MANUAL DE DERECHO PENAL ECUATORIANO

Dr. Ernesto Albán Gómez

PARTE GENERAL

INTRODUCCIÓN

El presente Manual de Derecho Penal Ecuatoriano se elaboró como fruto de la experiencia acumulada en la cátedra de Derecho Penal, que he dictado durante varios años en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y en otras universidades del país. Por tal razón, su contenido y su distribución en capítulos corresponden básicamente al programa utilizado en dicha cátedra.

Sin embargo de su origen fundamentalmente académico, se ha creído oportuno publicarlo dentro de la Colección Profesional, programada por EDICIONES LEGALES e incluirlo en sus productos electrónicos, por considerar que constituye una revisión analítica del Derecho Penal referido en forma directa al sistema jurídico ecuatoriano. Por lo tanto su utilidad va más allá del ámbito universitario y puede constituir un auxilio eficaz para el abogado y el juez, o para quien desee aproximarse a las complejas y, por lo mismo, controversiales cuestiones que se debaten en esta materia. Especialmente si se toma en cuenta la escasez de obras ecuatorianas en el ámbito penal, en marcado contraste con la abundancia de bibliografía extranjera.

La especial referencia a la legislación ecuatoriana no impide, por supuesto, que en el tratamiento de ciertos temas se haya partido de una visión doctrinaria global. Así, por ejemplo, en lo relativo a los problemas iniciales del jus puniendi, a los caracteres del Derecho Penal o al aporte de las distintas escuelas y tendencias; pero al examinar los temas de la ley penal y sus efectos, el delito y la pena y, especialmente, en el tratamiento de la parte especial, es decir de los delitos en particular, se ha tenido fundamentalmente en cuenta la norma vigente en el país, aunque siempre con un acentuado carácter crítico.

El carácter expositivo y didáctico del Manual ha llevado a la necesidad de eliminar las referencias y notas de pie de página, propias de los trabajos científicos. Esto no impide que se deje expresa constancia de la deuda que este Manual tiene con los grandes penalistas antiguos y contemporáneos, en especial con aquellos cuyos nombres aparecen constantemente citados, en apoyo de puntos de vista aquí mantenidos, y cuyas obras quedarán expresamente citadas en la bibliografía que se agrega al final de la obra.

El Derecho Penal es una ciencia en permanente ebullición, que constantemente somete sus principios a una profunda revisión. Por esta razón, y en vista de que este Manual aspira a contribuir a ese debate, está siendo actualizado en forma permanente para ponerlo al día en el análisis de las nuevas tendencias y en la renovación de las instituciones. Además, las continuas, y en muchos casos poco meditadas, reformas que sufre la legislación nacional nos obligan a poner al día su texto.

Capítulo I
GENERALIDADES

1.- Control social y Derecho Penal

El Derecho Penal puede ser visto, y conceptualizado, desde una doble perspectiva. Fuera del ámbito estrictamente jurídico, la sociedad considera al Derecho Penal, más exactamente a las leyes penales, como un mecanismo de control social y de represión, conjuntamente con la policía y los jueces. Estos instrumentos se han vuelto necesarios porque la experiencia de la vida social demuestra que, en determinados momentos, ciertos individuos incurren en conductas que atentan gravemente contra los derechos de los demás y que, en general, desconocen las reglas básicas que rigen la convivencia. Desde épocas muy antiguas, anteriores inclusive a la organización del estado, tales actos han sido condenados desde el punto de vista de la religión y de la moral, pero también han sido reprimidos con dureza por la sociedad.

La reiteración de tales conductas atentatorias y de la reacción represiva consiguiente hicieron surgir normas, que hoy denominamos penales, que establecían castigos predeterminados a los que quedaban sometidos los "infractores". La evolución de la sociedad, la aparición y la consolidación del estado de derecho y la necesidad de regular cuidadosamente el conjunto de sanciones, para limitar la actividad represiva a los casos indispensables y evitar las arbitrariedades del poder, dieron lugar a que este mecanismo de control y represión se regularizara y formara un sistema de normas que conocemos con el nombre de **Derecho Penal.**

Derecho Penal subjetivo y objetivo

Desde una perspectiva jurídica, el Derecho Penal podría ser considerado conforme a la tradicional, aunque muy discutida, doctrina que considera que el Derecho, en general, debe ser entendido y puede ser examinado desde un doble punto de vista: **subjetivamente**, como la facultad o potestad moral inherente a la persona, que le permite hacer, no hacer o exigir algo de otro; y **objetivamente**, como la norma jurídica positiva, a través de la cual se reconoce la facultad de esa persona, se la regula y limita. Se trata, por lo tanto, de dos conceptos correlativos: el derecho subjetivo se manifiesta y concreta a través del derecho objetivo.

Tal punto de vista podría también aplicarse al Derecho Penal. **Derecho Penal subjetivo** sería la potestad, no de persona alguna, sino del estado, de sancionar a quienes han ejecutado actos que el propio estado ha calificado como gravemente atentatorios del orden social y de los derechos de los asociados. Este derecho subjetivo sería el jus puniendi (derecho de castigar), como lo llaman los tratadistas, cuyo significado, alcance y justificación plantean los problemas más complejos y, al mismo tiempo, fundamentales de la ciencia jurídico-penal. **Derecho Penal objetivo** sería entonces el conjunto de normas expedidas por el órgano legislativo del estado, a través de las cuales se regula el ejercicio del jus puniendi, estableciendo delitos, como presupuesto jurídico esencial, y penas, como su consecuencia necesaria (Mezger). También en este caso, el

derecho subjetivo se manifiesta en el derecho objetivo, que además lo regulariza y limita.

Modernamente se ha tratado de completar este último concepto por parte de algunos autores que sostienen que el Derecho Penal no puede circunscribirse a la tarea que consideran estrecha y limitada de solamente establecer delitos y penas; es decir intervenir cuando se han producido ya lesiones de los derechos ajenos. Piensan que hace falta darle una función adicional: adoptar medidas que tengan por objeto la prevención de los delitos (Mezger), o diseñar medios de lucha contra la criminalidad (Mayer). Es decir estos autores consideran que el Derecho Penal, a más de intervenir cuando ya se ha cometido un delito para imponer la correspondiente sanción, debe desempeñar por añadidura una labor esencialmente preventiva.

No puede desconocerse ciertamente la importancia que tienen las tareas destinadas a prevenir la comisión de delitos, pero no está claro, en el actual estado del Derecho, cuál podría ser el papel específico del Derecho Penal dentro de tales tareas. Algunas normas que se han dictado en ciertos países (bajo la denominación, por ejemplo, de medidas de seguridad, aplicables a situaciones predelictuales de peligrosidad) han sido objeto de severas observaciones, pues abren resquicios a la arbitrariedad, con grave riesgo del respeto debido a los derechos humanos.

Se trata sin duda de un tema que el Derecho Penal deberá examinar en el futuro con profundidad y cuidado; y en el cual habrá que determinar claramente si le corresponde al Derecho formular tales acciones preventivas o, si más bien, son actividades propias de la gestión político-administrativa del estado. No se debe perder de vista que el origen del delito es muy complejo, tiene raíces sociales, económicas, políticas, etc. que el estado debe tratar de corregir a través de las correspondientes acciones, dentro de las cuales el Derecho Penal tiene un papel muy reducido.

En definitiva, la consideración de un Derecho Penal subjetivo y de un Derecho Penal objetivo, aparte las controversias doctrinales sobre tal distinción, nos sirve de punto de partida para un doble análisis: primero, sobre el problema filosófico-jurídico del jus puniendi; y, segundo, sobre el contenido de la norma penal positiva, vigente en una sociedad determinada.

Dogmática penal

También las palabras Derecho Penal se utilizan para referirse a la ciencia que estudia tanto el jus puniendi (derecho subjetivo) como las normas de derecho positivo u objetivo, a través de las cuales se ejercita y limita esa potestad. A esta rama del saber jurídico se la conoce como dogmática penal, que a lo largo del tiempo ha guiado la evolución del derecho positivo y su aplicación jurisprudencia, rescatando principios y conceptos y poniendo límites a los intentos de arbitrariedad, irracionalidad e improvisación que suelen caracterizar en tantas ocasines al poder político, que se expresa en legisladores y jueces. En definitiva, el Derecho Penal como dogmática permitirá que se cumple el objetivo del Derecho en general: la realización de la justicia (Gimbernat Ordeig).

2.- El jus puniendi

Los anarquistas han negado la legitimidad del jus puniendi de una manera sistemática y absoluta. Si la vida social debe organizarse con prescindencia de toda autoridad o gobierno, se desecha la existencia misma del estado y, en consecuencia, su capacidad de sancionar penalmente. Si los únicos vínculos normativos en una sociedad son los dictados por la conciencia individual y por la solidaridad natural entre los hombres, no debe haber leyes penales, ni jueces, ni sanciones penales preestablecidas.

El ser humano nace bueno, afirman los anarquistas, y si se eliminaran las coacciones que impone la sociedad a través del sistema vigente, no llegaría a delinquir. Y aun en el caso de que, muy ocasionalmente, ocurriera algún acto gravemente atentatorio de tales sentimientos de solidaridad, habría que limitarse a esperar la reacción natural que en forma espontánea se tendría que producir, con características totalmente distintas a las penas creadas formalmente por las leyes, en las sociedades organizadas políticamente.

Jiménez de Asúa cita a algunos autores que, en sus obras, han negado el derecho del estado a sancionar. Tal vez el caso más interesante sea el del escritor ruso León Tolstoi, un "anarquista cristiano", que niega el jus puniendi, porque ninguna persona puede atribuirse la facultad de castigar a otro ser humano: *"¿Por qué y con qué derecho unos pocos hombres se arrogan el poder de encarcelar, castigar, atormentar, pegar, desterrar y condenar a muerte a sus semejantes, siendo así que ellos no difieren de aquellos otros que por su orden son castigados, encarcelados y desterrados?"*

Habría que agregar que en la década de los ochenta del siglo pasado ha surgido una tendencia doctrinaria, la del abolicionismo, encabezada por el profesor holandés Louk Hulsman, que reclama la supresión total del sistema penal, el mismo que debería ser reemplazado por mecanismos de distinta naturaleza para solucionar los casos que actualmente son conocidos por la justicia penal.

La escuela de Kelsen y otros autores, que niegan que existan derechos subjetivos anteriores al orden jurídico vigente, reconocen de todos modos el jus puniendi. Kelsen habla de la "pretensión punitiva" del estado, como necesario contrapunto del deber jurídico, base de su doctrina. Ferri y Manzini califican el jus puniendi como un atributo de la soberanía estatal; es decir admiten la potestad del estado para incriminar determinadas conductas y aplicar las penas correspondientes, aunque rechacen el que esta potestad corresponda a lo que tradicionalmente se ha llamado un derecho subjetivo.

Así, entonces, con muy contadas excepciones, escuelas y autores de las más diversas tendencias y de posiciones ideológicas muy distantes entre sí, aceptan el jus puniendi. Se le dé este nombre u otro, se explique de muy diferentes maneras su fundamento o razón de ser, se reconoce que a lo largo de la historia el estado se ha reservado la atribución de sancionar penalmente. Más todavía, se coincide en que, dado el actual desarrollo de la humanidad y sin tomar en cuenta utopías futuristas, la sociedad no podría prescindir de un sistema de sanciones especialmente severo frente a conductas que atentan contra derechos y bienes básicos escogidos y protegidos por la propia sociedad.

El Derecho Penal permanece entonces como un mecanismo indispensable de defensa social, que recoge, encausa y limita la reacción instintiva y primitiva de la sociedad, en la que se entremezclan sentimientos de muy variada clase, frente a hechos injustos y violentos que lesionan intereses fundamentales de los asociados. En último término, y en la práctica universal de los pueblos, ésa es la explicación de la existencia del jus puniendi: al sancionar el estado al delincuente, a través de los mecanismos legales, se evita que la sociedad reaccione en forma igualmente violenta e injustificada, poniendo en serio riesgo las condiciones fundamentales de la coexistencia social, situación que lamentablemente se produce cuando en una sociedad se desconfía de la eficacia de los órganos oficiales.

3.- El fundamento de la sanción penal

A pesar de lo dicho anteriormente, una encarnizada discusión se ha producido entre los juristas al momento de determinar el fundamento filosófico-jurídico-moral de la sanción penal. Están de acuerdo en su existencia, pero esto no es suficiente, pues no logran coincidir en aspectos directamente relacionados con las funciones del Derecho Penal. ¿Qué función cumple este Derecho dentro de los objetivos generales del sistema jurídico? ¿Cuál es su objetivo particular? ¿Por qué el Estado ha establecido este complicado mecanismo de leyes, sanciones, jueces, tribunales y cárceles? Las respuestas que se dan, en vez de aclarar el panorama, aumentan la confusión.

Con grave preocupación, el profesor de Harvard, Lon Fuller, señala: *"El Derecho en los países occidentales demuestra su estado más insatisfactorio en el campo penal. El Derecho ya parece considerar el castigo como una* ***amenaza*** *tendiente a amedrentar a otros posibles criminales, ya como un acto ritual de* ***expiación*** *a cargo del culpable, ya como un instrumento para* ***erradicar*** *al hombre culpable de la sociedad y proteger a ésta del peligro representado por la repetición de la conducta delictiva, y, por último, también considera el castigo como un medio para la* ***reforma*** *social y moral del individuo... Mientras nosotros... no sepamos qué es lo que realmente deseamos... no lograremos ninguno de estos fines, sino tan sólo una confusión en que el crimen engendrará más crimen."*

Parecida incoherencia se advierte en dos normas de nuestro Derecho positivo. La Constitución (Art. 201) sostiene que: *"El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad..."* En cambio, el Código Penal, al definir en el Art. 1, lo que son las leyes penales, afirma que: *"... son todas aquellas que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena".*

No faltan penalistas que sostienen que este debate es ajeno al Derecho Penal y que compete más bien a la Filosofía del Derecho y aun al Derecho Constitucional. Ciertamente que el asunto tiene en esencia un contenido filosófico, pero no cabe iniciar una reflexión sobre el Derecho Penal sin plantearse estas cuestiones, aunque finalmente no sea posible llegar a conclusiones definitivas. Un estudioso del Derecho Penal tiene necesariamente que pronunciarse sobre algunos interrogantes que se formula, no sólo el abogado, sino el ciudadano común: ¿por qué el estado sanciona a los delincuentes? ¿la pena tiene o no un propósito definido? ¿se cumplen en realidad estos propósitos teóricos en la vida práctica de las sociedades?

Muchas respuestas se han dado a tales preguntas y debido a su naturaleza, no todas provienen del ámbito jurídico. Trataremos ahora de mostrar el panorama de las teorías que se han formulado para fundamentar la sanción penal, dividiéndolas en dos grupos: las llamadas teorías **retributivas o absolutas** y las teorías **preventivas, utilitarias o relativas**. Se encuentran por supuesto posiciones numerosas **mixtas o eclécticas**, que en definitiva son las que predominan en la doctrina y en la práctica.

a) Teorías retributivas o absolutas

Son aquellas que encuentran el fundamento y fin de la pena en su propia naturaleza. La pena realiza un ideal de justicia: es justa en sí misma, porque es la consecuencia necesaria y absoluta del delito, con prescindencia de cualquier utilidad que de ella pudiera derivarse. En definitiva, se **castiga** pura y simplemente **porque se ha cometido un delito.**

Estas teorías se denominan retributivas porque sostienen que el delito, que es un mal, **debe ser retribuido** indispensablemente con otro mal, que es la pena. Esta deberá ser proporcional al mal causado (como en la ley del talión: ojo por ojo, diente por diente) y su función jurídica, moral y social es restablecer el orden perturbado por el delito.

Según se asigne a la retribución una determinada orientación, estas teorías son de varias clases:

Retribución divina

Se considera al delito como una infracción de la ley de Dios. Dios mismo ha delegado a la autoridad el derecho de castigar el mal con las penas que, en último término, Él mismo impone o, al menos, respalda. El juez, por supuesto, responderá ante Dios por el buen o mal uso que hiciere de potestad tan importante. Este criterio prevaleció en las sociedades primitivas y de alguna manera se mantiene aún ahora en algunos países de culturas jurídicas diferentes a las de nuestra tradición.

Retribución expiatoria

La reacción expiatoria es común a las sociedades primitivas; pero reaparece en los tiempos modernos, en sociedades que se llaman civilizadas, cuando un delito especialmente alarmante o una ola delictiva conmueven a la opinión pública. La reacción es entonces emplear la sanción penal con un contenido expiatorio.

La expiación no es otra cosa que colocar la razón de ser de la pena en el dolor y la purificación. El delincuente debe pagar su culpa y debe hacerlo en forma pública, espectacular y aflictiva, porque sólo entonces el mal queda reparado y la sociedad, que ha sufrido el mal, se siente satisfecha y purificada.

Retribución moral

Fue Kant el expositor de esta teoría en su obra **Fundamentos metafísicos de la**

doctrina del derecho. La hipótesis que ahí plantea revela a plenitud su punto de vista de que la pena responde a una necesidad moral: *"Si una sociedad llegara a disolverse por el consentimiento de todos sus habitantes, como si, por ejemplo, un pueblo que habitase una isla decidiese abandonarla y dispersarse, el último asesino detenido en una prisión debería ser ejecutado antes de esa disolución, a fin de que cada uno sufriese la pena de su crimen y de que el crimen de homicidio no recayese sobre el pueblo que descuidase el imponer este castigo."*

El ejemplo muestra claramente la concepción kantiana de que la ley penal nace como un imperativo categórico, según el cual el delincuente debe ser sancionado por una necesidad moral, que obliga a la sociedad a castigarlo y no por ninguna consideración utilitaria que, en el ejemplo, quedaría totalmente descartada. Es esta razón moral, individual y socialmente considerada, la que justifica la propia existencia humana.

Retribución jurídica

Expuesta por primera vez por Hegel, en su **Filosofía del derecho**, ésta es la más extendida entre las teorías retributivas. Según ella, la pena tiene una función dialéctica: reaccionar contra el delito, que es la negación de la ley; pero al ser la pena la negación de la negación, no sólo que anula jurídicamente el delito, sino que restablece la integridad de la ley, del Derecho. La pena no es algo extraño al delito, es su propio desenvolvimiento, la "otra mitad" del delito.

Concebida así la pena, se concluye que es justa en sí misma; pero también es justa en relación al delincuente, quien con su acto de violencia se ha excluido voluntariamente de la sociedad. Al ser sancionado se reintegra al orden jurídico, ya que es un hombre y no un animal nocivo; a este último no se le pena sino que simplemente se lo elimina.

b) Teorías preventivas, utilitarias o relativas

Estas teorías se oponen al criterio retributivo, al cual consideran como un eufemismo para disimular la concepción de la pena como un simple acto de venganza. En contraposición, señalan que la pena debe tener una utilidad: debe ser también un medio empleado por el estado, junto a otros de diversa naturaleza, en la prevención y en la lucha contra la criminalidad. Según esto, se **castiga para que no se cometan delitos**. El delito es, ciertamente, el presupuesto de la pena, pero no su fundamento.

Se llaman también teorías relativas por cuanto la pena, al carecer como queda dicho de un fundamento absoluto, puede variar entre la severidad y la benignidad, según sea necesario de acuerdo al criterio del legislador, a la situación de una sociedad en un momento dado y al comportamiento de sus integrantes.

Las teorías preventivas se dividen así mismo en dos corrientes, según su destinatario sea el conjunto de la sociedad **(prevención general)** o los delincuentes en concreto **(prevención especial)**. Además una y otra se expresan bajo una **fórmula negativa o positiva.**

Prevención general negativa o amenaza

Anselm von Feuerbach fue el principal expositor de la prevención general, la más difundida y aceptada entre las teorías que pretenden dar a la pena una finalidad práctica. En su versión negativa la prevención general trata de combatir al delito amenazando a los habitantes de la sociedad con la aplicación de sanciones más o menos severas en el evento de que cometan delitos. Pero, también, demostrando que la pena efectivamente se aplica cuando alguno de tales habitantes hubiere positivamente delinquido.

Prevención general positiva o disuasión

En su versión positiva, la prevención general trata de convencer a los habitantes de la sociedad de la necesidad de someterse a la ley, de tal manera que se los disuada psicológicamente de cualquier propósito de cometer una infracción.

Prevención especial negativa o erradicación

Según este punto de vista, la finalidad preventiva de la pena se dirige al delincuente mismo: hay que evitar que vuelva a cometer delitos, para lo cual hay que aislarlo internándole en lugares especialmente diseñados para este propósito: las cárceles. Su readaptación a la vida social, si llega a darse, será como resultado de su reflexión personal; pero si este cambio no fuere posible (el caso de los reincidentes), se deberá adoptar como penas la erradicación definitiva y aun la eliminación física.

