal, si aquella existe. El error invencible que recae sobre una circunstancia agravante o sobre un hecho que califique la infracción, impide la apreciación de esta por parte de las juezas y jueces. (...)” (Ley Organica Reformatoria al Código Organico Integral Penal, 2019)

“(...) Artículo 35.1.- Error de prohibición.- Existe error de prohibición cuando la persona, por error o ignorancia invencible, no puede prever la ilicitud de la conducta. Si el error es invencible no hay responsabilidad penal. Si el error

es vencible se aplica la pena mínima prevista para la infracción, reducida en un tercio. (...)” (Ley Organica Reformatoria al Código Organico Integral Penal, 2019).

La correcta escisión de la teoría del error es otro elemento que se relaciona con la tendencia finalista. Sin embargo lo que más llama la atención es que el error de tipo y de prohibición ya eran considerados por los juzgadores antes de su vigencia material.

“Artículo 534.- Finalidad y requisitos.- Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos: “(...)2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva (...)”.

Se aprecia el refuerzo al principio de culpabilidad al notar los enunciados incorporados al requisito de la prisión preventiva que hace referencia a la culpabilidad del procesado.

Además de existir avances para la institución de la culpabilidad, por mor de un análisis objetivo es necesario afirmar que se han incluido ciertas normas incompatibles con la fundamentación y desarrollo tradicional, tales como:

(...) “20. Registrar la o el autor una o más aprehensiones previas en delito flagrante calificado, cuando se trate del mismo delito o atente contra el mismo bien jurídico protegido.”(...).

Sin duda en el acápite anterior no se juzga una conducta o un hecho, por lo que podría significar un retroceso hacia el derecho penal de autor; pero por política criminal podría llegar a ser considerado y justificado como derecho penal del enemigo.

“ (...)En el caso de delito de desaparición involuntaria, la acumulación de indicios servirá de nexo causal vinculante siempre y cuando dichos indicios se

relacionen con el hecho o circunstancia a probar y sean inequívocos respecto del hecho o circunstancia controvertida (...)”

Este último enunciado al que se alude como parte de la reforma penal desfavorable establece menores exigencias para culpabilidad penal en este tipo de caso, por cuanto la misma siempre está ligada a pruebas directa y no indicios.

## **CONCLUSIONES**

Para entender el principio de culpabilidad debemos disociarlo de toda fundamentación teórica y práctica, tenerlo como un enunciado a interpretar, por enunciados interpretativos propuestos los juristas y demás profesionales cuyas investigaciones tiene una gran influencia en el campo normativo. O enunciado interpretado principio de culpabilidad maleable según la interpretación que de la institución jurídica se pueda dar atendiendo a la idea principal que conecte e integre la concepción de la culpabilidad penal a la que nos refiramos; todo lo cual, posterior a una mirada del derecho vigente en el ordenamiento jurídico al que nos refiramos.

El principio de culpabilidad, dependiendo de la fundamentación e interpretación dogmática de la norma que contiene su definición, puede ser usado como un criterio determinante para la atribución de responsabilidad penal a una persona concreta en una situación particular. La mayoría de casos no tienen una solución una solución uniforme, la mayor parte de estos casos ocurre cuando en primera instancia los supuestos de hecho de dos normas parecen concordar entre sí, esto no quiere decir que se trate de un caso de imposible solución o que demande diferentes respuestas con similares supuestos de hecho. Para el autor AGUILO: este autor le atribuye al paradigma neo constitucionalista la desaparición de casos “no regulados” en el ordenamiento jurídico, de esta premisa podemos inferir que el ordenamiento jurídico provee soluciones para todo tipo de casos por contener a parte reglas también principios; además el autor agrega que existen casos fáciles y casos difíciles, sobre esto el autor manifiesta: “Un caso es fácil cuando la solución es el resultado de aplicar una regla del sistema y dicha solución es consistente (lógicamente compatible) con las otras reglas del sistema y coherente (valorativamente compatible) con los principios del sistema. Por el contrario, un