Prevención especial positiva o rehabilitación

En este caso la prevención especial enfoca de una manera radicalmente distinta el proceso de ejecución de las penas, en especial las que consisten en privación de la libertad. Sus defensores sostienen que hay que aprovechar el tiempo de permanencia de los condenados en las cárceles para producir una transformación de su personalidad, tanto en el orden moral y psicológico, como en el educativo y laboral. Los partidarios de esta teoría, que suele llamarse correccionalista o rehabilitadora (los penalistas alemanes la llaman resocializadora), son muy numerosos, pues es, en los últimos tiempos, la tendencia predominante en círculos penales. Su más original exponente fue el español Pedro Dorado Montero, para quien el delincuente es un enfermo y la pena es un remedio que busca curarlo y reintegrarlo a la sociedad como un hombre sano. Es por lo tanto un bien y no un mal, como ordinaria y equivocadamente se la considera.

c) Teorías o posiciones mixtas o eclécticas

Más allá de las discusiones y divergencias teóricas, en la práctica ha resultado imposible diseñar un sistema penal que tenga, como fundamento y fin de la pena, una sola teoría o un solo punto de vista.

Así, por ejemplo, ceñirse únicamente al criterio retributivo parece demasiado inflexible y hasta inhumano y en todo caso inconveniente para los intereses concretos de una sociedad, que busca sobre todo resultados prácticos; pero en todo caso, aunque hay autores que lo niegan, siempre habrá en la ley penal un ingrediente retributivo que toda sociedad considera indispensable.

No está claro tampoco que la prevención general, a base de la intimidación o la disuasión, rinda en todos los casos los frutos que de ella esperan sus propugnadores. Estadísticamente se ha demostrado que no son convincentes los resultados obtenidos en países que han agravado las penas con este objetivo, y lo mismo se advierte de estudios comparativos entre distintos estados con leyes penales diferentes. Es evidente que no siempre el temor a la sanción es capaz de impedir que el potencial delincuente se inhiba de realizar el acto punible, aunque también hay personas que retroceden por esta causa, especialmente tratándose de infracciones leves, pues en el caso de delitos más graves, las razones que inhiben a potenciales delincuentes son más bien de carácter moral y personal.

También la prevención especial en sus dos vertientes merece cuestionamientos. La pura erradicación lo único que consigue es aumentar la población carcelaria con todos los riesgos que esto implica. Y la rehabilitación tampoco resuelve el problema de los condenados por la heterogeneidad de los delincuentes y la muy difícil determinación de la fórmula de rehabilitación que sería aplicable a cada tipo. En muchos casos se ha revelado imposible y en otros (aquellos delitos que modernamente se califican como de "cuello blanco", es decir delitos de carácter económico cometidos por personas de altos niveles culturales y sociales) no está claro en qué consistiría el proceso de rehabilitación. A pesar de ser hoy día la tendencia predominante, en la práctica hay muchos obstáculos que impiden aplicarla íntegramente: falta de locales y personal apropiado, resistencia de la propia sociedad, que tal vez no está todavía preparada para llevarla adelante con seriedad. Posiciones últimas sobre la rehabilitación tienden a considerarla, más que un fundamento del sistema penal, un derecho de los condenados.

4.- Denominación

El nombre de Derecho Penal es el que más se ha empleado para referirse a esta rama del Derecho, pero en el curso de los siglos se han utilizado o se han sugerido otras denominaciones que vale la pena recordar, por cuanto ponen en claro algunas tendencias en relación a su finalidad y a su concepción misma. Así, por ejemplo:

a) Derecho de castigar: nombre histórico, que no es sino la traducción literal del jus puniendi latino. Así se denominaron algunas leyes hasta el siglo XVIII. Hoy día está totalmente en desuso, pues subraya exclusivamente el carácter expiatorio de la sanción.

b) Derecho criminal: se usó en muchos países y se emplea todavía en los de tradición jurídica anglosajona (criminal law). Modernamente tiene poca aceptación, por cuanto pone el énfasis en la palabra "crimen", de evidente contenido peyorativo, ya desaparecida en la mayor parte de los códigos y que, de todas maneras, no es aplicable a todas las infracciones de las cuales se ocupa este Derecho.

c) Derecho sancionador: algún autor propugnó este nombre que no resulta adecuado. En efecto, todo Derecho, no sólo el penal, es sancionador, pues en todo Derecho se establecen mecanismos de coactividad, o sanciones, frente a posibles casos de incumplimiento de sus disposiciones. Así, hay sanciones civiles (la nulidad de un contrato o el pago de indemnizaciones), hay sanciones administrativas (multa o destitución de un funcionario), etc. Por supuesto, las sanciones que impone esta rama

del Derecho se caracterizan por su especial severidad, aunque son también sanciones como las otras.

d) Derecho protector de los delincuentes: este nombre fue propuesto por Dorado Montero, en consonancia con su idea de que el delincuente es un enfermo, que tiene derecho a una protección especial y no a un castigo. Esto significaría que las características fundamentales de este Derecho tendrían que sufrir modificaciones básicas, alternativa que por ahora es simplemente utópica.

e) Derecho de defensa social: nombre adoptado por el Código cubano de 1936, por influencia de la escuela positiva, pero que excede de las finalidades y posibilidades de esta rama del Derecho, pues comprendería también los objetivos de otras leyes y de actividades político-administrativas del estado. Es un nombre que dice mucho más de lo que realmente pretende y puede ser este Derecho.

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

5.- Titular y destinatario de las normas penales

Todo ordenamiento jurídico procede, se origina en un sujeto, **el titular**, y se dirige hacia otro sujeto obligado a acatarlo, **el destinatario.** De acuerdo con este principio general del Derecho, podemos formular las siguientes preguntas: ¿de quién procede y a quién se dirige la norma penal?

a) Titular

Se ha sostenido por historiadores del Derecho, que en ciertas épocas, personas particulares u organismos de distinta naturaleza ejercieron el jus puniendi, es decir tuvieron la potestad de determinar delitos y penas. Eran, por lo tanto, titulares del Derecho Penal.

Aunque tal afirmación resulta históricamente discutible, en todo caso uno de los caracteres esenciales del Derecho Penal moderno es haber reservado esta atribución exclusivamente para el estado. Ahora el asunto es incuestionable: **sólo el estado es titular del Derecho Penal**; sólo el estado puede expedir leyes que establezcan delitos y penas. Esta característica es una de las notas distintivas del Derecho Penal frente a otros derechos y de la sanción penal frente a otro tipo de sanciones.

Por ejemplo, las sanciones disciplinarias, que las instituciones públicas y aun las privadas imponen a sus miembros pueden aparentemente ser similares a las penales; pero las normas que establecen tales sanciones no se originan necesariamente en el estado y, por lo tanto, no son de carácter penal.

b) Destinatario

Este es un tema que ha provocado una ardua polémica entre los juristas y muy especialmente entre los filósofos del derecho.

La opinión tradicional ha sostenido que el Derecho Penal tiene como destinatarios a todos los habitantes de un país: la norma penal, se dice, contiene una prohibición que obliga a todos los miembros de la sociedad.

Frente a este punto de vista ha surgido la opinión de otros autores, especialmente Ihering, quien afirma que las leyes penales tienen como destinatarios a los organismos del propio estado y especialmente a los jueces; pues, antes que prohibiciones generales, contiene mandatos específicos que los jueces y otros organismos están obligados a cumplir.

Analizando la ley penal, afirma Ihering que no está redactada como una prohibición o un mandato general. En efecto, no dice: "No matarás" o "no robarás"; tampoco: "Está prohibido matar" o "robar" o "violar". La ley penal está concebida más bien como una hipótesis de hecho: "Si alguien matare a otro, será reprimido con tal pena". Tal disposición legal se dirige expresamente al juez, quien está obligado a comprobar si efectivamente alguien mató a otro y, si tal hipótesis resultare verdadera, queda obligado también a aplicar la sanción que la ley ha previsto y que organismos del estado se encargarán de hacerla cumplir.

Vistas así las cosas, la ley penal solamente tendría existencia real cuando se cometen delitos y el juez queda jurídicamente conminado a hacerla efectiva. Hasta tanto la ley penal es una mera hipótesis que, a lo mejor, nunca se aplicará. Según esto la obligación general de no matar, no robar, etc., es anterior y superior a la ley penal.

Hay, en este punto, criterios intermedios que consideran que tanto el juez como los súbditos de un estado son los destinatarios del Derecho Penal. Así:

Explícitamente, la ley penal contiene un mandato al juez para que la aplique cuando alguien incurra en un delito;

Implícitamente, habría en el fondo de la ley penal un mandato general dirigido a todos los habitantes, que prohíbe cometer delitos o que, visto de otro lado, ordena respetar ciertos derechos.

6.- Caracteres del Derecho Penal

Nos referiremos en este punto a aquellos caracteres del Derecho Penal que más claramente lo diferencian y delimitan, aunque no todos estos caracteres sean aceptados por los diversos autores.

a) Público

Aunque, según se dijo anteriormente, hay autores que sostienen que en algunas sociedades primitivas y aun en las primeras épocas de Roma, el Derecho Penal tuvo un carácter privado, en los estados modernos ya nadie discute su carácter eminentemente público. Pero ¿por qué lo es? ¿qué significa que el Derecho Penal sea público?

La ley penal tiene un carácter público porque en su establecimiento y aplicación prevalece el interés general por sobre los intereses particulares que pudieren haber quedado afectados por la conducta delictiva. Cuando, por ejemplo, alguien mata o estafa a otro, se ha producido sin duda un atentado contra un bien jurídico particular; pero la sanción penal no se impone con un afán vindicatorio, ni siquiera intenta reparar el daño causado, lo cual en muchos casos es imposible. Se sanciona, en último término, para mantener en pie la protección a la vida o a la propiedad, no sólo como un derecho individual, sino como un derecho general, que importa al estado seguir defendiendo y manteniendo, por encima de las violaciones concretas que se hayan cometido contra esos derechos. Lo que está en juego, entonces, es el respeto a la "vida" y no únicamente la vida de tal o cual persona. Por eso será también homicida el que mate a un condenado a muerte, que iba a ser ejecutado al día siguiente. Aunque en este caso podría sostenerse que el interés individual ha desaparecido y que el homicida ha coincidido con lo resuelto ya por el estado, sigue en pie el interés público, más allá de cualquier circunstancia o situación concreta.

Naturalmente el estado concede a los particulares agraviados por el delito el derecho de reclamar las indemnizaciones o reparaciones a las que crea ser merecedor; e inclusive la mayoría de las legislaciones le permiten al ofendido ser parte en el juicio penal como acusador particular, con el mismo objetivo ya señalado. Posiblemente el caso más extremo es aquel en el cual el estado deja en manos del ofendido o agraviado la iniciativa procesal (delitos de acción privada: Art. 36 del Código de Procedimiento Penal), a tal punto que si el ofendido no acusa no habrá juicio penal.

Las modernas concepciones tienden cada vez más a concederle facultades para convenir con el autor del hecho formas de reparación, cuyo efecto puede ser hasta la extinción de la acción para perseguir el delito, inclusive los de acción pública, con anuencia de la fiscalía, en casos en que no está gravemente comprometido el interés público.

Pero, aun en estos casos se mantiene el carácter público de las normas penales, y como consecuencia directa y necesaria, sólo el estado:

Dicta leyes que determinan los delitos y las penas correspondientes;

Establece tribunales y juzgados para la administración de la justicia penal, es decir para comprobar la existencia de conductas delictivas, determinar las respectivas responsabilidades e imponer las penas preestablecidas;

Ejecuta las penas impuestas en sentencia, luego del juicio correspondiente.

b) Finalista

Parece evidente, aún contra la opinión de Kelsen y su escuela, que toda norma jurídica

persigue una finalidad. En términos del "deber ser", la finalidad consiste en asegurar, al amparo de la justicia, el orden y las condiciones de vida de quienes integran una sociedad. Este carácter adquiere mayor relevancia todavía en materia penal, por la forma especialmente enérgica con que actúa la ley en este ámbito; severidad que se justifica ciertamente por lo que es su finalidad específica.

En efecto, en materia penal, el sistema jurídico eleva a la categoría de **bienes jurídicos** a determinados intereses, individuales o sociales, pues considera que merecen una especial protección: la vida, la salud, la libertad personal, la propiedad, la honra, la seguridad del estado, la correcta administración pública, la fe pública, la salud pública, etc. La ley penal, precisamente, protege estos derechos sancionando con su característica severidad a quienes los atacan, en los casos y con las condiciones establecidas por la misma ley.

El concepto de bien jurídico está indisolublemente unido al carácter finalista del Derecho Penal; pero entendido este concepto, no como una suma caótica de intereses, atomizados y hasta contradictorios, sino como el conjunto armónico de requisitos esenciales de la vida social, entre los cuales está el respeto a los derechos individuales por supuesto y simultáneamente la búsqueda del bien común.

Y esto nos lleva a otra importantísima conclusión: la delicadeza del sistema jurídico-penal hace indispensable que el estado sea moderado y cauteloso en el empleo de la ley penal; no abuse de ella, no la utilice innecesariamente. No todo interés, por legítimo que sea, merece protección penal; ni todo ataque a un bien jurídico debe ser considerado como delito. Hace falta que el estado maneje con sabiduría, con prudencia, este instrumento jurídico de naturaleza tan especial. La ley penal será siempre la "última ratio", el último argumento que emplea el estado en los casos extremos, para obtener el respeto a los bienes jurídicos. Como señalaremos más adelante: **la intervención penal debe ser mínima.**

c) Valorativo

Si el Derecho Penal es finalista, se debe concluir que también será necesariamente valorativo. En efecto, si la ley penal se dicta para proteger con especial énfasis determinados bienes jurídicos, cabe preguntarse ¿por qué el legislador ha preferido esos intereses y derechos para elevarlos a la categoría de bienes jurídicos y no ha escogido a otros? La respuesta es obvia: porque el legislador, al dictar la ley penal, ha hecho un juicio de valor, ha tenido presente una **escala de valores,** conforme a la cual ha encauzado su acción legislativa.

Ahora bien, esta escala de valores es fundamentalmente la manifestación de una **conciencia ética y cultural** predominante en una determinada sociedad. Basándose en ella, la sociedad, a través del legislador, señala cuáles deben ser aquellos valores que merecen protección penal y cuáles no. Por supuesto que en muchas ocasiones se entrecruzan consideraciones y aun condicionamientos de distinto orden: históricos, políticos y religiosos y hasta puntos de vista puramente pragmáticos.

La esencia del Derecho Penal es formular permanentemente juicios de valor. Lo hace al establecer delitos, o al suprimirlos; al elevar las penas de un delito, o al disminuirlas. En

eso consiste precisamente el delinear la **política criminal** de un estado, la misma que guiará su acción en este ámbito tan importante de la actividad pública.

Por eso también las leyes penales son las más arduamente discutidas. Su expedición significa el tomar decisiones sobre temas de gran trascendencia social, con implicaciones éticas y culturales frecuentemente controversiales. Esa es también la razón por la cual las leyes penales reflejan con gran exactitud la ideología dominante en un país, en un momento histórico dado.

Ejemplos abundantes y reveladores ilustran esta afirmación. El gran debate universal, antiguo y moderno, sobre la pena de muerte; la nueva óptica con que hoy se legisla sobre los delitos sexuales; la polémica sobre los casos de aborto no punibles; la naturaleza y el alcance del delito político y en especial el tratamiento que se debe dar al terrorismo; el debate que se ha abierto en muchas sociedades sobre la forma más adecuada de enfrentar el fenómeno del narcotráfico; la necesidad de prestar protección penal a nuevos intereses colectivos, como la defensa de la naturaleza y el medio ambiente; las nuevas implicaciones que se han planteado a propósito de la llamada delincuencia de cuello blanco, son, entre otros, temas en los cuales entran en juego convicciones morales, creencias religiosas, concepciones filosóficas, posiciones políticas, tradiciones culturales y necesidades prácticas de los estados.

d) Garantizador

Este carácter ha sido objeto de discrepancia entre los penalistas. Algunos (Carrara, Mezger) consideran que el Derecho Penal es constitutivo de derechos; en el sentido de que los bienes jurídicos, correlativos a cada ley penal, son establecidos o constituidos por la propia ley penal.

Así, por ejemplo, cuando la ley penal sanciona el homicidio o el robo, estaría simultáneamente constituyendo el derecho a la vida o la propiedad.

Frente a este criterio se impone la opinión mayoritaria de otros autores que califican al Derecho Penal como garantizador. Esto quiere decir que los bienes jurídicos, si no todos al menos buena parte de ellos, son constituidos, no por el Derecho Penal, ni siquiera por ninguna rama del Derecho en particular, sino por el orden jurídico general del país ("las normas", anteriores y superiores al Derecho positivo, que decía Binding). Los derechos protegidos penalmente, que se encarnan en los distintos bienes jurídicos, pertenecen precisamente a esta categoría. Lo que la ley penal hace es **garantizar su respeto** y reforzar su importancia, sancionando con especial energía a quienes atentan contra ellos.

Que el Derecho Penal sea garantizador y no constitutivo no significa que pierda o vea disminuida su autonomía científica o legal. La tiene, en lo primero, porque la doctrina penal se ha encargado de analizar y profundizar todos sus aspectos y problemas; y en lo segundo, porque el ordenamiento jurídico penal ha desarrollado principios propios que se incluyen con autonomía en todas las legislaciones.

e) Imperativo

El Código Civil (Art. 1) afirma que la ley manda, prohíbe o permite. El Derecho Penal, valorativo por antonomasia, cuando sanciona las conductas antisociales, pretende de alguna manera ir modelando la vida de la sociedad. Por eso la ley penal no permite a los ciudadanos ampliar o disminuir el alcance de sus disposiciones. La ley penal encierra, como se ha dicho antes, un doble mandato. Contiene un mandato general, así sea implícito o, si se quiere, la prohibición implícita de matar, violar o robar. Y contiene también el mandato explícito al juez de aplicarla cuando sea del caso.

Sin embargo, este mandato le concede al juez una facultad discrecional de actuación. Así, por ejemplo, el Código Penal ecuatoriano, como lo hacen casi todos los códigos penales del mundo. sanciona cada delito con una pena que oscila entre un máximo y un mínimo (el asesinato, de dieciséis a veinte y cinco años de reclusión) y el juez puede imponer al condenado cualquier pena entre esos dos límites. Igualmente se incluye en nuestra legislación (Art. 82) la condena condicional, según la cual el juez que encuentra culpable a una persona puede dejar en suspenso la ejecución de la condena.

Estos casos demuestran una tendencia, cada vez más difundida entre las legislaciones, aunque en la nuestra no se encuentre muy desarrollada, de permitirle al juez un margen de discrecionalidad en la aplicación de la facultad sancionadora, a fin de adecuarla a los casos concretos que conoce, siempre por cierto dentro de los lineamientos establecidos por la propia ley.

f) Aflictivo

La respuesta de la ley penal frente al delito es la imposición de una pena, y ésta consiste en la privación o en la disminución de un derecho personal del condenado: su vida, su integridad física, su libertad, su propiedad. Estas sanciones son, pues aflictivas, y tal calidad distingue a la sanción penal y al Derecho Penal, frente a cualquier otra sanción y a cualquier otra rama del Derecho.

Jiménez de Asúa hace en este punto una importante aclaración: la pena no es en sí un mal con que se responde a otro mal, pues esto sería retornar a un concepto puramente expiatorio. La pena es, sí, una retribución que produce o puede producir un sufrimiento en quien está obligado a cumplirla, y sólo en este sentido habrá que entender tal carácter.

Por supuesto que los propugnadores de las teorías correccionalistas más avanzadas niegan radicalmente este carácter, que juzgan absolutamente negativo y contradictorio frente a los objetivos de rehabilitación, que consideran la esencia del Derecho Penal moderno.

7.- Intervención penal mínima

Entre las posiciones utópicas que plantean la abolición del sistema penal en su conjunto, y la ilusión de suponer que a través de disposiciones penales se pueden solucionar los problemas más variados de la sociedad, como muchos suponen, se sitúa una opinión intermedia (A Baratta): admitir la necesidad de la intervención penal del estado,

indispensable para encausar y regular las reacciones sociales ante el delito; pero limitarla al mínimo posible.

Hay varias razones para sostener este criterio:

- el innegable carácter aflictivo de la sanción penal implica una violencia institucional, necesaria, pero que puede tener peligrosas desviaciones; y que, por otro lado, genera también, como reacción, una violencia social;

- en la práctica el funcionamiento del sistema penal es discriminatorio y selectivo, pues recae, en altos porcentajes, sobre determinados sectores de la población de un país, sin coincidir con su real participación en la comisión de delitos;

- la aplicación de las penas, especialmente de la privación de la libertad, no sólo que no cumple las finalidades que teóricamente tienen, sino que más bien provoca nuevos y graves problemas;

- la justicia penal es un campo especialmente propicio a la violación de los derechos humanos.

Por estas razones, lo aconsejable en una sociedad es recurrir al expediente penal solamente en casos muy concretos y en los cuales su utilización resulte plenamente justificada. Esto es cuando se trate de lesiones realmente graves a bienes jurídicos muy relevantes, con una estricta aplicación del principio de valoración; y cuando sea la última ratio, es decir cuando no haya otros expedientes jurídicos que puedan ser empleados eficazmente.

Una intervención penal mínima exige del legislador un amplio proceso de descriminalización, el establecimiento de penas alternativas y una reforma procesal profunda, revalorizando el papel del Ministerio Público y de las víctimas, etc.

8.- Las ciencias penales

El delito y la delincuencia son fenómenos complejos y multifacéticos. Por lo mismo, no sólo el Derecho se ocupa de ellos; otras ciencias también los estudian desde distintos ángulos. El penalista, por lo tanto, para la total comprensión del problema delictivo, requiere de una amplia gama de conocimientos a fin de ubicar con precisión el papel del Derecho Penal y la función de la ley penal en el análisis global del problema. Como legislador, como juez o como abogado, deberá realizar la conjunción, no siempre fácil, entre la abstracción jurídica y el hecho humano, que muchas veces parece desbordar las previsiones legales.

Con las ciencias que se ocupan del delito, de la delincuencia y del delincuente, y que cabe calificar como **ciencias penales**, puede hacerse la siguiente clasificación (Jiménez de Asúa):

a) Filosofía e historia:
- Filosofía del Derecho Penal;
- Historia del Derecho Penal;

- Derecho Penal comparado.

b) Ciencias jurídicas:
- Derecho Penal;
- Derecho procesal penal;
- Derecho ejecutivo penal.

c) Criminología (ciencia causal-explicativa):
- Antropología criminal;
- Psicología criminal;
- Sociología criminal;
- Penología;
- Victimología.

d) Ciencias auxiliares:
- Criminalística;
- Medicina legal;
- Psiquiatría forense;
- Estadística criminal.

No nos corresponde profundizar en el contenido de cada una de estas ciencias. En forma somera delimitaremos el ámbito específico de cada una de ellas y señalaremos su relación con el Derecho Penal.

a) Filosofía e historia

Es el legislador quien requiere fundamentalmente del aporte de estas ciencias, con miras a la formulación del futuro Derecho Penal o a la más exacta interpretación del Derecho vigente. La indagación filosófica, la investigación histórica y el análisis comparativo le prestarán precisamente elementos teóricos fundamentales para su tarea legislativa.

La filosofía del Derecho Penal le permitirá analizar los principios básicos sobre los cuales se sustentan las leyes penales; la función que cumplen en la sociedad; el alcance de los valores que se ha elevado a la categoría de bienes jurídicos: la vida, la libertad, la propiedad, etc. Así mismo, este estudio le hará profundizar en el sentido exacto de conceptos, como libertad o culpabilidad, que influyen directa o indirectamente en la formulación de esos principios.

La historia del Derecho Penal le servirá para apreciar la evolución de las normas penales a través de los tiempos, ya como hechos legislativos en sí mismos, ya como manifestación de un pensamiento científico o como expresión cultural de un pueblo. La historia analiza las instituciones penales y sus distintas modalidades, las razones que se adujeron en las diversas etapas históricas para mantener o suprimir tales instituciones, los efectos producidos con la aplicación de las distintas leyes, etc.

El Derecho Penal comparado mostrará la realidad de las legislaciones actualmente vigentes en los distintos países, para cotejarlas con la legislación nacional y juzgar a ésta con más abundantes elementos de análisis.

b) Ciencias jurídicas

El derecho positivo vigente en el orden penal se manifiesta a través de las siguientes ramas:

Derecho Penal: como se ha dicho anteriormente, nos referimos con este nombre al conjunto de normas jurídicas vigentes, destinadas a regular la actividad punitiva del estado, estableciendo delitos y penas. Por tal razón, esta ciencia, que es precisamente el objeto de nuestro estudio, delimita el ámbito de investigación de las otras ciencias penales.

Derecho Procesal Penal: en épocas pasadas esta rama del Derecho estuvo incorporada al Derecho Penal. Modernamente ha adquirido una indiscutible autonomía, con carácter y contenidos propios, aunque permanece íntimamente vinculada al Derecho Penal.

La función del Derecho Procesal Penal es hacer posible la aplicación de la pena a quien hubiere cometido un delito, determinando las normas de procedimiento que se emplearán en su enjuiciamiento. Por supuesto que el resultado del proceso será una condena, si el enjuiciado fuere culpable; pero tendrá que ser una absolución, si fuere inocente.

Sin ánimo de detallar y menos de profundizar en el contenido de las normas procesales, muy brevemente indicaremos que éstas se refieren a los siguientes aspectos:

- reglas para determinar la competencia de los jueces;

- formas en que se ejerce la acción penal;

- participación dentro del proceso del Ministerio Público y del agraviado;

- garantías para que el acusado pueda utilizar los medios de defensa que crea convenientes;

- etapas del proceso y diversos actos procesales;

- medidas cautelares (prisión preventiva, por ejemplo) que pueden ser ordenadas por el juez;

- medios de prueba destinados a establecer la existencia del delito y la responsabilidad de los autores y partícipes;

- recursos con los cuales se impugnan las sentencias y otras resoluciones de los jueces y tribunales.

Derecho Ejecutivo Penal: se ha discutido mucho respecto a la autonomía de esta rama jurídica. Hay quienes la niegan y consideran que la ejecución de las penas pertenece al ámbito del Derecho Administrativo, que regula las distintas actividades del estado.

Hay quienes sostienen, en cambio, que el Derecho Ejecutivo Penal ha logrado ya conquistar su autonomía estableciendo normas propias que se aplican con posterioridad a la expedición de una sentencia condenatoria. Según las tendencias actuales se concede a estas reglas una importancia decisiva, por cuanto durante la etapa de ejecución, jueces especiales deberán hacer un seguimiento continuo del cumplimiento de las penas y podrán en cualquier momento sustituirlas, suspenderlas o reiniciarlas en conformidad con el comportamiento del condenado.

En el Ecuador está vigente (desde el 9 de julio de 1982) el Código de Ejecución de Penas y de Rehabilitación Social, que recoge precisamente algunos de los principios doctrinarios característicos de esta nueva rama del Derecho. Tal es en verdad el espíritu del Código, especialmente visible en las declaraciones expresas del Art. 1. Las normas que el Código contiene deben aplicarse a:

- la ejecución de las penas privativas y restrictivas de la libertad;

- la concesión de rebajas en el cumplimiento de esas penas;

- la regulación de las fases de prelibertad y de libertad controlada;

- el tratamiento y rehabilitación integral de los internos y su control postcarcelario;

- la conformación y funcionamiento de los organismos encargados de dirigir la política de rehabilitación y de administrar los centros de rehabilitación.

Sin duda fue positiva la intención con que este Código se redactó y expidió, pues se quiso actualizar, transformar, humanizar el sistema penitenciario del país, en consonancia con las normas constitucionales y con la tendencia penal moderna, en que la rehabilitación ocupa un primer plano. Pero, sin tomar en cuenta algunos criterios muy discutibles de su contenido, en alto porcentaje no ha podido ser aplicado, tanto porque algunas de sus disposiciones están supeditadas a otras reformas legales, que no se han realizado, como también por deficiencias en la estructura penitenciaria del país, que tampoco han sido corregidas. Por otra parte, era muy discutible que la parte estrictamente jurídica de la aplicación de las penas, incluidas la concesión de rebajas, esté confiada a un órgano de la administración dependiente del Ejecutivo. Con la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial, se han creado juzgados de garantías penitenciarias (Art. 230) con la función específica de dictar las resoluciones que sean necesarias para el cumplimiento de condenas, entre otros temas los procesos de rebajas, libertad controlada, modificación de condenas, etc.

c) Criminología

Esta ciencia tiene relativa novedad en el ámbito penal. Surgió en el siglo pasado como una aplicación del positivismo científico al estudio del fenómeno de la criminalidad.

En sus comienzos, y precisamente por influencia del positivismo, la criminología se trazó una meta clara y fundamental: **encontrar las causas individuales y sociales del delito;** lo cual significaba no sólo descubrir las motivaciones por las cuales una persona llega a la resolución delictiva, sino también penetrar en el interior de los hechos

criminales tal como éstos suceden, tal como los ejecuta el delincuente de una manera determinada; y aun interpretar las acciones que éste realiza después de cometido el delito. Por esta razón esta ciencia fue calificada en su momento como **causal-explicativa.**

Sin embargo, frente a esta posición tradicional, la criminología moderna se ha planteado otras preocupaciones y otros objetivos mucho más amplios. Examinar no solamente el caso del sujeto criminal y de su entorno, sino también las reacciones de la sociedad en su conjunto frente al fenómeno delictivo, tratando de determinar el sentido mismo de las leyes penales y procesales y de todos los mecanismos empleados por el estado, incluidos los policiales, judiciales y penitenciarios. También se ha ocupado de materias y problemas concretos y específicos, como son, por ejemplo, los relacionados con la delincuencia juvenil o la llamada criminalidad de "cuello blanco". Por eso, como sugieren algunos autores (Debuyst), a la criminología le correspondería estudiar globalmente el delito, el delincuente, la víctima, la criminalidad como fenómeno social y la reacción de la sociedad.

Por esta razón en las últimas décadas han surgido distintas tendencias criminológicas, como, por ejemplo, la criminología del paso al acto (vinculada al análisis psicológico), la de la reacción social (con aportes fundamentales de la sociología y la política), la criminología clínica (una aproximación multidisciplinaria al caso individual), o la criminología crítica (derivada del marxismo y cuestionadora de la criminología tradicional).

Derecho Penal y criminología

Históricamente la criminología nació en oposición al Derecho Penal, al que los criminólogos acusaban de ser una pura abstracción teórica, sin contacto con la realidad humana y social del hecho delictivo. Afirmaban que, en un momento dado, la criminología desplazará al Derecho Penal y hasta se dijo gráficamente que se "lo tragará". Pasado el tiempo se ha visto con evidencia que no existe incompatibilidad entre estas dos ciencias y que más bien están llamadas a una estrecha colaboración: el Derecho Penal como ciencia normativa y la criminología como ciencia experimental, cada una con sus principios y aportes que enriquecen el análisis de la otra.

Resulta claro que las conclusiones que aporta la criminología son indispensables para el jurista, al menos, en dos momentos claves: **cuando se va a expedir una nueva ley penal,** pues sólo el conocimiento previo de la realidad precisa de una sociedad permitirá establecer los lineamientos adecuados de esa ley y prever sus probables repercusiones; y **cuando se juzga a un acusado,** cuya personalidad integral debe ser suficientemente apreciada por los jueces al momento de dictar la sentencia, ya sea para condenarlo a una pena determinada o para absolverlo.

Ramas de la criminología

El problema que, más bien, preocupa en los últimos años a los criminólogos es el de la unidad de la ciencia criminológica, en cuanto a su contenido, objetivos y métodos. Esto sucede por la dispersión que sufre en tendencias muy distintas, según predomine el aspecto científico, el académico, el aplicado, el clínico o el crítico. Además porque conjuga el aporte de investigaciones procedentes de muy diversos ámbitos científicos: la

antropología y la biología, la psicología, la sociología, cada una con sus propios métodos, enfoques y preocupaciones.

Examinaremos brevemente las ramas en que tradicionalmente se dividía esta ciencia, división que todavía es útil para apreciar su contribución al estudio del fenómeno delictivo: **antropología criminal, psicología criminal y sociología criminal**; pero agregaremos un somero concepto sobre dos ramas que han surgido últimamente dentro de esta ciencia: la **penología** y la **victimología.**

Antropología criminal

Es la rama criminológica que primero surgió, gracias a los trabajos realizados por un médico italiano de finales del siglo XIX, César Lombroso, quien trató de encontrar el origen de la delincuencia en los factores somáticos y orgánicos de las personas, que estudió ampliamente. El habló entonces del "criminal nato", cuyo rostro y figura creyó poder diseñar con toda precisión y que estaría necesariamente predeterminado a cometer delitos. Luego, el propio Lombroso fue modificando sus puntos de vista, hasta aceptar la posibilidad de varios otros tipos de delincuentes, además del nato: el habitual, el ocasional, el pasional, el demente, etc.

Aunque las ideas de Lombroso han sido, en buena parte, superadas, su trabajo de precursor tuvo y tiene aún una influencia enorme. Actualmente se le otorga todavía a la antropología y a la biología criminal un gran campo de análisis. No puede descartarse por ejemplo la importancia de determinados factores orgánicos, endocrinológicos, hereditarios, en cierto tipo de delitos. Así mismo es importante resaltar la vinculación que tiene el delito con la edad, el sexo, las enfermedades, las deficiencias físicas y otros aspectos biológicos y antropológicos, todo lo cual es materia de apasionante y reveladora investigación.

Psicología criminal

El análisis de los factores psíquicos predominantes en el delincuente y en la víctima es ciertamente muy antiguo; en la literatura universal se encuentran casos notables de obras literarias escritas sobre estos temas. Sin embargo, un estudio sistemático del asunto sólo se produce con la aparición del método psicoanalítico de Sigmund Freud y, posteriormente, con las conclusiones de Adler y Jung.

Freud: al establecer la estructura de la personalidad como el resultado de la interactuación del "ello" primitivo y profundo, del "superyó", como control externo y social, y del "yo" racional y externo; al buscar las raíces infantiles de los conflictos de la personalidad; al conceder al inconsciente un papel preponderante en la conducta humana, especialmente en los momentos más críticos, que son muchas veces los cercanos al delito; al diseñar el método psicoanalítico para explorar el inconsciente, a través de la interpretación de los sueños, de los actos fallidos y de las asociaciones libres, puso en marcha esta vertiente criminológica, que sigue desempeñando un papel fundamental en la investigación de la personalidad del delincuente.

Con posterioridad a Freud, y aun discrepando con muchas de sus conclusiones, se han producido nuevos aportes a esta ciencia. Adler, por ejemplo, con su análisis del "complejo de inferioridad", Jung, con su teoría de los arquetipos, y otros psicólogos han

contribuido a estas investigaciones. Hasta hoy, la aplicación de tests (como el de Rorschach), constituye una fórmula casi insustituible para determinar los rasgos de la personalidad del individuo sometido a un proceso penal.

Sociología criminal

Esta denominación fue utilizada por primera vez por el abogado italiano Enrique Ferri, el cual consideraba que los factores de orden social, y no sólo los de carácter individual como los antropológicos y psicológicos, tienen primordial importancia en la generación del delito. Según este autor, el delito se produce necesariamente en un medio condicionado por especiales situaciones económicas, políticas, culturales, religiosas, laborales y de otra clase. Hay que anotar, por supuesto, que en este punto hubo muy importantes aportes de otros autores como G. Tardé y E. Durkheim.

Actualmente no se acepta un absoluto determinismo social, pero no se puede desestimar la enorme influencia que tienen estos factores en el ámbito de la criminalidad. Los análisis que se hacen de la realidad delictiva en cualquier sociedad (en la ecuatoriana, por ejemplo), señalan incontrastablemente cómo el delito, en general, y determinados delitos, en particular, responden en altos porcentajes a la incidencia de conocidos factores de orden social: educación, desempleo, integración familiar, lugar de origen, crisis económicas, etc.

Todos estos factores son, como ya hemos dicho, de especial importancia para que el legislador pueda graduar adecuadamente los objetivos que busca a través de la ley, para que no se produzcan luego, como en tantas ocasiones, resultados contrarios a sus previsiones. Sirven también para que los jueces decidan con pleno conocimiento de causa los casos individuales que han sido puestos bajo su decisión.

Penología

La vida en las cárceles, en las que se generan graves situaciones de especial complejidad (alteraciones de la personalidad, jerarquías, vida sexual, ocupación del tiempo, etc.), ha dado lugar al nacimiento de esta nueva rama de la criminología, destinada a estudiar, tanto las condiciones personales del interno en las cárceles, como las características en conjunto del grupo humano que cumple penas privativas de la libertad. Las conclusiones de estos estudios son acentuadamente pesimistas sobre los resultados que se están obteniendo a través de estas penas.

Victimología

Esta novísima rama considera que la "víctima" del delito debe ser también objeto particular de análisis, no sólo en cuanto sufre las consecuencias de la conducta delictiva, sino porque en muchos casos induce o provoca esa conducta. A la victimología le corresponde entonces el estudio de la víctima, de su personalidad, de sus características biológicas, psicológicas, culturales y sociales, de sus relaciones con el delincuente y del papel que tuvo en la producción del delito. Hay que advertir, por supuesto, que el concepto criminológico de víctima no coincide en ocasiones con la delimitación que el derecho penal hace del sujeto pasivo del delito.

d) Ciencias auxiliares

Criminalística

Esta ciencia se ocupa de la investigación del delito en lo relativo a las pruebas materiales del mismo, las huellas o señales que éste deja y los instrumentos o medios con los cuales se cometió. Es decir la investigación que corresponde realizar a la **policía judicial**. La criminalística establece las técnicas con que deben cumplirse determinadas diligencias probatorias: el reconocimiento del lugar del delito, el análisis de huellas (dactilares, de sangre, rastros y otras señales), el examen de armas, la balística, el examen grafológico de la escritura y de documentos escritos, etc.

Medicina legal

Es la ciencia encargada de aplicar los conocimientos médicos a la investigación de los casos que les toca conocer a los jueces. Este auxilio resulta especialmente importante cuando se trata de delitos que se cometen contra las personas. En un homicidio, por ejemplo, el informe médico legal, luego de que se haya realizado la autopsia, determinará en un alto porcentaje de casos que se confirme o deseche la posibilidad misma del delito. Efectivamente en ese informe se establecerán la causa y los instrumentos probables de la muerte, punto de partida para la comprobación legal de la existencia de un homicidio. Lo mismo puede decirse en los delitos de lesiones, en el aborto, delitos sexuales y otros.

Psiquiatría forense

Esta ciencia, en cambio, aplica los conocimientos psiquiátricos al ámbito jurídico penal. Según nuestro sistema legal, la comprobación de una enfermedad mental o de un trastorno mental, así sea transitorio, tiene fundamental repercusión en el proceso penal, pues de aceptar el juez tal dictamen, la persona que ha sufrido la enfermedad o el trastorno quedaría excluida de responsabilidad penal y por tanto de pena. Como se advierte, se trata de una actividad sumamente delicada y que, por lo mismo, resulta muy controvertida dentro de la administración de justicia.

Estadística criminal

Estos estudios pretenden reunir la información numérica disponible para medir cuantitativamente la realidad del delito en una sociedad: qué delitos se cometen, con qué frecuencia, qué características tienen las personas que cometen tales delitos; su distribución por edad, sexo, nivel de educación, profesión, origen; qué condenas se dictan y cómo se cumplen, etc. Datos, todos estos, de gran ayuda para diseñar por parte del estado una verdadera política criminal.

9.- Relaciones del Derecho Penal con otras ramas del Derecho

El orden jurídico del estado **es uno solo**, aunque se manifieste a través de regulaciones referentes a muy diversas materias y aunque las normas concretas se agrupen en distintos cuerpos legales. Es lógico suponer entonces que todas las ramas del Derecho tengan entre sí vinculaciones más o menos estrechas, aun cuando hayan desarrollado ampliamente sus propios principios y conceptos. Ningún "Derecho" forma un sistema aislado y totalmente autónomo; al contrario, es parte de un sistema que se integra armónicamente.

En cuanto al Derecho Penal, en concreto, ya se ha dicho anteriormente que está en su naturaleza el garantizar determinados bienes jurídicos; pero tales bienes están además regulados por otras ramas del Derecho y aun garantizados simultáneamente por otro Derecho, además del Penal. Esto determina la existencia de áreas comunes, pongamos por caso, entre el Derecho Penal con el Derecho Civil, o con el Derecho Administrativo, o con el Derecho Laboral.

Veamos dos ejemplos: la propiedad es una materia regulada ampliamente por el Derecho Civil, pero el Código Penal prevé un importante grupo de delitos que atentan contra la propiedad. El Derecho Administrativo establece las regulaciones relativas a la actividad de los funcionarios públicos; mientras que el Derecho Penal determina aquellos casos en que tales funcionarios públicos cometen delitos en el desempeño de sus funciones. Los ejemplos podrían multiplicarse.

Examinemos algunas relaciones específicas del Derecho Penal con otras ramas del Derecho.

a) Con el Derecho Constitucional

Tal como lo afirma el Art. 424 de la Constitución, ésta "es la norma suprema y prevalece sobre cualquier del ordenamiento jurídico" y todas las demás normas deben mantener conformidad con sus preceptos; a tal punto que si están en contradicción con la Constitución carecerán de eficacia jurídica. Tal es el antecedente para considerar las relaciones del Derecho Penal con la Constitución.

Principios constitucionales: Desde este punto de vista el aspecto más importante en esta relación es la incorporación a la Constitución de principios de carácter penal, que adquieren de esta manera la más alta categoría jurídica y que por lo tanto no pueden ser desconocidos o contradichos por ningún código o ley. En la Constitución vigente, fundamentalmente en los Arts. 66, 76 y siguientes, se incluyen varios e importantes principios penales:

- no hay pena de muerte;
- se prohíben las penas crueles, inhumanas o degradantes;
- no hay infracción penal ni pena sin que una ley los haya establecido previamente (principio de legalidad);
- las penas deben guardar proporcionalidad con las infracciones;
- la retroactividad de la ley penal más favorable;
- la presunción de inocencia, mientras no haya sentencia condenatoria;
- el principio "in dubio pro reo", es decir que en caso de duda, la ley penal se aplicará en

el sentido más favorable al reo;
- el pleno derecho a la defensa y otras garantías procesales;
- la no extradición de ecuatorianos;
- imprescriptibilidad de los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra;
- prohibición de la reformatio in pejus.