caso es difícil cuando la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que hay que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa.(...) Un caso difícil exige deliberación práctica (Jurisprudencia, ponderar el Derecho para el caso). Desde el nuevo paradigma, la discrecionalidad del llamado a resolver el caso, el aplicador, no se concibe ya como libertad en el sentido de permitido elegir cualquier opción, sino más bien en el sentido de responsabilidad, de ese tipo especial de deberes que llamamos responsabilidades. Por ello, cuanto más discrecional es un acto (menos reglado esta) más justificación requiere.” (Aguiló Regla, 2008).

Por medio del análisis jurisprudencial previamente esbozado, ha quedado determinado que la disparidad de criterios con respecto a ciertos temas de la culpabilidad es un mal existente, se observa con esto es causa del análisis judicial insuficiente o examen negativo de la culpabilidad, el cual como ya explico únicamente consiste en una mera comprobación de que no se dan las causas de inculpabilidad; sin embargo este análisis debe ir más allá si quiere guardar coherencia con el neo constitucionalismo.

Lo que trato de hacer ver a los lectores del presente trabajo es que el principio de culpabilidad penal puede ser usado como un criterio racional para decidir la calificación jurídica de un hecho, no es un examen radicalmente negativo sino que va en un punto medio; usando como fundamento del principio de culpabilidad a la “motivabilidad” podemos ver que la persona concreta en una situación concreta está rodeada de exigencias normativas. No todos estamos sometidos a la misma carga porque eso sería imposible, todos tendríamos que tener la misma rutina las mismas responsabilidades y deberes. Únicamente el plano normativo formal nos hace iguales entre todos, la razón de ser de que nuestra constitución consagre y garanticen la igualdad real y las acciones afirmativas constituyen razones de peso para inferir que todos somos diferentes así como es diferente lo que el ordenamiento jurídico nos pide a cada uno.

La diferenciación de exigencias normativas para cada ser humano particular en una situación de hecho específica; nos ofrece algo más que un fundamento sólido para realizar el juicio de reproche, una vez constatados todos los presupuestos de la culpabilidad penal; nos ofrece una referencia, un indicio, un

humor de derecho que puede llegar a convertirse en un criterio determinante para jueces y fiscales al momento de decidir y fundamentar una calificación jurídica de un hecho determinado sobre una persona particular. Puesto que como se ha visto en la práctica la tipicidad como criterio de calificación jurídica ha sido sobrevalorado por la naturaleza de la institución jurídica. Pero nada obsta a que algún juzgador o fiscal en el momento de análisis del caso para calificarlo jurídicamente, sea flagrante o no, por medio de la observación de la diferenciación de exigencias normativas que se infiere del injusto penal (conducta, típica y antijurídica) y de los presupuestos del principio de culpabilidad; este operador de justicia aplique un examen de la culpabilidad debido basándose en criterios normativos.

El examen analítico en que consistiría el criterio sería el siguiente: verificar si la facultad de motivabilidad de la persona concreta se vio afectada por alguna situación fáctica o jurídica; y en caso de constatarse la integridad de esta facultad y la no afectación por ninguna causa, se pasa a analizar el peso de las exigencias normativas y se analiza si se corresponden con el bien jurídico del tipo penal que es objeto de un replanteo. Esta es la fórmula que el examen de culpabilidad y de análisis de las causas de inculpabilidad, deben seguir.

## RECOMENDACIONES

- Por medio de campañas para reeducar a los personeros de los órganos jurisdiccionales, el consejo de la judicatura pudiera lograr una afinación de su análisis judicial, mismo que como quedó demostrado es insuficiente para un análisis material de la culpabilidad y de las causas de inculpabilidad;
- No se recomienda ninguna reforma legal, puesto que la respuesta para alcanzar el objetivo del análisis judicial eficiente consiste en un cambio de criterio proveniente de la doctrina; y,
- Se advierte que de no darse este cambio el análisis judicial insuficiente puede desembocar en problemas mayores; desde una perspectiva pragmática, se puede emitir una sentencia condenatoria con pena privativa de libertad cuando lo debido hubiese sido una medida de seguridad o viceversa; y, se puede imputar culpabilidad a sujetos irresponsables en razón de su déficit de comprensión de la ilicitud de su conducta, o en razón de su déficit volitivo devenido de alguna imposibilidad para determinarse de acuerdo a su comprensión de la ilicitud de su actuar.