Delitos contra el estado: Entre los delitos en particular, hay un grupo, los llamados **delitos políticos**, que son aquellos que atacan precisamente la estructura del estado, establecida por la Constitución (véase, por ejemplo, el Art. 137 del Código Penal, en que la conducta delictiva consiste en alterar el orden constitucional).

Libertades y garantías constitucionales: Otro importante grupo de delitos específicos es el que se refiere a diversos atentados contra bienes jurídicos especialmente consagrados en la Constitución. En efecto, la Constitución establece una serie de derechos de la persona, pero éstos adquieren una vigencia práctica solamente cuando se convierten en bienes jurídicos con protección penal, es decir cuando la ley penal tipifica los delitos correlativos a estas garantías. Tales, por ejemplo, en el Código ecuatoriano, los delitos contra la libertad individual (Art. 180), contra la libertad de expresión (Art. 178), contra la inviolabilidad de domicilio (Art. 191), contra los derechos de los detenidos (Art. 205), etc.

b) Con el Derecho Procesal Penal

El origen común de este Derecho con el Derecho Penal y su finalidad esencial, que no es otra cosa que hacer posible la aplicación de las leyes penales, según ya se ha dicho, explican la íntima conexión de estos dos Derechos. Son, doctrinariamente, dos ramas autónomas; formalmente integran dos códigos distintos, pero el uno resulta inconcebible sin el otro. Inclusive hay materias, como las referentes al ejercicio de la acción penal o la extinción de la responsabilidad penal, que mantienen un indudable carácter mixto; y por eso las disposiciones referidas a estos temas se distribuyen entre los dos códigos.

c) Con el Derecho Civil

Parecería, en principio, que los Derechos Civil y Penal son las ramas del Derecho más alejadas entre sí, cuyos principios básicos no sólo serían distintos sino aun opuestos. Sin embargo, el Derecho Penal tiene abundantes relaciones con el Derecho Civil. Entre ellas destacamos las siguientes:

Determinados derechos individuales de orden privado constituyen bienes jurídicos que tienen o pueden tener protección penal. Tal es el caso característico ya citado de la propiedad, materia de la que trata ampliamente el Código Civil, pero que ha dado lugar también a que ciertos atentados contra la propiedad u otros derechos reales hayan sido específicamente tipificados como delitos en particular.

Existe una terminología común para los dos derechos. Palabras, como **persona, dolo, culpa, error, caso fortuito, consentimiento**, etc. son empleadas indistintamente por las leyes civiles y penales. Esta coincidencia plantea interrogantes sobre el exacto sentido de tales términos en uno y otro ámbito, a fin de interpretar adecuadamente las

correspondientes normas.

Aspecto muy importante es el relativo a las **reparaciones civiles** que el responsable de un delito debe al agraviado por los daños que éste ha sufrido como consecuencia de la acción delictiva. El derecho mismo a la indemnización, la cuantía y forma de calcularla, etc. son materia estrictamente civil; pero, por su origen penal, el reconocimiento de este derecho debe ser declarado por el mismo juez o tribunal que juzgó el delito, el cual además establecerá lo que deba pagarse por este concepto.

d) Con el Derecho Administrativo

La actividad administrativa del Estado es objeto de una especial protección penal. En efecto, la ley establece numerosos delitos estrechamente relacionados con la administración pública, tales como el cohecho, el peculado, la concusión, el prevaricato, la usurpación de funciones y atribuciones, etc., en que el Estado es en cuanto tal el sujeto pasivo de la infracción. Para determinar con precisión el alcance de estas conductas es indispensable consultar las normas del Derecho Administrativo. Leyes como la Orgánica de Administración Financiera y Control, o la Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, deben ser examinadas para definir, por ejemplo, si una persona es o no funcionario público, si tal o cual decisión estaba o no en el ámbito de sus atribuciones específicas, etc.

e) Con el Derecho Internacional

Las relaciones entre el Derecho Penal con el Derecho Internacional se plantean cada vez con mayor frecuencia y preocupación. Y el primer punto en debate se refiere a la supremacía de uno u otro, cuando están en contraposición. Según la norma constitucional vigente (Art. 163), y en conformidad con la tendencia doctrinaria, prevalecen las normas internacionales sobre las internas, salvo las de carácter constitucional.

Entre las varias situaciones que se analizan en este ámbito, señalemos las siguientes:

Delitos internacionales: Un tema penal de carácter internacional es el que se refiere a la colaboración de los países para la persecución de ciertos delitos que, por su naturaleza, atentan no solamente contra un estado sino contra la comunidad internacional y que por esta razón suelen llamarse delitos internacionales. Piratería, terrorismo, tráficos ilícitos, como los de personas o drogas, exigen el acuerdo de los países para su adecuada represión. También hace falta la cooperación de los países para otra importante institución penal internacional, como es la extradición.

Como consecuencia de lo anterior, son numerosos los tratados internacionales, de carácter bilateral o multilateral, que versan parcial o totalmente sobre materias penales. El Ecuador ha suscrito y ratificado varios de estos tratados que, por lo mismo, tienen plena vigencia dentro del sistema jurídico nacional.

Derecho Penal internacional: Con motivo de la Segunda Guerra Mundial y previamente a los juicios de carácter internacional que se realizaron después (como el

de Nuremberg, contra los altos jerarcas nazis), se empezó a hablar de la necesidad de establecer un Derecho Penal internacional. El objetivo de este Derecho sería el disponer de un orden jurídico en materia penal superior al orden jurídico interno de cada estado, al cual quedarían sometidos las personas y aun los gobiernos, especialmente en aquellos casos de extremada gravedad en que se pone en riesgo la paz internacional o se cometen "delitos contra la humanidad".

El asunto presenta todavía muchos aspectos de difícil solución para los juristas. Lo sucedido en Nuremberg (en donde se desconocieron algunos principios fundamentales de la doctrina penal, como los de legalidad e irretroactividad) sirvió más bien para aumentar los recelos de los penalistas. Sin embargo en los últimos años, luego de un amplio trabajo para llegar a consensos y con el auspicio de las Naciones Unidas, se ha creado mediante el tratado correspondiente, un Tribunal Penal Internacional, con competencia precisamente para juzgar determinados delitos, especialmente los llamados delitos contra la humanidad, crímenes de guerra y contra la paz. Este Tribunal ha entrado ya en funciones y tiene su sede en la ciudad de la Haya.

10.- Derecho Penal y moral

Este es un tema que muchos autores consideran ajeno al Derecho Penal y propio más bien de la Filosofía del Derecho. De todas maneras es evidente que existe una significativa relación entre la moral y el Derecho Penal, aunque se advierten así mismo notorias e importantes diferencias.

En primer lugar, habrá que tomar en cuenta, como dice Welzel, que el Derecho es **sólo uno de los factores que imprimen la concepción ética de una sociedad,** aunque lo haga de una manera más o menos decisiva. En muchos casos, ciertamente, cuando el legislador determina que una conducta sea considerada delictiva, ha tenido en cuenta un juicio valorativo moral; pero, en otras ocasiones, como ya se ha dicho, el legislador atiende a otro tipo de valoraciones e inclusive a puntos de vista pragmáticos, que no tienen en sí mismos ninguna repercusión moral. Ahora bien, al reforzar con la sanción penal el respeto de algunos valores específicos, el derecho va modelando no sólo la conciencia jurídica sino también el juicio ético de los ciudadanos.

Por otra parte, Manzini afirma que el Derecho Penal es el **mínimo ético**, necesario para garantizar las bases fundamentales de la convivencia social. ¿Cómo entender esta expresión? El Derecho Penal no pretende el perfeccionamiento moral de los ciudadanos sino el asegurar las condiciones básicas de la convivencia social sancionando a quienes atentan contra ellas. Pero esto es precisamente lo que confiere a las leyes penales su especial gravedad. Así, por ejemplo respetar la vida ajena es un deber ético elemental, lo mínimo que se puede exigir a los miembros de un conglomerado humano. Por eso el homicidio constituye un delito tan severamente sancionado; y no se sancionan en cambio las faltas de caridad o de cortesía. Mentir es, sin duda, una deficiencia moral; pero ¿deberá sancionarse penalmente la mentira? Parece evidente que no. Solamente en ciertos casos muy delicados deberá hacérselo; cuando, por ejemplo, una persona es llamada a declarar como testigo dentro de un juicio. En los demás casos, el asunto no trasciende del plano moral al jurídico.

El carácter singular de estas relaciones lleva a reiterar la necesidad de cautela y

prudencia por parte del legislador en el manejo de las leyes penales. No toda falta moral debe ser elevada a la categoría de delito; tampoco toda irregularidad o incumplimiento de un deber. La ley penal está destinada a precautelar intereses y derechos esenciales y no a proliferar con objetivos de carácter secundario. Si se abusa de este mecanismo, la ley penal se desvaloriza y además se torna ineficaz.

Diferencias entre Derecho Penal y moral

Subrayando que una profundización en este tema es más propia del debate filosófico que del jurídico, es pertinente destacar las principales diferencias entre el ordenamiento moral y el ordenamiento jurídico, especialmente el penal:

a) Las normas morales están dirigidas hacia un fin ideal, supremo y último. Por lo mismo tratan de realizar valores absolutos, muchas veces trascendiendo a un mundo sobrenatural. Las normas jurídicas, más restrictivamente, regulan la conducta humana con miras a la convivencia social y, por lo tanto, buscan fundamentalmente resultados prácticos;

b) La moral se regula en el fuero interno, a través de la propia conciencia. La ley está regulada y fijada externamente, con minuciosa precisión;

c) El campo de la moral es mucho más amplio que el de la ley, pues comprende, además del fuero interno, numerosas acciones u omisiones interpersonales, irrelevantes desde el punto de vista legal;

d) La moral crea obligaciones personales, sin que nadie sino uno mismo pueda exigir su cumplimiento. La ley crea obligaciones y simultáneamente derechos correlativos, cuyos titulares sí pueden exigir su cumplimiento;

e) Las normas morales pueden ser cumplidas sólo cuando la persona las conoce; la ley, en cambio, se presume conocida por todos, sin que se pueda alegar la ignorancia como excusa de su incumplimiento;

f) La moral impone exclusivamente sanciones internas a través de la conciencia; la ley impone sanciones externas previamente establecidas.

11.- Delimitación del concepto de Derecho Penal

En sus orígenes, el Derecho Penal tuvo un carácter fundamentalmente disperso. Los preceptos penales se distribuían en un sinnúmero de leyes, generales y especiales, cuya aplicación por otra parte quedaba librada muchas veces al arbitrio del juez. A finales del siglo XVIII se produce un movimiento hacia la codificación del Derecho Penal y surgen, en efecto, los primeros códigos, uno de cuyos objetivos era precisamente unificar en un solo cuerpo orgánico esas leyes dispersas.

Sin embargo, en las últimas décadas se está produciendo el fenómeno inverso: el legislador dicta muchísimas leyes especiales sobre materias no comprendidas en el Código Penal (tránsito, drogas, etc.) Más todavía, proliferan leyes y aun ordenamientos

jurídicos secundarios (reglamentos, por ejemplo) que parecen interferir en el ámbito penal, al establecer infracciones o sanciones, cuya delimitación no es muy clara. Eso sucede con frecuencia en los campos administrativo, tributario, en las leyes de ejercicio profesional y en otros más.

Ante tal situación, cabe formular la siguiente pregunta: ¿**Hasta dónde se extiende el Derecho Penal**? Estas normas sobre materias tan diversas, ¿**son verdaderas leyes penales**?

Para distinguir la norma penal de cualquier otra que pudiera tener características similares, pero que ciertamente no es penal, deben tomarse en cuenta algunos rasgos distintivos con lo cuales se identifica el Derecho Penal. De tal modo que aquella norma que no se ajuste plenamente a tales criterios no será penal. Bastará que falte uno solo de ellos para que dicha norma no pueda ser calificada como penal.

a) En el Derecho Penal es esencial e indelegable la intervención del estado. Este, a través de su órgano legislativo, crea la norma penal; a través de los órganos jurisdiccionales, sanciona la infracción penal.

En materias no penales, cabe que otras entidades públicas y aun privadas establezcan normas internas -de carácter disciplinario, por ejemplo- y sancionen por sí mismas a los infractores.

b) El Derecho Penal tiene un carácter esencialmente valorativo. A través de la ley penal se pretende garantizar los bienes jurídicos más importantes para la convivencia social y más dignos, por tanto, de la protección del estado.

En las normas no penales no se advierte un objetivo similar. Más bien persiguen finalidades prácticas en áreas de muy diversa naturaleza, pero en las cuales no está presente en forma indispensable la valoración ético-cultural, característica del Derecho Penal.

c) La conducta delictiva en el orden penal está estricta y previamente tipificada por la ley y merece sanciones que, así mismo, han sido determinadas con precisión y anterioridad.

Otras normas no penales establecen infracciones genéricas, no tipificadas, a través de conceptos más o menos imprecisos; y la misma característica afecta a las sanciones.

d) La sanción penal se impone luego de un juicio, con todas las exigencias formales propias de un proceso.

Las sanciones no penales se aplican generalmente por simples resoluciones administrativas, sin las formalidades de un juicio.

Capítulo II
EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1.- Las ideas penales desde los tiempos primitivos al siglo XVIII

Se tratará en este punto de dar una visión panorámica, muy sintética, de la forma en que han evolucionado las ideas penales, principalmente en el ámbito de la cultura europea, que es la que ha influido decisivamente en la formulación de nuestro sistema jurídico. Aunque este tema pertenece más bien a la Historia del Derecho, resulta adecuado, al iniciar los estudios del Derecho Penal, tener una idea de conjunto respecto a los principales aspectos históricos de nuestra materia.

a) Los tiempos primitivos

La escasez y, a veces, la carencia absoluta de fuentes documentales hace muy difícil determinar con precisión el contenido de las leyes penales de los pueblos antiguos. Los datos conocidos revelan que, casi simultáneamente con la formación de la sociedad política, aparecieron las primeras normas en materia penal, que fueron muy abundantes y que demuestran que las prácticas de castigo adoptaban las más variadas formas.

A pesar de las limitaciones de información, se pueden establecer algunas características comunes de estas normas y prácticas primitivas:

Las normas penales, como todas las demás, se manifestaron inicialmente de una manera consuetudinaria. Muy lentamente fueron apareciendo las primeras leyes escritas que eran, por lo demás, dispersas y casuísticas;

Estas normas penales tuvieron, en unos casos, un carácter mágico, y religioso, en otros. La prohibición penal era un **tabú**, cuya desobediencia acarreaba un castigo de las fuerzas sobrenaturales que, según la mentalidad primitiva, gobernaban el mundo, o de una divinidad ya determinada. La ley divina, por supuesto, no se diferenciaba de la humana. Poco a poco, sin embargo, van delimitándose los dos ámbitos normativos y las correspondientes formas de sanción;

La primitiva reacción ante el delito es fundamentalmente colectiva antes que individual, lo cual se revela hasta en las formas de ejecución de las penas (la lapidación, por ejemplo). Esta reacción está vinculada con profundos instintos de temor del ser humano ante lo desconocido. Sólo posteriormente, en algunas sociedades, surgió como alternativa la llamada venganza privada, que entregaba al individuo agraviado la potestad punitiva;

Delito y expiación iban íntimamente unidos. El castigo se cumplía como un acto colectivo de purificación frente a un maleficio que afectaba, así mismo en forma global, a la sociedad;

La responsabilidad penal era objetiva. Es decir se sancionaba tomando en consideración exclusivamente el daño causado; no se examinaba el aspecto subjetivo del delito, la intención de la persona. Por eso se llegó a “castigar” a animales y aun a objetos inanimados por el mal que habían causado;

Las penas eran generalmente atroces. Una evolución significativa se produce cuando el poder público empieza a regularlas estableciendo tarifas para cada uno de los delitos. Un caso muy significativo es el ocurrido con la llamada ley del talión (ojo por ojo, diente por diente) que se incorpora a numerosas legislaciones de los pueblos orientales, como el Código de Hamurabi, la Biblia y el Corán, pues efectivamente esta norma limita la arbitrariedad punitiva.

b) Las leyes penales en Grecia

La mitología griega está llena de temas relacionados con delitos y penas (véanse, entre otros, los mitos de Edipo y Orestes), en los cuales se encuentran ideas y costumbres muy similares a las ya señaladas para la generalidad de pueblos antiguos.

En la época del pleno florecimiento griego (la ciudad de Atenas, en el siglo V antes de Cristo), cabe destacar algunos aspectos importantes, si bien el Derecho, en su conjunto, no alcanzó el mismo nivel que otras creaciones intelectuales de este pueblo:

Las leyes penales tenían un carácter indudablemente público; pero seguían manteniéndose los delitos contra la religión (recuérdese el célebre proceso contra Sócrates, que finalmente fue condenado a muerte);

En general las leyes penales carecían de certeza, de seguridad; se sancionaban muchas veces hechos no previstos en las leyes como delitos y se aplicaban penas que no habían sido preestablecidas;

Los delitos se clasificaban en dos grandes grupos: los que afectaban al estado y los que lesionaban los derechos de los individuos, sancionándose mucho más severamente a los primeros. Con el **ostracismo** o destierro se penaba a gobernantes y políticos aun por faltas leves;

El espíritu humanitario griego dulcificó las penas en alto grado. El caso del legislador Dracón, célebre por la dureza de sus castigos, fue excepcional y las leyes que dictó fueron abolidas prontamente.

c) El Derecho romano

Los autores sostienen que, en materia penal, el Derecho romano no tuvo la misma trascendencia que en el ámbito civil. Así, por ejemplo, de los cincuenta libros que integran los "Digestos", solamente dos se refieren a cuestiones penales. Sin embargo, hay en el Derecho romano aspectos muy destacables:

El carácter definitivamente público que llegaron a tener las normas penales, debilitándose, primero, y desapareciendo, luego, la potestad sancionadora que inicialmente estuvo en manos del **pater familias**;

La división de los delitos en **públicos y privados**, según afectaban bienes jurídicos del estado o de los individuos; dejándose, en este segundo caso, al criterio del ofendido el

iniciar o no la correspondiente acción judicial;

El desarrollo de conceptos penales que, de una manera o de otra, se han mantenido en el Derecho Penal moderno. Así, tenemos entre tales conceptos, el **dolo**, la **tentativa**, la **complicidad**, la **legítima defensa**, la **fuerza irresistible**, las **circunstancias atenuantes y agravantes**, etc.;

La tipificación de ciertos delitos que, igualmente, subsisten en las legislaciones actuales: **parricidio, violación, hurto, estafa, secuestro, peculado** y otros más.

d) El Derecho germánico

En el orden jurídico-penal, los pueblos germánicos tuvieron una particularidad que, según se ha visto, resulta excepcional: el acentuado carácter privado de la pena. Primeramente rigió la **venganza de sangre**, que se ejercía en conjunto por la tribu a la que pertenecía el agraviado con respecto a la tribu del ofensor. Posteriormente se la reemplazó con la llamada **composición**, que era un valor económico que el autor del delito debía pagar a la víctima como reparación del daño causado, valor que lo fijaba la propia víctima, o lo establecía el juez, criterio este último que finalmente prevaleció. En todo caso, pagada la composición, el autor quedaba liberado de toda otra sanción personal.

e) El Derecho canónico

Se conoce con este nombre el Derecho positivo elaborado por la Iglesia Católica desde la Edad Media y que llegó a tener en os países de fuerte raigambre católica una gran importancia en el orden penal.

Esto ocurrió principalmente porque en estos países se reconoció la vigencia de la legislación canónica especialmente en dos aspectos: la determinación de los **delitos contra la religión**, cuyo juzgamiento quedaba sometido a los tribunales eclesiásticos; y así mismo la competencia de estos tribunales para juzgar a los religiosos que hubieren cometido cualquier tipo de delitos, ya que gozaban del **fuero eclesiástico**.

Aparte de lo anterior son contribuciones del Derecho canónico las siguientes:

El haber puesto un gran énfasis en la consideración subjetiva del delito, descuidada hasta entonces;

El haber humanizado la reprensión penal, introduciendo institutos como el asilo eclesiástico o la “tregua de Dios”, que posteriormente han servido como base para instituciones de protección penal que se mantienen hasta hoy.

f) El Derecho europeo hasta el siglo XVIII

Las leyes penales en los distintos países europeos evolucionaron muy lentamente hasta bien avanzado el siglo XVIII. Anotemos algunas de las características generales que

prevalecieron hasta entonces:

Todo el Derecho europeo, incluidas las normas penales, es el fruto de una fusión de elementos jurídicos romanos y germánicos, predominando unos u otros, según el país. A ello se junta el aporte del Derecho canónico;

El avance doctrinario, muy pausado y circunstancial, lo hicieron los llamados **glosadores**, comentaristas de las instituciones del Derecho romano, y los **prácticos**, cuya tarea consistía en establecer criterios para el esclarecimiento de la variada y farragosa legislación penal;

Los jueces, dependientes del poder político de los monarcas y señores, tenían absoluta libertad para determinar delitos y penas, lo cual derivó evidentemente hacia una ilimitada arbitrariedad judicial;

La tortura era el medio insustituible de investigación dentro del proceso penal, el cual se realizaba en forma secreta, previa aceptación de denuncias anónimas;

Las penas eran sumamente duras. La pena de muerte era la más común, inclusive para delitos de menor gravedad, y se cumplía a través de formas brutales de ejecución; en especial para determinados delitos, la hechicería, por ejemplo, o el regicidio. Los delitos más leves merecían penas corporales: azotes, mutilaciones, marcas. Las penas privativas de libertad apenas se utilizaban.

2.- El nacimiento del Derecho Penal moderno

Puede afirmarse que el Derecho Penal, en cuanto sistema y doctrina plenamente estructurados, solamente nace en el siglo XVIII. Por supuesto que antes hubo innumerables leyes penales, pero no existía propiamente una rama del Derecho, con principios y caracteres claramente definidos.

La gran influencia ideológica de la Ilustración, la Enciclopedia y el liberalismo hace surgir, a finales de dicho siglo, el Derecho Penal moderno. Pensadores como Locke, Montesquieu, Voltaire y otros empezaron a discutir y justificar el derecho del estado a sancionar, o jus puniendi; examinaron el fundamento de las penas y sostuvieron la necesidad de humanizar las leyes penales.

Con mucha razón se considera que el padre del Derecho Penal fue un autor italiano de ese siglo, **César, Marqués de Beccaria**, que efectivamente sentó en forma orgánica las bases de este Derecho. Junto a Beccaria, aunque sin la misma importancia, suele colocarse en los países anglosajones a un inglés, **John Howard**, como otro de los autores que contribuyó a este cambio radical en el rumbo de la legislación penal.

César Beccaria (1738-1794)

La obra penal de Beccaria se concreta en un pequeño libro, escrito a los veinticinco años, **De los delitos y de las penas**, publicado por primera vez en forma anónima, pero que alcanzó de inmediato gran difusión y aceptación.

La originalidad de la obra no consiste tanto en la formulación de las ideas, que habían sido ya expuestas por otros pensadores, sino en recogerlas y sistematizarlas y en criticar con valentía el orden penal vigente. La influencia del libro fue tal que sus puntos de vista fueron tomados en cuenta por los primeros códigos penales que empezaron entonces a dictarse: el de Austria, en cuya redacción participó el propio Beccaria; el francés de la Revolución y otros más.

Entre los principios sustentados por este autor y que han tenido gran trascendencia, hasta el punto de constituir elementos básicos en las actuales legislaciones, tenemos los siguientes:

El principio de legalidad de los delitos y de las penas: piedra angular del pensamiento penal moderno, en contraposición a la arbitrariedad judicial que prevalecía anteriormente. Según este principio, sólo la ley determinará previamente cuáles conductas tienen carácter delictivo y cuáles son las penas aplicables a cada delito;

La gravedad de los delitos debe medirse por el daño social que causan y no por la malicia moral del autor y menos por el rango o la calidad de la persona ofendida;

La conveniencia de que las penas sean moderadas, lo más benignas que sea posible dadas las circunstancias. La finalidad del sistema no es tanto el castigo del delincuente sino más bien la prevención de futuros delitos, y para esto las penas no deben ser muy severas sino eficaces. Según Beccaria, las penas excesivamente rigurosas provocan la impunidad, endurecen a la sociedad y no disminuyen los delitos. La pena de muerte debe estar reservada exclusivamente para ciertos actos de extrema gravedad contra el estado.

La necesidad de reformar a fondo el sistema procesal: el procedimiento debía ser público, no secreto; la tortura como medio de investigación tenía que ser eliminada; el proceso debía ser igual para todos, sea cual fuere la clase social del enjuiciado. La principal cualidad de la administración de justicia sería su celeridad.

John Howard (1726-1790)

Este autor escribió un libro, **El estado de las prisiones**, que fue una seria denuncia sobre los gravísimos problemas que ya entonces habían aparecido en las cárceles. Su repercusión fue tal que provocó la primera reforma penitenciaria en Inglaterra, Estados Unidos y otros países.

Para Howard, el régimen carcelario debía estar sometido a algunos requisitos básicos:

Higiene y alimentación adecuadas;

Educación moral y religiosa;

Trabajo obligatorio;

Régimen disciplinario distinto para los ya condenados y para los enjuiciados;

Establecimiento de un sistema celular dulcificado, es decir, aislamiento nocturno de las presos y trabajo diurno comunitario.

3.- La escuela clásica

En sentido estricto puede afirmarse que no hubo una escuela penal clásica, con unos postulados claramente definidos que propusieron y defendieron determinados penalistas agrupados en ella. En realidad, el nombre surgió, inclusive con un sentido peyorativo, como una calificación que dieron los penalistas de la escuela positiva a todos aquellos autores que, desde Beccaria en adelante, habían escrito sobre materias penales y cuyas enseñanzas prevalecían por entonces en el ámbito jurídico.

Así se explica que entre los diversos autores "clásicos" se adviertan importantes diferencias. Sin embargo, hay también una línea de pensamiento uniforme que, partiendo efectivamente de Beccaria y recogiendo aportes de Feuerbach, Romagnosi y otros, se consolida especialmente en la obra de **Francisco Carrara** (1805- 1888), quien viene a ser no sólo el principal representante de esta supuesta escuela, sino también el expositor más completo y coherente del pensamiento penal del siglo XIX.

Señalemos algunos de los principios básicos comunes a los penalistas clásicos:

a) El fundamento filosófico: El Derecho Penal clásico se fundamenta en la filosofía política del liberalismo y pretende dar a la ley penal una función de garantía de las libertades y los derechos humanos, eliminando el abuso y la arbitrariedad en la justicia penal.

Por esta razón, el punto de partida, sobre el cual construyeron su edificio jurídico-penal, es el principio de legalidad ("nullum crimen nulla pena sine lege"), esencial garantía de los ciudadanos frente al abuso del poder.

Igualmente pusieron su preocupación en el análisis jurídico del delito, en la determinación de la culpabilidad, en el sistema de penas, así como en las reformas que debían necesariamente introducirse en el procedimiento penal, para garantizar los derechos de las partes.

b) El método: Los autores clásicos preconizan el método lógico- abstracto, que establece el alcance de las instituciones jurídicas a través de un proceso de razonamiento deductivo. Así mismo el juez mediante un silogismo, cuya premisa mayor es la ley y la premisa menor es la conducta del delincuente, llega a la sentencia como conclusión.

c) El delito: La fórmula sacramental que, según Carrara, debe utilizarse para referirse al delito es el conceptuarlo como un **ente jurídico**, entendiéndose como tal la contradicción entre la conducta humana y la ley penal.

Ahora bien, para que esta conducta humana pueda ser calificada como delito, el propio Carrara sostenía que en ella deben confluir dos fuerzas: la **física** y la **moral**, considerada cada una de ellas **subjetivamente** o sea en su **causa**, y **objetivamente** o sea en su

resultado. De esta manera, en el delito se sumarían cuatro fuerzas:

- fuerza física subjetiva: el movimiento corporal o el no hacer (en los delitos de omisión) con que se ejecuta el delito;

- fuerza física objetiva: el daño causado, la lesión del derecho del agraviado; o el peligro que ha corrido ese derecho;

- fuerza moral subjetiva: la inteligencia y la voluntad con que actúa el ser humano;

- fuerza moral objetiva: la alarma y el mal ejemplo que el delito produce en la sociedad.

Este análisis se completa con el examen de la **calidad**, **cantidad y grado** del delito, para establecer la responsabilidad concreta del delincuente. La calidad depende de la naturaleza del derecho lesionado: vida, integridad física, propiedad, etc., lo que permitirá clasificar y categorizar los diversos delitos. La cantidad alude a la mayor o menor gravedad del delito de acuerdo al daño causado: es más grave el homicidio que las lesiones, o el robo que el hurto. En el grado se toman en cuenta las variantes producidas por diversas causas que operan sobre la inteligencia o voluntad del autor (error o fuerza), o que impiden la consumación del resultado delictivo (tentativa), etc.

d) La responsabilidad penal: Según los clásicos, el fundamento último de la responsabilidad penal es la **imputabilidad moral**, que a su vez es una consecuencia del **libre albedrío**, o sea de la posibilidad de que una persona sea capaz de decidir libremente, de escoger entre el bien y el mal, entre el sometimiento a la ley o su violación. Si a una persona, bajo estos supuestos, se le puede hacer reproches morales, también se le puede sancionar penalmente.

Por lo tanto sólo serán imputables las personas que posean **inteligencia** para conocer y **voluntad** para decidir, es decir personas que tengan **normalidad psíquica**. Los alienados mentales no serán imputables, por carecer de esta normalidad; tampoco los niños, porque no han llegado todavía al grado suficiente de desarrollo psíquico.

e) La pena: Aunque los clásicos son, en general, partidarios de la teoría de la retribución jurídica, no faltan entre ellos los que aceptan las posiciones utilitarias o mixtas. Carrara, por ejemplo, sostiene que la pena es una tutela jurídica, que cumple simultáneamente las funciones de justicia y de defensa, que debe acomodarse al criterio de proporcionalidad y en cuya estructura intervienen también la fuerza física y la moral, subjetiva y objetivamente consideradas.

4.- La escuela positiva

Esta escuela nace como resultado de la divulgación de las teorías del médico italiano **César Lombroso** (1835-1909). Lo novedoso de sus conclusiones y el énfasis puesto en el estudio del delincuente, como problema central en materia criminal, atrajeron a numerosos científicos, que sentaron de esta manera las bases de una nueva ciencia: la **criminología**. Posteriormente, importantes juristas, como los también italianos **Enrique Ferri y Rafael Garófalo**, trasladaron estos puntos de vista al campo jurídico, con el

propósito de diseñar una alternativa absolutamente nueva en el tratamiento legal del delito.

La escuela positiva surge, pues, como una réplica acerbamente crítica a los postulados de la escuela clásica. Este carácter polémico enturbió en buena parte el avance del Derecho Penal, pues los penalistas se dividieron en bandos irreconciliables que no querían admitir lo que podía haber de aceptable en las enseñanzas de la otra escuela.

Pasado el tiempo y calmadas las pasiones, al hacer el balance final de la escuela positiva, se puede concluir que, como teoría penal sustantiva, no ha dejado una herencia considerable; pero, en cambio, ha sido de carácter trascendental para el desarrollo de la criminología, ciencia que ha llegado a tener, según ya se ha señalado, una extraordinaria importancia para el conocimiento individual del delincuente y del medio social en que éste actuó. Un análisis que se hace, por tanto, no contra, sino junto al Derecho Penal.

Examinemos los principales aspectos que identifican a los seguidores de esta escuela:

a) Fundamento: El punto de partida de esta escuela es el afán de aplicar al estudio del delito, del delincuente y de la criminalidad, los principios y métodos de las ciencias experimentales, del positivismo científico; y deducir de este estudio las alternativas jurídicas para atender eficazmente el fenómeno criminal.

El nombre de la escuela deriva de esta vinculación con las ciencias y nada tiene que ver con el positivismo jurídico, que presenta características totalmente distintas.

b) El método: En concordancia con lo anterior, el método que estos autores aplican al estudio del delito es el inductivo-experimental, lo mismo que si se tratara de un fenómeno biológico o físico. Por eso sus obras están llenas de gráficos, cuadros estadísticos, mapas, etc., con los cuales tratan de probar sus conclusiones.

c) El delito: Contradiciendo la afirmación de los clásicos de que el delito es un ente jurídico, los positivistas sostienen que el delito es un **ente de hecho**, un acto del hombre, un fenómeno natural y social, producido por factores endógenos y exógenos de la persona, ya sea antropológicos, psíquicos o sociales. De ahí el interés por estudiar al hombre que cometió este hecho y al medio que provocó su comisión.

d) La responsabilidad penal: Los positivistas niegan el libre albedrío como fundamento de la responsabilidad penal. El hombre no es libre, dicen, sino que está predeterminado a obrar de cierta manera por la influencia decisiva de los factores ya indicados. Pero, en cambio, sí tiene una **responsabilidad social**, pues mientras viva en sociedad, debe responder de sus acciones y la sociedad tiene derecho a defenderse de aquellos actos que considera dañosos. De esta manera, cambia el fundamento de la responsabilidad penal, que se regulará por la **peligrosidad** del sujeto, es decir por su potencialidad delictiva.

Por lo demás, todo delincuente es, para los positivistas, un ser anormal, un enfermo, puesto que su conducta obedece a factores que no dependen de él. El sujeto sano no comete delitos. Por lo tanto, las medidas que adopta el estado no están dirigidas en contra del delincuente, que en verdad no "merece" un castigo, sino que se aplican exclusivamente en defensa de la sociedad.

e) Las penas y las medidas de seguridad: Las razones ya señaladas les llevan a los positivistas a no hablar de penas. Las sanciones que adopta el estado, como respuesta a las conductas que atentan contra la seguridad de los asociados, no tienen un carácter represivo sino eminentemente defensivo y **deben adecuarse a la peligrosidad** del delincuente, sin proporcionalidad al daño causado. Por lo mismo deben ser **indeterminadas** y durar tanto tiempo cuanto dure la peligrosidad de la persona a la cual se aplican.

Tan importantes como las sanciones son, para los positivistas, las llamadas **medidas de seguridad**. Estas son aquellas que deben aplicarse, antes de que cometan delitos, a las personas que están en situaciones predelictuales y que, por lo tanto presentan un alto factor de peligrosidad.

Así mismo preconizan los **sustitutivos penales**, que son medidas de política general destinadas a proporcionar a la población posibilidades de distracción o recreación que le alejen del delito, tales como el fomento de la cultura o el deporte; o que eviten determinadas situaciones de riesgo, lo que se logra, por ejemplo, combatiendo el alcoholismo o los espectáculos violentos.

5.- El Derecho Penal moderno

Una vez que el enfrentamiento entre clásicos y positivistas perdió el carácter acentuadamente polémico que tuvo en un principio, nuevas tendencias y autores han renovado profundamente el Derecho Penal. De Italia, en donde la polémica alcanzó sus más altos niveles, el impulso renovador se trasladó principalmente a Alemania, país en el cual surgieron a lo largo del siglo XX contribuciones doctrinarias muy importantes, conforme se señalará de inmediato. Por otra parte, los grandes acontecimientos políticos del siglo, por ejemplo, la revolución rusa o el nacionalsocialismo alemán, y en las últimas décadas el aumento de las manifestaciones terroristas, han repercutido en las legislaciones penales, casi siempre negativamente.

De todos modos, se puede afirmar que la preocupación central del pensamiento penal moderno ha sido la formulación de la teoría del delito, estableciendo sus elementos constitutivos y sus características fundamentales. Las diversas escuelas y tendencias han formulado sus respectivos esquemas, que han estado sometidos a permanentes y agitados debates que, de ninguna manera, se pueden considerar concluidos.

Entre las escuelas que han aparecido en este siglo, destaquemos aquellas que más influencia han ejercido en la evolución del Derecho Penal.

a) Escuelas eclécticas:

Se conocen con este nombre las posiciones doctrinarias que trataron de armonizar los puntos de vista de los clásicos y de los positivistas, a pesar de las diferencias radicales existentes entre unos y otros. Tal es el caso del penalista italiano Alimena, que rechaza el libre albedrío y fundamenta la pena en la defensa social, como los positivistas; pero considera que la imputabilidad se deriva de la normalidad psíquica, como los clásicos. Estas tendencias tuvieron efectos de poca trascendencia y nada duraderos.

b) Escuela de la política criminal:

Esta fue la primera gran escuela penal alemana, surgida a finales del siglo XIX, cuyo sustentador fue Franz von Liszt. El punto de partida de esta escuela es la necesidad de luchar contra el delito a través de

una política criminal diseñada por el Estado. Para ello se juntan el Derecho Penal y las ciencias penales, principalmente la criminología.

Con esta base se justifican las diferencias entre los principios estrictamente jurídicos y los pragmáticos propios de las ciencias penales. Así esta escuela sostiene que en el Derecho Penal prevalece el método lógico-abstracto, el delito es un ente jurídico y la pena tiene un carácter retributivo. Mientras tanto en las ciencias penales predomina el método experimental, el delito es un fenómeno natural y son aplicables las medidas de seguridad predelictuales. También esta escuela tiene un carácter ecléctico, pero formulado de una manera mucho más coherente y consiguió por ello una aceptación y permanencia mucho más amplias.

c) Escuela técnico-jurídica:

En ella se agrupan penalistas italianos, como Manzini, Rocco y Bettiol, y alemanes, como Binding. El propósito de esta escuela es depurar el estudio del Derecho Penal de todos aquellos aspectos que no sean estrictamente jurídicos; tanto de las consideraciones filosóficas como de las investigaciones biológicas o sociológicas, que han creado, según esta escuela, una gran confusión en el debate penal. Por ello la solución radica en limitarse a hacer la exégesis del Derecho positivo vigente, a fin de construir técnicamente sobre esa base una sistemática global y armónica.

d) El causalismo:

Esta escuela, cuyos antecedentes se remontan a Rudolph von Ihering y al propio von Liszt, ha tenido una importancia decisiva en la formulación de la teoría del delito. Inclusive se la ha denominado como la verdadera escuela clásica, que con los replanteamientos de los llamados neoclásicos, ha dominado buena parte de la reflexión penal en el siglo XX.

Su iniciador fue el penalista alemán Ernst Beling, quien fue el primero en diseñar la teoría del delito a base de la fórmula que, con el paso del tiempo, se volvería insustituible: el delito es un **acto típico, antijurídico y culpable**. De esta fórmula, se señalaba, la tipicidad y la antijuridicidad constituían los elementos objetivos del delito, quedando para la culpabilidad el análisis subjetivo. El énfasis dado a la producción causal del resultado llevó a calificar a esta tendencia como causalista.

Los neoclásicos, especialmente, Edmund Mezger, introdujeron algunas novedades al esquema clásico, especialmente con la consideración de elementos subjetivos en la tipicidad y normativos en la culpabilidad. Tal, por ejemplo, el concepto de exigibilidad.

e) El finalismo:

A partir de los trabajos del alemán Hans Welzel, la escuela finalista de la acción se extendió, con un amplio debate, en el pensamiento penal y fue adoptada por muchos autores, particularmente en las últimas décadas del siglo XX.

Según el finalismo, el punto de partida para la análisis penal es considerar que la acción humana está dirigida, conforme a un plan, a la obtención de una finalidad. Por tanto el elemento central de la acción es la voluntad, que tomando en cuenta un fin, dirige el curso causal.

Con este fundamento el finalismo, aludiendo a las inconsistencias de los esquemas anteriores, propone un nuevo concepto de la teoría del delito . Lo más notable de su propuesta es la concepción de la tipicidad, en la que se incluyen el dolo y la culpa, como elementos subjetivos. Consecuentemente se elabora también un nuevo concepto de la culpabilidad.

f) Funcionalismo:

A finales del siglo XX se difundieron varias teorías a las que se puede calificar de funcionalistas, porque se basan en la función que debe cumplir en la sociedad el Derecho Penal, especialmente la pena. Para algunos autores, como Claus Roxin, el objetivo fundamental de la pena será la prevención especial; para Günther Jakobs, será un instrumento para asegurar la estabilidad del sistema y, por tanto, la pena servirá para la prevención general positiva.

Sin duda, la reflexión de estos autores ha enriquecido algunos temas relativos a la teoría del delito (por ejemplo, la llamada imputación objetiva); pero también ha derivado (como ha ocurrido con Jakobs) a la elaboración del llamado "derecho penal del enemigo", destinado a individuos que se han situado por fuera del derecho (entre otros, los terroristas) y a quienes no se debe aplicar el Derecho Penal propio de los ciudadanos.

g) Tendencia abolicionista:

Aunque hay varias líneas de pensamiento abolicionista, tal vez sea Louk Hulsman el más coherente de sus expositores. Para él, *"el sistema penal es un problema en sí mismo y ante su creciente inutilidad para resolver conflictos, resulta preferible abolirlo en su totalidad, como sistema represivo"*.

Su solución, que se sitúa en los límites de la utopía, consiste en reemplazar el sistema penal por mecanismos de solución de conflictos (medidas compensatorias, terapéuticas, educativas, etc.), que atiendan las necesidades reales de las personas involucradas y no el interés público de sancionar.

Una variante menos radical ha desarrollado el concepto de un derecho penal mínimo, es decir reservar la sanción penal para casos extremos en los que resulte necesaria su aplicación.