## BIBLIOGRAFIA

- Aguiló Regla, J. (2008). Sobre Derecho y argumentación., (págs. 23 - 24). Alicante.
- Autoridad de Transito Municipal contra Ramos Angel , 09285-2019-01751 (Juzgado de Contravenciones de la Unidad Judicial Penal Norte del Guayas 19 de Junio de 2019).
- Carrara, F. (1859). *Programa de derecho criminal*. Pisa: Temis.
- Ciceron, M. T. (46 a.c.). *Las paradojas a M. Bruto* (Vol. Vol. II). Roma: El Ateneo.
- Codigo Organico Integral Penal . (10 de Agosto de 2014). Quito, Pichincha, Ecuador.
- Codigo Penal . (22 de enero de 1971). Quito, Pichincha, Ecuador.
- Codigo Penal de la Nacion Argentina. (29 de Octubre de 1921). Argentina.
- Codigo Penal Federal*. (1931). Mexico : Asamblea Naciona.
- Encalada Hidalgo, P. (02 de Febrero de 2014). Teoria constitucional del delito y el Codigo Organico Integral Penal. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Estado: Fiscalia, IESS, PGE y Ministerio de Industrias y Productividad contra Maria Sol Larrea Sanchez, 17282-2017-03000 (Juzgado de garantias penales de la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia de Ñaquito 8 de marzo de 2018).
- Feijo Sanchez, B. (2007). *Normativizacion del derecho penal y realidad social* . Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia .
- Fiscalía cuarta de delitos contra la administracion publica del Guayas y PGE contra Montiel Veliz Jose, Ortiz Solorzano Carolina y Rodriguez Arias Christian , 09903-2010-0155 (Tercer tribunal de garantias penales del Guayas 01 de marzo de 2010).

- Fiscalia General del Estado contra Camino Jaramillo Kenyi Xavier & Ramos Zambrano Angel, 23281-2019-06277 (Juzgado de la Unidad Judicial Penal y de Transito del canton Santo Domingo 6 de diciembre de 2019).
- Frisch, W. (2012). Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad. *InDret*, 64-71.
- García Cavero, P. (2014). *Derecho Penal Económico Parte General*. Lima: Jurista Editores .
- Grosso Garcia, M. S. (2006). *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Joachim Hirsch, H. (1999). *El principio de culpabilidad y su funcion en el derecho penal* . Buenos Aires: Temis.
- kant, I. (2015). *Principos metafisicos del derecho*. Buenos Aires: Heliasta.
- Kindhauser, U. (1995). La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad. (págs. pp. 701-733). Rostock: ARA editores .
- Ley Organica Reformatoria al Codigo Organico Integral Penal. (24 de Diciembre de 2019). *Ley Organica Reformatoria al Codigo Organico Integral Penal*. Quito, Pichincha, Ecuador: Asamblea Nacional.
- Lopez Diaz, C. (Agosto de 1999). *unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj*. Obtenido de [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj\\_20080609\\_13.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf)
- Mezger, E. (2010). *Tratado de Derecho Penal* (Vol. Tomo II). Buenos Aires: Hammurabi.
- Muñoz Conde, F. (2018). *Teoría General del Delito*. Bogotá: Editorial Temis.
- Roxin, C. (31 de Mayo de 2016). *Youtube*. Obtenido de Youtube: <https://www.youtube.com/watch?v=RqYpp7csNV8>
- Sacoto de Merlyn, P. (2013). *Compendio de Introduccion al Derecho Penal*. Quito: Cevallos editora juridica.