6.- El Garantismo Penal: Los Axiomas de Ferrajoli

El jurista italiano Luigi Ferrajoli propone un derecho penal mínimo y una refundación garantista de la jurisdicción penal, como una respuesta a la "creciente anomia del estado contemporáneo generada, de una parte, por la masiva expansión de sus funciones y de los correlativos espacios de discrecionalidad en la vida social y económica y, de otra, por la reducción de la capacidad regulativa del derecho, la inadecuación y la falta de efectividad de sus técnicas de garantía y por la tendencia del poder político a liberarse de los controles jurídicos y a desplazarse a sedes invisibles y extra institucionales".

La legitimidad depende, en su opinión, de su racionalidad. Es decir, de la eliminación de los numerosos factores de irracionalidad, injusticia e invalidez, que permanecen incrustados en el sistema, como lastres de los cuales no ha podido liberarse.

En esta línea, se inscribe su propuesta de los diez axiomas del garantismo penal, que forman una serie secuencial y entrelazada, como las condiciones necesarias para que finalmente se pueda atribuir a alguien una pena.

La serie se inicia precisamente con la referencia a la pena, punto de partida de cualquier análisis en materia penal. Se trata de una exposición directa y hasta podría calificarse de sencilla y a la vez profunda de las exigencias indispensables para que, el siempre riesgoso ejercicio del jus puniendi por parte del estado, se justifique en el marco de un sistema democrático.

Los axiomas están expresados en latín, siguiendo una tradición escolástica:

1.- Nulla pena sine crimine: no hay pena sin delito, principio de retribución o sucesividad de la pena respecto del delito;

2.- Nullum crimen sine lege: no hay delito sin ley, principio de legalidad, tanto en sentido lato o en sentido estricto;

3.- Nulla lex penalis sine necessitate: no hay ley sin necesidad, principio de economía del derecho penal,

fundamento del derecho penal mínimo;

4.- Nulla necessitas sine iniuria: no hay necesidad sin injuria, principio de lesividad o de ofensividad del acto;

5.- Nulla iniuria sine actione: no hay injuria sin acto, principio de materialidad o exterioridad de la acción;

6.- Nulla actio sine culpa: no hay acto sin culpa, principio de culpabilidad, o de la responsabilidad personal;

7.- Nulla culpa sine iudicio: no hay culpa sin juicio, principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o estricto;

8.- Nullum iudicio sine accusatione: no hay juicio sin acusación, principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación;

9.- Nulla accusatio sine probatione: no hay acusación sin prueba, principio de la carga de la prueba o de verificación;

10.- Nulla probatio sine defensione: no hay prueba sin defensa, principio de contradicción de la defensa o de refutación.

Los diez axiomas implican en definitiva un programa completo, o un modelo, que debe ser seguido por el legislador, y luego por los jueces, para que tanto el derecho penal como el derecho procesal penal cumplan la función que tienen que asumir en una sociedad democrática que, más allá de las declaraciones, garantice verdaderamente el respeto de los derechos.

7.- El Derecho Penal en el Ecuador

Para poder apreciar, así sea muy sintéticamente, la evolución de las leyes penales en el Ecuador, es necesario considerar las etapas fundamentales en que se divide la historia de nuestro país, pues básicamente a cada período histórico corresponde una distinta etapa legislativa. Así, pues, desde el punto de vista del Derecho Penal, podemos señalar tres períodos: aborigen, colonial y republicano.

a) Período aborigen

El determinar cuales eran las normas penales que regían entre los pueblos que habitaban el Ecuador antes de la conquista española, plantea idénticas dificultades que respecto a cualquier otro acontecimiento de la época: la falta de fuentes documentales directas. Se cuenta tan sólo con la tradición oral, sujeta a los riesgos del paso del tiempo, y con los testimonios de los primeros cronistas españoles, cuya visión de la sociedad, de las costumbres y de las normas indígenas no siempre resulta confiable. Y hay, en el caso ecuatoriano, un problema adicional: la superposición de normas, si tomamos en consideración que, previamente a la conquista española, se produjo la conquista incásica sobre buena parte del territorio nacional.

De todas maneras, hay algunas conclusiones de las cuales podemos esta bastante seguros:

Las normas jurídicas eran consuetudinarias, por la carencia de sistemas de escritura;

Antes de la invasión de los incas, cada tribu tenía sus normas particulares. Los incas

unificaron la legislación para todas las tribus sometidas al imperio;

Entre los incas era ya evidente el carácter público de las normas penales; pero con un acentuado matiz religioso que, por otra parte, predomina en toda su organización jurídico-política;

En cuanto a los delitos en particular, hubo sin duda en el imperio inca una gradación, según su distinta gravedad. Los más severamente sancionados eran los delitos contra el inca, la religión y el estado. Luego venían los delitos contra las personas. Características muy especiales adoptaban los delitos sexuales y aquellos que afectaban a la propiedad colectiva;

En general la delincuencia parece haber sido escasa y la que se producía era muy duramente reprimida. La pena más común era la de muerte, ejecutada de diversas maneras, según el delito cometido. Otras penas eran de carácter corporal.

b) Período colonial

La conquista española y la consiguiente introducción del sistema legal hispánico alteraron radicalmente el fenómeno jurídico. Un sistema legal escrito de raigambre romanista y con muchos elementos del Derecho canónico, empieza a trasplantarse a las colonias.

En cuanto a las leyes penales, lo dicho para la Europa de esos siglos es perfectamente aplicable a lo que sucedía en los territorios coloniales: eran los mismos los sistemas de investigación y procedimiento, el tipo de delitos, la severidad de las sanciones (pena de muerte y penas corporales), las formas de ejecución, etc.

La novedad que debe destacarse en este punto es la repercusión que tuvo en materia penal (como en todas las demás) la vigencia de un doble sistema legislativo. En efecto, a más de las leyes propiamente españolas, regían en las colonias, como se sabe, las **Leyes de Indias**, que se dictaban para ser aplicadas exclusivamente en América y en forma preferente. En la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680, el libro VII trata de cuestiones penales y en él aparece, como en toda esta legislación, un afán tutelar sobre la población indígena americana. Por supuesto que, en la mayoría de los casos, este propósito quedó puramente escrito.

c) Período republicano

La Independencia y los comienzos de la República no contemplaron la aparición automática de un nuevo sistema legal. Por lo pronto continuaron rigiendo las leyes españolas hasta tanto se dictaran otras leyes que las reemplazaran. En lo penal, concretamente, la legislación española perduró hasta 1837, fecha en que se aprobó el primer Código Penal ecuatoriano, con el cual se inicia realmente el nuevo período.

Cuatro Códigos se han dictado a lo largo de esta etapa republicana:

El de **1837**, dictado durante la presidencia de Vicente Rocafuerte y que se inspiró en las

ideas liberales del mandatario y, al parecer, en el Código español de 1822. En él empiezan a institucionalizarse los principios fundamentales de la escuela clásica (legalidad de delitos y penas, culpabilidad psicológica, etc.), aun cuando todavía perduran algunas de las viejas tradiciones penales.

El de **1872**, que se expidió durante la segunda presidencia de Gabriel García Moreno. Este Código se inspiró en el Código Penal de Bélgica de 1867. Más todavía, muchas de sus disposiciones no son sino una traducción literal del mismo, sin reparar que el Código belga había tomado a su vez como modelo, bastante más antiguo, el Código francés de 1810. En definitiva se advierte alguna evolución, aunque no muy significativa, con relación al Código de 1837, en cuanto a los conceptos esenciales derivados de la escuela clásica.

Algunos autores sostienen que en 1889 se dictó un nuevo Código. En realidad se trató tan sólo de una reedición actualizada del Código de 1872.

El de **1906**, dictado durante la segunda presidencia de Eloy Alfaro. En su estructura general es básicamente igual al anterior; pero introduce dos importantes novedades, en consonancia con la orientación liberal imperante en el país, luego de la revolución de 1895: la supresión de la pena de muerte, que se había mantenido hasta entonces; y la eliminación de los delitos contra la religión.

El de **1938**, expedido durante la dictadura del general Alberto Enríquez. No hay tampoco en este Código un cambio radical respecto a los anteriores. Se mantiene la estructura básica derivada de la escuela clásica, con algunos toques de modernización, inspirados sobre todo en el Código italiano de 1930 (relación de casualidad, imputabilidad, íter críminis, etc.) y en el argentino de 1922. El resultado no es satisfactorio, pues, en el último término, lo poco que se ganó en modernidad, se perdió en unidad y se acentuaron las contradicciones y vacíos, conforme se verá oportunamente.

Este Código de 1938 es el que se encuentra actualmente en vigencia en el Ecuador, si bien en los años transcurridos desde entonces ha sido objeto de numerosas reformas. Estas han sido tantas que se ha vuelto indispensable el realizar **codificaciones**, incorporando las reformas realizadas y rectificando, a consecuencia de ello, la numeración del articulado. Las distintas codificaciones se han publicado en 1953, la primera; en 1960, la segunda y en 1971, la tercera, cuya numeración es la que actualmente se cita en los trámites judiciales y sentencias. Pero debe quedar claro de que no se trata de nuevos códigos, sino simplemente de codificaciones, que no han requerido por lo tanto de un acto legislativo formal, como el que se exige para la aprobación de una nueva ley.

Doctrina y jurisprudencia penales

Lamentablemente escasa ha sido la producción doctrinaria ecuatoriana en materia penal. La obra más importante es, indudablemente, los **Apuntes para el estudio del Código Penal** (1927-1930), del magistrado y profesor de la Universidad Central, Francisco Pérez Borja. A pesar de referirse al Código de 1906, es todavía el aporte científicamente más consistente que se haya realizado en el país en esa rama del Derecho.

Sobre el Código de 1938 se han hecho estudios, con diversos alcances y metodologías, por parte de algunos catedráticos, como Carlos Camacho, Enrique Echeverría, Efraín Torres Chávez y Alfonso Zambrano Pasquel; así como ensayos monográficos de Jaime Flor Vásconez, Jorge Zabala Baquerizo, Bolívar León y otros autores.

Parecidas limitaciones ha tenido la jurisprudencia penal. Las sentencias, periódicamente publicadas en la **Gaceta Judicial**, y últimamente en el Registro Oficial, o los extractos compilados en algunos repertorios, sólo en contadas ocasiones constituyen análisis doctrinarios de valía sobre la legislación penal ecuatoriana. La falta de especialización de los jueces y, eventualmente, razones de carácter procesal, han sido el freno que ha impedido una adecuada evolución de la justicia penal, anclada en la mayor parte de los casos en viejos perjuicios y arcaicas concepciones del Derecho Penal, cuando no en una peligrosa rutina. La conformación de la Corte Suprema de Justicia en salas especializadas permite ahora una administración de justicia de mejor calidad en esta materia.

8.- Reformas posteriores a la codificación

Con posterioridad a la fecha de la última codificación, que se encuentra actualmente en vigencia (Registro Oficial No. 147, de 22 de enero de 1971), se han producido innumerables reformas al Código, ya expedidas por los gobiernos de facto que se sucedieron hasta agosto de 1979, ya también por la Función Legislativa, con posterioridad a esa fecha.

Con un afán ilustrativo y para establecer con precisión el Derecho vigente, señalamos a continuación todas esas reformas, indicando el número de Registro Oficial y la fecha correspondiente de cada una. También se señalan las resoluciones expedidas por el Tribunal Constitucional, mediante las cuales se declaró la inconstitucionalidad de algunas disposiciones del Código:

No. 323, de 4 de octubre de 1971: reforma del Art. 87, relativo a la libertad condicional;

No. 159, de 5 de octubre de 1972: se agrega, a continuación del Art. 239, el delito de uso indebido de uniformes militares;

No. 480, de 25 de enero de 1974: se añade, luego del Art. 363, el delito de especulación con alimentos;

No. 705, de 19 de diciembre de 1974: reforma del Art. 160 y agregado de varios artículos, relativos a delitos de terrorismo y sabotaje;

No. 337, de 16 de mayo de 1977: el Art. 369 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control reforma los Arts. 257, 258 y 259 (delito de peculado);

No. 621, de 4 de julio de 1978: estas reformas del Decreto Supremo 2636, han sido indudablemente las de mayor trascendencia en los últimos años, en especial por su orientación destinada a aumentar la severidad de las sanciones penales: el máximo de la pena se elevó a veinticinco años, se estableció la acumulación de penas sin límite alguno, etc. Sin embargo estas reformas sólo estuvieron vigentes algo más de un año,

pues fueron derogadas por la Cámara Nacional de Representantes. No fue derogado, en cambio, el Art. 20 que eliminó el delito de concubinato.

No. 714, de 20 de noviembre de 1978: se agregan dos artículos a continuación del Art. 575, sancionando a quienes invadan tierras o negocien con ellas;

No. 769, de 8 de febrero de 1979: se crea el título de los delitos relativos a la discriminación racial;

No. 36, de 1 de octubre de 1979: derogatoria de las reformas de 4 de julio de 1978;

No. 453, de 17 de marzo de 1983: el Art. 37 de la Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público agrega un inciso al Art. 575 (defraudaciones por sobrefacturación o subfacturación en el comercio exterior);

No. 511, de 10 de junio de 1983: se dicta un nuevo Código de Procedimiento Penal, en cuyo artículo final se suprimen los Arts. 503 y 504 (delito de adulterio) y 632 (caso de varias sentencias condenatorias sobre una misma persona) del Código Penal;

No. 771, de 22 de junio de 1984: se agrega un artículo luego del 499 tipificando el delito de difamación a través de los medios de comunicación social;

No. 260, de 29 de agosto de 1985: la Ley 6 crea nuevas formas de peculado y el delito de enriquecimiento ilícito;

No. 677, de 4 de mayo de 1987: el Congreso Nacional ratifica la resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales, que suspendía por inconstitucionalidad los efectos del inciso segundo del Art. 547;

No. 97, de 29 de diciembre de 1988: la Ley de Control Tributario y Financiero agrega un artículo a continuación del 575, estableciendo el delito de no depósito de impuestos percibidos y recaudados por los respectivos agentes de retención;

No. 224, de 3 de julio de 1989: el Tribunal de Garantías Constitucionales suspende los efectos del Art. 27. La Ley 106, publicada en el Registro Oficial 365, de 21 de julio de 1998, derogó este artículo.

No. 395, de 14 de marzo de 1990: la Ley 66 reforma el Art. 607, numeral 1, relativo a las contravenciones de hurto y robo;

No. 930-S, de 7 de mayo de 1992: al expedirse la Ley de Régimen Monetario, se reforma el último inciso del Art. 575 relativo a la obtención de beneficios cambiarios o monetarios indebidos;

No. 22-S, de 9 de septiembre de 1992: la Ley 04 agrega dos artículos a continuación del Art. 114, en relación a las personas detenidas que no han sido sentenciadas; reformas que más bien debieron haberse hecho al Código de Procedimiento Penal;

No. 349, 31 de diciembre de 1993: la Ley 51 agrega un artículo innumerado a continuación del Art. 575, en sustitución del artículo agregado en 1988 por la Ley de

Control Tributario y Financiero. Se tipifica el delito de los agentes de percepción y retención de impuestos, que no hicieren las respectivas declaraciones y pagos de los valores percibidos o recaudados;

No. 203-S, de 27 de noviembre de 1997: el Tribunal Constitucional suspende los efectos del primer inciso del Art. 516;

No. 365, de 21 de julio de 1998: la Ley 106 reforma varios artículos del título de los delitos sexuales y agrega otras infracciones al mismo título;

No. 190, de 13 de mayo de 1999: la Ley 99-26 agregó un inciso al Art. 257 y el Art. 257A, relativo al delito de peculado;

No. 253, de 12 de agosto de 1999: la Ley 99-38 agregó tres incisos al Art. 422 en relación a las empresas que ilegalmente prestan servicios de telecomunicaciones;

No. 347, de 27 de diciembre de 1999: la Ley 99-48 agregó un artículo innumerado a continuación del Art. 575 estableciendo el delito de no pago del precio mínimo fijado para la caja de banano de exportación;

No. 2, de 25 de enero del 2000: la Ley 99-49 agregó tres capítulos referentes a delitos contra el patrimonio cultural, el medio ambiente y contravenciones ambientales;

No. 110, de 30 de junio del 2000: la Ley 2000-20 agregó a continuación del Art. 440 un capítulo sobre el tráfico ilegal de migrantes;

No. 144-S, de 18 de agosto del 2000: la Ley 2000-24 reforma el Art. 7 relativo a la procedencia de la extradición;

No. 422, de 28 de septiembre del 2001: la Ley 2001-47 agravó las penas para varios delitos;

No. 557-S, de 17 de abril del 2002: la Ley 2002-67, de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos agrega algunos artículos sobre infracciones informáticas;

No. 635, de 7 de agosto del 2002: la Ley 2002-75 sustituyó y dolarizó la cuantía de las multas;

No. 716, de 2 de diciembre del 2002: la Ley 2002-91 reforma los Arts. 343 y 563 y agrega el Art. 440B, introduciendo sanciones a nuevas prácticas de tráfico ilegal de migrantes;

No. 733-S, de 27 de diciembre del 2002: la Ley 2002-97 agrega el Capítulo XIII, De ciertos delitos promovidos o ejecutados por medio de actividades turísticas, dentro del Título V del Libro Segundo del Código Penal;

No. 45, de 23 de junio del 2005: la Ley 2005-2 cuya temática central es la tipificación de delitos de explotación sexual de menores de edad, pero que también tipifica los delitos de trata de personas y de extracción y tráfico ilegal de órganos, sustituye los

delitos de atentado contra el pudor y acoso sexual, introduce reformas en las circunstancias atenuantes y agravantes generales y agrega un capítulo que contiene disposiciones comunes a los delitos sexuales;

No. 154, de 28 de noviembre del 2005: la Ley 2005-21 agrega disposiciones especiales en relación al robo de vehículos, tanto en el caso de para hacerlo se retenga al conductor o ocupantes (secuestro "express"), como cuando se cause lesiones o la muerte de tales personas;

No. 231, de 17 de marzo del 2006: la Ley 2006-31 reforma varios artículos de los Títulos I, V y VI del Libro Segundo, y del Libro Tercero (contravenciones), relacionados todos ellos con la conservación y uso de armas;

- No. 450, de 6 de septiembre del 2006: la Ley 2006-53 interpreta uno de los artículos innumerados (abuso sexual) agregados por la Ley 2006-31;

- No. 412, de 7 de diciembre del 2006: la Ley 2006-63 crea dos delitos de violencia deportiva, que se incluyen, el primero, entre los delitos contra la seguridad pública y el segundo, entre los delitos contra las personas;

- No. 427-S, de 29 de diciembre del 2006: la Ley 2006-70 sustituye los artículos 440 A y 440 B, creados por la Ley 2000-20, que sancionan el tráfico ilegal de migrantes; y aumenta las sanciones para el delito de usura;

- No. 170-S, de 14 de septiembre del 2007: la Ley 2007-85 agregó un capítulo al Título IV, tipificando varios delitos relativos a la comercialización ilícita de combustibles derivados de hidrocarburos;

- No. 242- tercer suplemento, de 29 de diciembre del 2007: la Ley de Equidad Tributaria derogó el artículo incorporado por la Ley 51 de 1993;

- No. 393- segundo suplemento, de 31 de julio del 2008: la Ley reformatoria al Código de Ejecución de Penas y al Código Penal sustituyó e interpretó el Art. 57 del Código Penal, relativo al lugar en que deben cumplir la condena las personas mayores de sesenta y cinco años.

- No. 555- S, de 24 de marzo de 2009: La Ley reformatoria a los Códigos de Procedimiento Penal y Penal, eliminó los delitos de giro de cheques sin provisión de fondos y de duelo; sustituyó el Capítulo de los delitos relativos a la discriminación racial por el Capítulo de los delitos de odio; sustituyó el Art. 197 y reformó la contravención de hurto;

- No. 578-S, de 27 de abril de 2009: Se agrega un capítulo al Título VI del Libro Segundo del Código Penal, tipificando los delitos de genocidio y etnocidio;

- No. 160-S, de 29 de marzo de 2010: Se reforman los Arts. 51 (penas de la contravención), 78 (reincidencia), 450 (nuevo circunstancia de asesinato), 569 (delito de receptación) y 607 (contravención de hurto) del Código Penal.

- No. 196-S, de 19 de mayo de 2010: Se agrega al Libro Segundo, el Título XI, con

cuatro capítulos, en que se tipifican delitos "de función de servidoras y servidores policiales y militares"; se agregan un Título al Libro Primero, con normas para la aplicación de las penas de estos delitos; y artículos innumerados, a continuación del 29 y del 30, estableciendo circunstancias atenuantes y agravantes relacionadas con estos delitos;

- No. 343-segundo suplemento, de 17 de diciembre de 2010: La Corte Constitucional declara inconstitucional la última frase del Art. 569 (delito de receptación). Nuevas resoluciones de la Corte (Registro Oficial 407-S, de 18 de marzo de 2011), ratifican esta declaratoria;

- No. 352-S, de 30 de diciembre de 2010: La ley reformatoria de la ley que sanciona el lavado de activos incorporó un artículo innumerado, a continuación del Art. 166, sancionan conductas dirigidas financiar la comisión de actos de terrorismo;

- No. 398, de 4 de marzo de 2011: La Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, sustituyó el capítulo innumerado, incorporado al Título II del Libro Segundo, que tipifica los delitos cometidos en esta materia.

Habría que agregar que el Código de Ejecución de Penas (vigente desde el 9 de junio de 1982) reforma implícitamente muchas disposiciones del Código Penal; pero en la práctica la mayoría de estas reformas no han entrado en vigencia, manteniéndose una evidente contradicción entre los dos Códigos.

No es éste el lugar para exponer un criterio general sobre el Código y sus reformas. A lo largo de este manual quedarán patentes las deficiencias del mismo, fruto unas veces de lo anticuado de sus disposiciones; otras, de las novedades introducidas sin la debida coherencia con el resto de normas; y otras, finalmente, por lo inconsulto, apresurado y antitécnico de algunas reformas, motivadas por circunstancias coyunturales y no exentas de demagogia política. Hace falta, por supuesto, un trabajo serio y sistemático, ajeno a presiones coyunturales, para dotar al país de una legislación penal moderna, adecuada a su realidad social y cultural.

Capítulo III
LA LEY PENAL

1.- El problema de las fuentes en el Derecho Penal

Si se considera que las fuentes del derecho son los modos a través de los cuales se originan y manifiestan las normas jurídicas, cabe afirmar paladinamente que rigurosamente, en el Derecho Penal, **sólo la ley**, expedida y promulgada formalmente como tal, **tiene la calidad de fuente**. Desde que el Derecho Penal adquirió definitivamente su carácter público y desde que la escuela clásica impuso el principio de legalidad, éste constituye uno de los basamentos fundamentales sobre el que se ha levantado el Derecho Penal de nuestro tiempo. Razones políticas y jurídicas se arguyen a favor de este principio que taxativamente afirma: **no hay delito ni pena sin ley previa**.

Sin embargo, no sólo que cabe discutir teóricamente la posibilidad de que existan otras fuentes del Derecho Penal, sino que también es necesario delimitar el alcance exacto de este principio y la influencia que pueden tener, en la aplicación concreta de la propia ley penal, aquellas otras fuentes inicialmente descartadas.

a) La costumbre

En términos generales, la costumbre es una de las fuentes del derecho (Art. 2 del Código Civil). Concretamente en el ámbito penal, en muchas sociedades imperaron las normas consuetudinarias, prioritaria o conjuntamente con las normas escritas. Pero, como se ha dicho, el principio de legalidad eliminó a la costumbre como fuente en el Derecho Penal moderno.

A pesar de tan terminante principio, algún tratadista (Dorado Montero) ha reivindicado a la costumbre penal, calificándola como una fuente jurídica eminentemente popular. Así mismo cabe citar el caso del Tercer Reich alemán (1933-1945), que incorporó a la costumbre, como alternativa del principio de legalidad, cuando se estableció en el Art. 2 del Código Penal que: *"Será castigado quien cometa un hecho que la ley declare punible o que merezca castigo según el concepto básico de una ley penal y* ***según el sano sentimiento del pueblo****. Si ninguna ley penal determinada puede aplicarse directamente al hecho, éste será castigado conforme a la ley cuyo concepto básico corresponda mejor a él"* . Apelar al sentimiento del pueblo significa, en último término, remitirse a la costumbre, aun cuando esto puede provocar (y así sucedió efectivamente en Alemania) que los jueces y tribunales, como únicos intérpretes de ese "sano" sentimiento popular, cometan incalificables abusos en el manejo de la potestad penal. Casos como éste han servido, más bien, para reafirmar la importancia inequívoca del principio de legalidad.

En definitiva, la costumbre en materia penal puede ser examinada desde un triple punto de vista, según el papel que eventualmente podría cumplir:

La costumbre como fuente creativa: De acuerdo al tantas veces citado principio de legalidad, esta alternativa queda totalmente rechazada. Sólo la ley fija y delimita los delitos y las penas, con la precisión necesaria, frente a las inciertas y cambiantes normas consuetudinarias.

La costumbre como fuente negativa: Se plantea aquí la posibilidad de que una ley penal haya caído en desuso (es decir, que no haya sido aplicada durante mucho tiempo), lo cual significaría que la costumbre la ha derogado. En realidad, aunque el desuso de la ley sea cierto, y muchas veces lo es, sólo otra ley puede derogarla; entre tanto está vigente y eventualmente podría ser aplicada. El desuso debe ser un indicativo para que el legislador adopte la reforma legal correspondiente y nada más.

La costumbre como fuente integrativa: Aquí surgen situaciones no resueltas del todo. Se trata de aquellos casos en que la ley penal se remite a la costumbre, en forma expresa o tácita, para integrar o completar el sentido en que la ley debe aplicarse.

Un ejemplo de este tipo se tiene en el Art. 583 del Código Penal que califica como préstamo usurario aquel en que se estipula "un interés mayor que el permitido por la ley

u **otras ventajas usurarias**.” Para que el juez pueda establecer si se cumple o no esta condición deberá examinar cuáles son las prácticas que los usureros acostumbran a realizar.

Estas son situaciones en que la costumbre, ciertamente, no crea un delito ni señala una pena; pero sí establece determinadas condiciones para que una conducta pueda ser considerada delictiva. Por lo tanto, más que de un problema de fuentes de Derecho, se trata de casos en que para poder interpretar la Ley, es necesario remitirse a la costumbre.

b) La jurisprudencia

Se conoce con este nombre el conjunto de sentencias judiciales, especialmente las dictadas por el más alto tribunal de justicia de un país. En algunos sistemas jurídicos, sobre todo en la órbita anglosajona, las sentencias tienen un valor de **precedentes**, que deben ser aplicados obligatoriamente en los casos similares que se juzgaren en el futuro. En tales países puede afirmarse que la jurisprudencia sí es fuente de derecho.

En nuestro sistema jurídico, en cambio, la sentencia tiene únicamente fuerza obligatoria respecto del caso en que se pronuncia (Art. 3 del Código Civil); y, por lo tanto, no es fuente de derecho, peor todavía en materia penal, en donde rige el principio de legalidad.

Complementariamente hagamos, sin embargo, dos observaciones:

- La jurisprudencia del más alto tribunal de justicia de un país ha tenido siempre gran importancia en cuanto a la interpretación de la ley, pues fija en la práctica su sentido y alcance. Por eso se la cita tan frecuentemente en los alegatos judiciales. Gráficamente se ha dicho que la "ley reina, pero la jurisprudencia gobierna." Según la norma constitucional vigente (Art. 185), las sentencias de las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto constituirán jurisprudencia obligatoria, si el pleno de la Corte no se pronuncia en sesenta días o ratifica el criterio. Esta jurisprudencia tiene, en rigor, fuerza de ley.

- Según el Código Orgánico de la Función Judicial (Art. 180), a la Corte Nacional de Justicia le corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración, en conformidad con la norma constitucional ya citada; y expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la ley; atribución que significa en definitiva una capacidad de “legislar”, aunque sea con carácter transitorio. Naturalmente esta atribución puede ser ejercida también en materia penal, sin que se atente contra el principio de legalidad.

c) La doctrina

No tiene valor como fuente de derecho, pero su contribución es fundamental para interpretar la ley vigente y para delinear la ley futura. En estos dos aspectos la doctrina ha sido trascendental en el campo penal.

d) Los tratados internacionales

Para que un tratado internacional, bilateral o multilateral, constituya fuente de derecho y tenga, por lo mismo, fuerza obligatoria, debe previamente haberse integrado a la legislación interna del país, a través del procedimiento específico que determina la Constitución (Art. 419). Este procedimiento incluye la aprobación por la Asamblea Nacional, dada la fuerza jurídica que ese tratado va a tener en el futuro, que es ciertamente la de una verdadera ley, que inclusive, en el orden jerárquico de aplicación de las normas prevalece sobre las normas del derecho interno, excepto la Constitución.

De esta manera, muchos tratados internacionales con un contenido penal, suscritos por el Ecuador, han pasado a formar parte del Derecho positivo ecuatoriano. En algunos de ellos, por ejemplo, las Convenciones de las Naciones Unidas contra la corrupción o contra la delincuencia organizada transnacional, se establece la obligación del Estado de tipificar conductas delictivas; pero en otras, como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se tipifican directamente los delitos que podrían ser juzgados por esa Corte, sin que haga falta por tanto que se dicte una ley expresa en tal sentido y sin que esto signifique, por lo dicho anteriormente, una violación del principio de legalidad.

2.- El principio de legalidad o reserva

Tal como se ha manifestado repetidamente, el principio de legalidad es la piedra angular sobre la que se ha levantado la doctrina penal moderna. Este principio (también llamado por algunos autores principio de reserva) tiene antecedentes anteriores a Beccaria, pero fue éste quien lo colocó como elemento central dentro de las nuevas concepciones penales. A él se adhirieron los autores clásicos y luego ha sido incorporado a las legislaciones de casi todos los países del mundo y a las declaraciones de derechos humanos (universal y americana). Suele enunciarse con la frase latina "nullum crimen nulla pena sine lege", aunque esta fórmula no es originaria del derecho romano y surge en tiempos modernos (Feuerbach). Su formulación más exacta en español es la siguiente: no hay delito ni hay pena sin ley.

En el sistema jurídico ecuatoriano, el principio de legalidad está consagrado constitucionalmente (Art. 76): *"Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal..., ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o en la ley"*.En la misma Constitución, el Art. 132, exige la expedición de una ley para tipificar infracciones y establecer las correspondientes sanciones.

En forma similar, aunque menos precisa, consta tal declaración en el Art. 2 del Código Penal: *"Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida. La infracción ha de ser declarada y la pena establecida con anterioridad al acto"*. Una declaración parecida se incluye también en el Código de Procedimiento Penal (Art. 2).

Aspectos que comprende

Según el análisis doctrinario más completo, el principio de legalidad comprende varios aspectos:

No hay delito sin ley previa: la ley debe tipificar las conductas que en el futuro se considerarán delictivas; Pero la ley debe ser **escrita** (se ha dicho ya que no son aceptables en materia penal otras fuentes normativas distintas de la ley propiamente tal), **previa** (rige para el futuro, no tendrá efecto retroactivo, como se señalará más adelante), **clara** (debe establecer con todas precisión en qué consiste la conducta que se considera delito) y **estricta** (no admite interpretaciones extensivas ni la analogía);

No hay pena sin ley previa: la ley debe determinar qué sanciones merecerán esas conductas;

No hay juicio penal sin ley previa: la ley debe establecer los mecanismos procesales con los cuales se juzgará a los infractores;

No hay condena sin juicio legal: nadie puede sufrir una sanción penal si ésta no ha sido establecida en una sentencia firme, luego de un juicio.

Doble garantía

Ahora bien, si vamos al fondo del asunto, encontraremos que el fundamento del principio de legalidad se encuentra en una doble y esencial garantía:

a) **Garantía política:** el ciudadano debe sentirse garantizado de que sus actos no estarán sujetos a sanción penal, a menos que la ley los haya tipificado previamente como delitos. Y con esto se evitará, principalmente, que el sistema penal sea utilizado como un mecanismo de persecución por parte del poder político.

b) **Garantía jurídica:** el ciudadano debe tener la garantía de que, si incurre en una de aquellas conductas sancionadas, se le impondrá la pena que está previamente determinada en la ley y no otra que, arbitrariamente, pretendiera imponerle el juez.

Hay ciertamente la posibilidad de que se produzcan conductas peligrosas, perversas, condenables moral y socialmente, que se quedan sin castigo por no estar previstas en la ley. Pero en consideración a esta doble garantía, éste resulta un precio que la sociedad puede tolerar. Si se produjeren en la práctica tales casos, el legislador siempre tendrá en sus manos el recurso de reformar la ley incorporando las nuevas conductas delictivas que crea del caso.

3.- Clasificación de la ley penal

En conformidad con distintos criterios, pueden hacerse varias clasificaciones de la ley penal. Anotemos algunas de ellas:

Por el contenido

a) **Leyes preceptivas:** son las más características y antiguamente se consideraban las únicas leyes penales. Se llaman así porque contienen un **precepto** y una **sanción**. El precepto es la hipótesis de hecho, la conducta típica prohibida que contiene la ley penal: **"El que matare a otro..."**; y la sanción es la consecuencia jurídica de haber incurrido en tal conducta: **"...será reprimido con ocho a doce años de reclusión."** Son además las que están definidas en el Art. 1 del Código Penal: *"Leyes penales son todas las que contienen un **precepto** sancionado con la amenaza de una **pena**"*.

Por otra parte, en estas leyes se cumple plenamente el principio de legalidad: determinar los delitos y las penas correspondientes. Todo el Libro II del Código, o parte especial del mismo, contiene leyes preceptivas.

b) **Leyes normativas:** Son las que contienen criterios, o normas, de aplicación de las leyes preceptivas; instrucciones básicas para que el juez actúe en conformidad con los principios generales que inspiran la legislación penal. Son muy numerosas e integran el Libro I, o parte general del Código. Señalemos algunos ejemplos: Art. 2: la ley penal no tiene efecto retroactivo, salvo en el caso de ser más favorable; Art. 3: la ignorancia de la ley no excusa a persona alguna; Art. 16: qué debe entenderse por tentativa; Art. 19: requisitos que debe reunir la legítima defensa; Art. 107: normas para la prescripción de las penas privativas de la libertad, etc.

c) **Leyes declarativas o explicativas:** Estas son mucho menos importantes, pues no resultan necesarias para el funcionamiento del sistema jurídico penal. Su papel es aclarar o explicar el sentido o alcance de otra ley penal. Por ejemplo, el Art. 592 determina qué se entenderá por robo cometido durante la noche; el 596, cuándo habrá violencias o amenazas; el 602, qué debe entenderse por armas, etc.

Por el modo de establecer la sanción

a) **Leyes determinadas absolutamente:** Son las que establecen una pena concreta y única para cada delito. Por ejemplo: "El asesinato será sancionado con pena de muerte." Aunque estas leyes no lesionan el principio de legalidad, resultan poco convenientes por su inflexibilidad, que no permite atender las circunstancias particulares de cada caso.

b) **Leyes determinadas relativamente:** Son las que establecen un máximo y un mínimo en la pena aplicable a cada caso, límites entre los cuales el juez puede escoger libremente. Por ejemplo: "El asesinato será reprimido con una pena de dieciséis a veinticinco años de reclusión mayor especial." Este es el sistema más extendido en las legislaciones y también es el utilizado por el Código ecuatoriano.

c) **Leyes indeterminadas absolutamente:** Son las que dejan exclusivamente al libre criterio del juez el señalamiento de la pena. Por ejemplo: "El asesinato será sancionado con la pena que el juez estime conveniente en cada caso". Aunque este sistema tiene partidarios, tales leyes son inaceptables desde el punto de vista del principio de legalidad.

Por la especialidad

a) **Ley general** (Código Penal común): Es la ley que rige en forma general para todos los habitantes del país y se aplica a todos los casos, salvo las excepciones en que de una manera expresa sea aplicable una ley especial.

b) **Leyes especiales:** Son aquellas aplicables a ciertas personas o en ciertas materias expresamente determinadas por estas leyes. En el Ecuador rigen algunas leyes especiales en el ámbito penal:

- Leyes penales especiales en ciertas materias: tenemos en el Ecuador los importantes casos de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, la Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas, la Ley que reprime el lavado de activos y la Ley de armas, entre otras;

Leyes penales impropias: así se pueden calificar aquellas normas (o más concretamente determinados artículos de una ley) que teniendo un carácter claramente penal se encuentran, sin embargo, incluidas dentro de cuerpos legales que se refieren a muy diversas materias no penales. Este tipo de normas se prestan a producir dudas acerca de su verdadera naturaleza, de su aplicación y, en algunos casos, hasta de la jurisdicción competente.

En la legislación ecuatoriana encontramos numerosos casos de normas penales incluidas dentro de leyes no penales. Por ejemplo:

Código Tributario;
Ley de Propiedad Intelectual;
Ley de Registro Civil;
Ley General de Instituciones del Sistema Financiero;
Ley de Mercado de Valores;
Ley General de Seguros;
Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

4.- Leyes penales en blanco

Se ha dicho ya que la ley penal preceptiva se caracteriza por contener un precepto (que señala cuál es la conducta típica) y la correspondiente sanción. Sin embargo, algunas veces el legislador deja incompleta la ley: **fija la sanción, pero el precepto queda parcial o totalmente indeterminado**. En definitiva, la conducta típica no ha sido totalmente descrita, sino que la ley se remite, expresa o tácitamente, a otra norma jurídica para completar su determinación. El penalista alemán Binding llamó a este tipo de leyes, leyes penales en blanco, porque, según decía, la ley se expide como un cheque en blanco, que tiene la firma del girador, pero cuyo texto es llenado posteriormente por otra persona. Es decir, el legislador expide una ley incompleta que una autoridad administrativa se encarga de completar posteriormente. Algunos ejemplos nos ayudarán a una mejor comprensión del asunto.

Una norma penal ordinaria dice así: “El que matare a otro será reprimido con una pena de doce a dieciséis años de reclusión.” En esta norma, el precepto y la sanción están perfectamente determinados.

En ocasiones, sin embargo, se dictan leyes formuladas de la siguiente manera:

a) “El que fabricare sustancias medicinales sin cumplir con las formalidades prescritas en los reglamentos respectivos será sancionado con prisión de uno a tres años”; o,

b) “El que infringiere las reglas de salubridad que acordare el Ministerio de Salud en casos de epidemia será sancionado con prisión de uno a tres años.”

En estos dos casos la sanción está claramente indicada, pero en cambio la conducta está incompleta. En el caso a), el núcleo de la conducta prohibida está determinado, pero faltan ciertos elementos complementarios: está prohibido fabricar medicinas sin cumplir ciertas formalidades, pero no se señalan cuáles son esas formalidades, lo cual se hará en un reglamento. **Esta es una ley parcialmente en blanco**. En el caso b), falta aun la determinación de la conducta básica, pues sólo genéricamente se indica la obligación de no infringir las reglas que cuando llegue el caso se fijarán administrativamente. **Esta es una ley totalmente en blanco**, pues nada se conoce ni se puede anticipar sobre la naturaleza de esas conductas prohibidas.

Leyes en blanco y principio de legalidad

La multiplicidad y diversidad de situaciones que, según el legislador, son merecedoras de sanción penal, en las cuales resulta difícil, si no imposible, el fijar los detalles de las conductas prohibidas, ha determinado que estas leyes penales parcial o totalmente en blanco sean cada vez más frecuentes. Y entonces se plantea una importante cuestión: ¿**son o no conciliables con el principio de legalidad**?

En realidad no se puede dar una respuesta única. Habrá que distinguir más bien los diferentes casos:

Si la ley penal en blanco se remite a otra ley, aunque no sea penal, no habrá problema, pues quedaría a salvo el principio de legalidad.

Si la ley describe la esencia de la conducta y sólo deja a la decisión administrativa la determinación de ciertas circunstancias complementarias que no tienen en sí mismas un contenido penal, es decir, si la ley es parcialmente en blanco, el criterio mayoritario se inclina por sostener que tampoco se afecta el principio de legalidad. Se considera en todo caso que este tipo de leyes sólo deben dictarse cuando sean absolutamente necesarias, y que, de ninguna manera pueden admitirse reenvíos sucesivos de una norma administrativa a otra u otras normas.

Si la ley penal está totalmente en blanco y remite a la autoridad administrativa la determinación de la conducta básica, hay serias razones para considerar que sí afecta al principio de legalidad y que por lo tanto sería inconstitucional. De todas maneras hay quienes sostienen que, aun en esos casos, no se le está concediendo a la autoridad administrativa una “carta blanca” para proceder arbitrariamente, pues esa autoridad tiene sus facultades expresamente delimitadas por la Constitución y las leyes y no puede excederse de ellas (E. Cury).

Por otra parte, las leyes en blanco producen problemas de hermenéutica, pues la interpretación de textos jurídicos no penales se rige por principios inadmisibles en materia penal, la aceptación de la analogía, por ejemplo. Así mismo pueden surgir situaciones de ignorancia o error de las disposiciones a las que se remite la ley penal, pues no siempre las normas administrativas se difunden de la misma manera que las normas estrictamente legales.

En nuestro Código tenemos algunas normas, como son las contenidas en los Arts. 149, 257-A, 421, 434, 435, 437-A y siguientes, 534, 538, 574, 575, 576, 583 y otros más, que plantean problemas y situaciones relativas a este singular tema de las leyes penales en blanco. En las leyes penales especiales y en las leyes penales impropias, principalmente las que crean delitos económicos, los casos se repiten todavía con mayor frecuencia.

5.- Interpretación de la ley penal

No es del caso examinar ahora los problemas generales que estudia el Derecho con respecto a la interpretación. Tampoco explicaremos las distintas categorías que establece la doctrina de acuerdo a los variados criterios de clasificación. Según quien la hace: la interpretación puede ser auténtica, doctrinal y judicial; según el método que se emplee: literal o gramatical y teleológica o finalista; según su alcance: declarativa, extensiva, restrictiva y analógica. Señalemos además que en materia de interpretación, en términos generales, hay que tomar en cuenta las reglas que sobre este asunto trae el Art. 18 del Código Civil. Aquí nos interesa referirnos exclusivamente a la forma específica en que debe ser interpretada **la ley penal por los jueces y tribunales.**

En forma unánime, la doctrina sostiene que no es necesario que los códigos incluyan normas especiales para la interpretación de la ley penal y que el juez debe atenerse a las normas generales y a los principios doctrinarios sobre esta materia. O que, a lo más, los códigos deben establecer ciertos límites a la interpretación.