Vela Treviño, S. (1977). *Culpabilidad e Inculpabilidad teoría del delito*. Mexico: Editorial Trillas.

Von Lizst, F. (1999). *Tratado de Derecho Penal* (Vol. Tomo II). Madrid: Reus.

Zaffaroni, E. (2006). *Manuel de Derecho Penal Parte General* . Buenos Aires: Ediar.



**Presidencia  
de la República  
del Ecuador**



**Plan Nacional  
de Ciencia, Tecnología,  
Innovación y Saberes**



**SENESCYT**  
Secretaría Nacional de Educación Superior,  
Ciencia, Tecnología e Innovación

## **DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN**

Yo, **Vásquez Cedeño, Geovanny Andrés**, con C.C: # **0926036823** autor del trabajo de titulación: **El Análisis Judicial de la Culpabilidad Penal: fundamentación tradicional y posterior a la reforma penal del 24 de diciembre del 2019**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la Republica del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 18 de febrero del 2020

f. \_\_\_\_\_

**Nombre: Vásquez Cedeño, Geovanny Andrés**  
**C.C: 0926036823**

## **REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA**

### **FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN**

<b>TEMA Y SUBTEMA:</b>	El Análisis Judicial de la Culpabilidad Penal: fundamentación tradicional y posterior a la reforma penal del 24 de diciembre del 2019.		
<b>AUTOR(ES)</b>	Vásquez Cedeño, Geovanny Andrés		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES)</b>	Almeida Delgado, Giancarlo Ladislao		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>FACULTAD:</b>	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
<b>CARRERA:</b>	Derecho		
<b>TÍTULO OBTENIDO:</b>	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	18 de febrero del 2020	<b>No. DE PÁGINAS:</b>	43
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Filosofía del Derecho.		
<b>PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:</b>	Principio De Culpabilidad – Responsabilidad – Motivabilidad - Exigencias Normativas - Culpabilidad Material – Dogmatica.		
<b>RESUMEN/ABSTRACT:</b>	<p>El presente trabajo de titulación tiene como objetivo analizar, bajo criterios de interpretación dogmáticos-argumentativos y de análisis jurisprudencial; como una perspectiva diferente a la tradicional, del principio de culpabilidad penal, puede proporcionar argumentos para replantearse el análisis judicial del juicio de reproche de una manera en que se realicen mejor los principios jurídicos subyacentes a esta institución jurídica. La disparidad judicial de criterios existe por lo que se dan casos con supuestos de hecho parecidos en los cuales los resultados son un azar y no poseen la debida uniformidad de criterios, lo que desemboca en diversos resultados tales como: sentencias condenatorias no debidas, sentencias absolutorias que debieron ser condenatorias, se dan decisiones judiciales y fiscales extraoficiales que determinan un cambio en el proceso de imputación que un tipo penal debe seguir, etc. Por lo cual se vuelve necesario desarrollar criterios de fácil entendimiento y aplicación, para obtener como consecuencia la justicia materializada en la uniformidad de criterios judiciales y fiscales al deliberar respecto a la culpabilidad jurídico penal del procesado. Para ello se ha revisado información de distintas fuentes bibliográficas de juristas, cuerpos normativos y jurisprudencia aplicada al caso concreto; y, finalmente, se recurre a las normas objeto de la última reforma penal al C.O.I.P.</p>		
<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>	<b>Teléfono:</b> +593- 0983263167	<b>E-mail:</b> geo_v@hotmail.com.ar	
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::</b>	<b>Nombre:</b> Reynoso Gaute De Wright, Maritza Ginette		
	<b>Teléfono:</b> +593-994602774		
	<b>E-mail:</b> maritzareynosodewright@gmail.com		
<b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>			
<b>Nº. DE REGISTRO (en base a datos):</b>			
<b>Nº. DE CLASIFICACIÓN:</b>			
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>			