Sin embargo, el Código ecuatoriano, deseando sin duda evitar posibles excesos judiciales, ha dado en el Art. 4 reglas especiales para la interpretación de la ley penal. Estas reglas, no solamente son discutibles en su contenido, sino que además no resuelven todos los problemas que se producen en el momento de aplicar la ley penal. Por esta razón al juez no le queda en la práctica otro camino que salirse de tan rígidas disposiciones (véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de 21 de marzo de 1959, Gaceta Judicial, Serie IX, No. 5).

Las reglas del Art. 4 son las siguientes:

a) Principio de la interpretación literal estricta

Al afirmarse que el juez debe atenerse estrictamente a la letra de la ley, el Código se refiere al sentido natural y obvio de las palabras que la ley utiliza, en el contexto gramatical de la frase. Se excluye por lo tanto la posibilidad de desatender ese tenor literal para consultar el espíritu de la ley. La aplicación de este principio es simple, casi obvia, si la ley es clara y si las palabras y frases de la ley tienen un sentido inequívoco. Pero es frecuente que la ley sea oscura y hasta incoherente; entonces la interpretación

literal resulta inaplicable. En ese caso, el juez deberá necesariamente apelar a otras formas de interpretación. De todos modos la interpretación literal es excesivamente rígida y aunque controla la arbitrariedad judicial, limita seriamente la posibilidad de avances doctrinarios a través de la jurisprudencia.

b) Prohibición de la interpretación extensiva

En concordancia con el principio anterior, éste determina que el juez no puede ampliar el alcance del sentido de las palabras, ni siquiera a pretexto de que la letra de la ley coincida con su espíritu. Este principio es, sin duda, necesario en cuanto la interpretación extensiva pudiera perjudicar al acusado; pero hay quienes sostienen que sí puede aceptarse, en cambio, cuando esta interpretación lo favorece.

c) Principio “in dubio pro reo”

Según esto, el juez en caso de duda sobre el sentido de una norma, la interpretará en el sentido más favorable al acusado. Pero debe entenderse que este principio sólo se aplicará cuando, agotados los mecanismos de interpretación de la ley, el juez mantenga todavía dudas sobre su sentido; sólo entonces la interpretará a favor del acusado. Inclusive la Constitución ha recogido este principio (Art. 76).

No debe confundirse esta disposición del Art. 4 del Código Penal con otro principio que suele denominarse de la misma manera y que, de alguna manera, ha sido recogido por los Arts. 250, 252 y sobre todo por el 304-A del Código de Procedimiento Penal. De acuerdo con ello, si en un proceso penal quedaren dudas respecto a las pruebas sobre la responsabilidad del acusado, éste deberá ser absuelto.

d) Prohibición de la analogía

No hay una disposición expresa del Código (y sería mejor que la hubiera) prohibiendo la analogía; pero de las consideraciones anteriores y, sobre todo, como consecuencia del principio de legalidad, según se ha señalado, se deduce, sin lugar a dudas, que en nuestro sistema penal la analogía está prohibida. Esto significa que en materia penal, el juez no puede cubrir los vacíos de la ley, las situaciones no contempladas expresamente por ella, con las disposiciones que se aplican a casos similares. Las conductas que la ley no ha tipificado como delitos no pueden ser sancionadas, por mucho que se parezcan a las ya tipificadas.

Sin embargo, en algunos casos, la propia ley -con innegable incoherencia- obliga al juez a realizar interpretaciones analógicas, es decir a considerar, por similitud, situaciones no previstas por la ley. Esto sucede, por ejemplo, con los Arts. 29, 30, 257 o 563, entre otros, del Código. En estos casos, la ley utiliza expresiones tales como: “... o cualquier otra forma semejante...” (Art. 257), que obligan al juez a extender el sentido de la ley a otras situaciones posibles, a más de aquellas que expresamente la ley ha previsto.

6.- Concurso aparente de leyes

Un problema especial de interpretación se plantea en ciertos casos, en que dos o más leyes penales -distintas y aun contradictorias- parecen ser aplicables al mismo hecho. Esta situación se produce por la especial complejidad del sistema penal, en que una misma situación jurídico penal (pongamos, por ejemplo, un homicidio) puede presentar determinadas variantes y por lo tanto quedar sujeta a dos o más normas penales distintas.

Dentro de la lógica jurídica, sólo una de esta leyes será la aplicable y el propio orden jurídico se encarga, en forma explícita o implícita, de dar la solución al conflicto de leyes. El concurso, por lo tanto, sólo es aparente y no real.

Concretamente, para solucionar los diversos casos de concurso aparente de leyes, el sistema jurídico ha propuesto algunas fórmulas que, aunque no sean soluciones estrictamente doctrinarias, son fundamentalmente pragmáticas. En tales casos, la aplicación de una ley excluye la aplicación de la otra u otras. Estas reglas están dadas a través de tres principios: el de **especialidad**, el de **subsidiaridad** y el de **consunción**.

a) Principio de especialidad

Según este principio, cuando concurren a un caso una ley general y una ley especial, **prevalece la ley especial**, según expresamente lo declara el Art. 9 del Código. La dificultad, más bien, estriba muchas veces en determinar cuando una ley es especial con respecto a otra. Algunas veces, dentro del propio Código, se produce un concurso entre dos normas especiales; o puede producirse el concurso entre dos leyes especiales: ¿cuál de las dos prevalece?

Tratando de encontrar un concepto técnico de ley especial, habría que considerar que es tal la que agrega un elemento calificativo más concreto dentro del punto o materia comprendidos en la ley general. Por ejemplo: las normas de la Ley de Tránsito son especiales frente al Código Penal, porque se refieren a infracciones calificadas por haberse producido exclusivamente con motivo de un accidente de tránsito. Véanse así mismo los conceptos de plagio (Art. 188) y rapto (Art. 529), y se advertirá que este segundo delito tiene un elemento calificativo más concreto y restringido con respecto al primero: en ambos casos hay apoderamiento de una persona, pero en el rapto el apoderamiento persigue fines deshonestos; esa norma será, por tanto, especial respecto al plagio, en que el apoderamiento tiene finalidades más amplias.

b) Principio de subsidiaridad

Este principio se aplica a aquellos casos en que un mismo bien jurídico es protegido por varias leyes penales, según que la lesión producida tenga mayor o menor gravedad y por ello mayor o menor disvalor jurídico. En tales casos, la ley secundaria (que sanciona la forma menos grave) será aplicable subsidiariamente, es decir sólo si queda claramente descartada la ley primaria (que sanciona la forma más grave). Cuando la ley primaria se aplica, se entiende que absorbe en su sanción a la falta menos grave.

Esta situación es más difícil de precisar en los casos concretos. Sin embargo en los

códigos suele encontrarse una clave para detectar los casos de subsidiaridad. Esta clave consiste en el empleo en ciertas leyes de frases como las siguientes: **"Fuera de los casos de ...", "Si el hecho no constituye un delito más grave..."**, etc., que le dan a esa ley el carácter subsidiario.

En nuestro Código tenemos ejemplos de subsidiaridad en los Arts. 260, 296, 488, 543, etc.

c) Principio de consunción

Este principio es aplicable al caso de ciertos delitos de una estructura muy especial, como son, principalmente, los llamados **delitos complejos**. Estos delitos son figuras creadas por el legislador, cuando dentro de una misma conducta delictiva o de un mismo proceso delictivo se lesionan dos o más bienes jurídicos. El legislador pudo determinar que cada uno de estos resultados dañosos sea sancionado separadamente como dos delitos diferentes; pero para facilitar la actuación de los jueces, prefirió unificar los dos resultados en un solo delito, el delito complejo, y estableció una sola norma para su sanción.

Por ejemplo, en el robo con muerte de la víctima (Art. 552, último inciso), el legislador pudo dejar que el hecho sea sancionado por las dos normas que penan separadamente el robo y el homicidio; pero consideró más conveniente, más práctico, establecer la figura compleja de robo con muerte e imponer para este hecho una sola sanción que unifica a las otras. En el Código tenemos varios casos de delitos complejos especialmente relacionados con homicidios: plagio con muerte (Art. 189), incendio con muerte (Art. 393), aborto con muerte de la mujer (Art. 445), violación con resultado de muerte (Art. 514), etc.

En definitiva, el principio de consunción se enunciaría de la siguiente manera: **la norma de contenido más amplio** (la que sanciona el delito complejo) **absorbe a las de contenido más restringido**.

Concurso de leyes y concurso de delitos

Finalmente cabe hacer sobre este asunto una aclaración. A veces suele confundirse esta situación con otra que presenta características más o menos similares: el concurso de delitos. Sin profundizar, por ahora, en este segundo tema, cabe afirmar que las dos situaciones son distintas. En el **concurso de leyes**, la concurrencia es sólo aparente y sólo una de las leyes será aplicable. La solución consistirá en encontrar, a través de los principios que quedan enunciados, cuál es esa ley que corresponde aplicar al caso. En el **concurso de delitos**, la concurrencia es real: una persona ha cometido varios delitos reprimidos por normas distintas y todas éstas deben ser aplicadas. El problema en este caso consiste más bien en determinar a qué pena debe ser condenada la persona autora de esos varios delitos. Examinaremos posteriormente este punto.

Capítulo IV
EFECTOS DE LA LEY PENAL

Los efectos de la ley penal, como los de cualquier otra ley, pueden ser analizados desde un triple punto de vista: temporalmente, espacialmente y respecto a las personas. En cada uno de estos aspectos rige en esta materia un principio general, pero que admite, en cada caso, ciertas excepciones en cuanto a su aplicación. Así:

en el tiempo: la ley penal rige para el futuro, pero excepcionalmente puede tener efecto retroactivo;

en el espacio: la ley penal rige territorialmente, pero por excepción puede tener efectos extraterritoriales;

respecto a las personas: la ley penal rige para todos los habitantes, pero pueden darse excepciones personales en cuanto a su aplicación.

Examinemos más detenidamente estos tres aspectos.

1.- Validez temporal de la ley penal

La ley penal, como toda ley, no vive eternamente. Por muy diferentes razones, en determinado momento el legislador cree necesario reemplazar una ley penal por otra. En ese momento se plantea un problema: ¿hasta cuándo se extiende la validez temporal de la ley penal derogada y desde cuándo rige la ley penal nueva?

Principio general

Ante tal cuestión, la solución jurídica parece evidente: **la ley penal rige, desde la fecha de su vigencia, para el futuro**, sin efecto retroactivo, y hasta que sea derogada. Esto quiere decir que la ley penal con la que se debe juzgar un delito es la que rige en el momento en que el delito se comete. Y aun cuando con posterioridad esa ley sea derogada, el delito cometido durante su vigencia será sancionado en conformidad con esa ley.

Principio de excepción

Sin embargo de lo anterior, en el Derecho Penal se ha introducido un principio de excepción: **la retroactividad de la ley penal más favorable**. Esto significa que un delito cometido durante la vigencia de la antigua ley será juzgado de acuerdo con la nueva ley, si ésta es más favorable al acusado.

La justificación de este principio no radica tan sólo en razones de carácter humanitario, sino también en consideraciones valorativas características del Derecho Penal: si la sociedad, al dictar una nueva ley, considera por cualquier razón que cierta conducta debe ser juzgada de una manera más suave o, inclusive, le quita todo carácter delictivo, no cabe lógicamente que mantenga un criterio distinto, más severo, frente a los mismos hechos cometidos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley.

La retroactividad, según el Código (Art. 2, incisos tercero y cuarto), debe ser aplicada en cualquiera de estas dos alternativas:

a) Delitos cometidos durante la vigencia de la antigua ley y que deben ser juzgados con la nueva ley, si ésta es más favorable;

b) Delitos ya juzgados y sentenciados por la antigua ley. En este caso, si la nueva ley considera más favorablemente el caso, las sentencias tendrán que ser revisadas en conformidad con lo que disponga la nueva ley. La cosa juzgada en materia penal no tiene, por lo tanto, la misma intangibilidad que se produce en otras ramas del Derecho.

También la Constitución recoge el principio de retroactividad de la ley penal más favorable (Art. 76): "*En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación fuere posterior a la infracción*"; pero esta norma se refiere exclusivamente a la sanción. El Art. 2, con una redacción más amplia, prevé los casos de supresión de delitos, disminución de penas y los efectos y extinción de las acciones y de las penas. Caben sin duda otras posibles situaciones de benignidad (nuevos casos de eliminación de la responsabilidad penal), a las que debe aplicarse el mismo principio.

Casos de nuevas leyes penales

Cuando una ley penal reemplaza a otra, pueden producirse las siguientes situaciones básicas que, de acuerdo a lo que acabamos de ver, deben resolverse de esta manera:

a) **La ley nueva crea un nuevo delito** (una conducta que anteriormente no tenía relevancia penal ahora sí queda expresamente tipificada): la ley nueva no es aplicable a los casos anteriores a su vigencia, en virtud de los principios de legalidad e irretroactividad;

b) **La ley nueva suprime un delito** (se descriminaliza una conducta considerada anteriormente como delictuosa): la ley nueva es aplicable a los casos anteriores, debido al principio de retroactividad de la ley más favorable;

c) **La ley nueva mantiene el delito, pero establece condiciones más rigurosas:** no es aplicable a los casos anteriores, por los principios de legalidad e irretroactividad;

d) **La ley nueva mantiene el delito, pero establece condiciones más benignas:** es aplicable a los casos anteriores, por el principio de retroactividad de la ley más favorable.

Determinación de la ley más favorable

Aspecto clave para la aplicación de los principios que acabamos de enunciar consiste en determinar cuál ley es más favorable o benigna, si la antigua o la nueva. Habrá casos sencillos: la ley nueva será más benigna si suprime un delito o si, manteniéndolo, disminuye la pena correspondiente; o si crea nuevas causas de exención penal o disminuye los plazos de prescripción, etc.

Habrá situaciones más complejas. Por ejemplo, si se cambia la naturaleza de la pena: de multa a prisión o viceversa; o si se disminuye el máximo y se aumenta el mínimo de una pena de prisión. En tales casos, el juez no podrá establecer en abstracto cuál ley es más benigna; sino que deberá considerar la situación concreta, el caso en sí mismo e inclusive las circunstancias personales del autor del delito. Según el consejo de von Liszt, el juez mentalmente deberá imaginar dos sentencias, elaborada cada una con las dos diferentes leyes y expedirá en definitiva la que arroje un resultado más favorable al acusado.

Leyes no penales

Al hablar de las leyes penales en blanco, se ha señalado que hay casos en que la ley penal, para completar el precepto, se remite a otras leyes no penales. ¿Que sucederá cuando estas leyes no penales sean reformadas? Parece coherente que sean aplicables los mismos principios ya enunciados. Si la reforma de la ley no penal tiene el efecto de volver más grave la situación del acusado regirá solamente para el futuro; si la torna más benigna regirá retroactivamente. Supongamos, por ejemplo, que la ley civil disminuye el límite de la mayoría de edad. Si la referencia a la mayoría de edad torna más severo el sistema penal (así sería respecto a la imputabilidad), se la tomará en cuenta solamente para el futuro; si lo vuelve más benigno (delitos que se pueden cometer sólo contra menores de edad), se aplicará retroactivamente.

Leyes interpretativas

Dice el Código Civil (Art. 7 numeral 23) que cuando una ley tiene por único fin interpretar de un modo auténtico otra norma, en rigor no es una nueva ley, pues no deroga o reemplaza a una ley anterior, sino que declara el alcance, el sentido de la ley original. Por lo tanto los efectos de la ley interpretativa se retrotraen a la fecha de la vigencia de la ley interpretada; aunque, por supuesto, la ley interpretativa no puede alterar los efectos de las sentencias pronunciadas en el tiempo intermedio.

Sin embargo este principio resulta cuestionable en materia penal, pues no es extraño que al interpretarse una ley, que describe una conducta punible, se amplíe su sentido, con lo cual podría aplicarse a hechos que anteriormente eran, al menos, dudosos. Por esto la doctrina estima que también en este punto deben respetarse los principios generales: irretroactividad, salvo el caso de la ley interpretativa establezca una situación más favorable.

Tiempo del delito

En la mayoría de los casos, el momento de la consumación del delito es un instante perfectamente determinado (en el homicidio, por ejemplo). Ese será el tiempo del delito, a efectos de determinar cuál es la ley aplicable al asunto. En otros casos pueden presentarse situaciones discutibles. Así sucede en los delitos cuya consumación se prolonga en el tiempo, los delitos permanentes (el plagio, el rapto), o en los habituales

(la usura), durante el cual puede producirse un cambio en las leyes, tornándose más severas o más benignas. En estos casos la solución será aplicar la ley más favorable de las que hayan estado vigentes mientras duró la consumación del delito. En cuanto a la tentativa, en que precisamente no hay consumación, la ley aplicable será la que regía en el momento del último acto ejecutado.

2.- Validez espacial de la ley penal

Debido al desenvolvimiento acelerado de las comunicaciones es cada vez más frecuente que se cometan delitos que involucran a varios países; ya sea por la nacionalidad de los delincuentes o de las víctimas; o porque las diversas fases de su preparación o ejecución se realizan en distintos países; ya también porque su persecución interesa a toda la comunidad internacional. Se plantea entonces la cuestión de establecer cuál es el país cuya legislación deba aplicarse al caso. La doctrina penal, si bien históricamente ha planteado algunas variantes, sostiene ahora un principio básico, el de territorialidad, aunque se aplican también con mayor o menor alcance principios extraterritoriales.

Principio de territorialidad

Este principio es el que predomina actualmente en las legislaciones. Según él, es aplicable a un delito la ley del país en cuyo territorio se cometió, sin que interese la nacionalidad de los autores ni de los agraviados. Se ha considerado tradicionalmente que este principio es una derivación de la soberanía del estado, que determina que no es posible aplicar ninguna ley extranjera a hechos cometidos en el territorio de dicho estado y sometidos, por tanto, a su jurisdicción.

Principios extraterritoriales

De nacionalidad o personalidad: Según este principio, sería aplicable la ley del país al que pertenece el autor del delito, sea cual fuere el lugar en que éste se cometió. Este principio primó en las viejas legislaciones, tomando como base la dependencia del individuo respecto al estado. Modernamente ha perdido casi toda aplicación.

De defensa: Según este principio es aplicable la ley del país cuyos intereses son atacados por el delito, sin tomar en cuenta el lugar del mismo ni la nacionalidad de los hechores. Este principio ha sido desarrollado modernamente y las legislaciones han ido admitiéndolo para ciertos casos.

De universalidad o justicia mundial: Según este principio es aplicable la ley del país que aprese al delincuente, sin consideración de ningún otro aspecto. Ese principio también ha sido expuesto en los últimos años, con el afán de que todos los países tomen parte activa en la persecución de la delincuencia, a fin de que ningún delito quede impune. Las legislaciones suelen aceptarlo para ciertos casos de especial connotación internacional, en especial relacionados con aquellos delitos que suelen calificarse como internacionales o que afectan gravemente a la comunidad mundial.

3.- La validez espacial en la legislación penal ecuatoriana

Los principios doctrinarios que quedan expuestos han sido recogidos también en el sistema penal ecuatoriano, naturalmente con el predominio del principio de territorialidad y aplicación excepcional de los principios extraterritoriales.

a) Principio de territorialidad

Se aplica a la gran mayoría de los casos. El Art. 5 del Código Penal expresamente señala: "Toda infracción cometida dentro del territorio de la República, por ecuatorianos o extranjeros, será juzgada y reprimida conforme a las leyes ecuatorianas, salvo disposición contraria de la ley." Idéntica norma consta en el Art. 18 del Código de Procedimiento Penal.

Solamente habrá que agregar lo que debe entenderse por **territorio ecuatoriano**, para efectos de la aplicación de la ley penal. La expresión comprende no solamente el territorio propiamente dicho, continental e insular, sino también el mar territorial y el espacio aéreo correspondiente.

Además, el mismo Art. 5 señala que se **entenderán** cometidos en territorio ecuatoriano, los delitos cometidos en:

Naves y aeróstatos (?) ecuatorianos (el Código de Procedimiento Penal habla ya correctamente de aeronaves), mercantes o de guerra, en alta mar, en el espacio aéreo libre; y aun en las aguas territoriales o el espacio aéreo de otro estado, cuando se tratare de naves o aeronaves de guerra;

El recinto de una legación ecuatoriana en un país extranjero.

En todo caso, el propio Art. 5 señala ya la posibilidad de que en ciertas situaciones la ley determine la no aplicación del principio territorial.

b) Principio de nacionalidad o personalidad

Se aplica la ley ecuatoriana a delitos cometidos por ecuatorianos en el extranjero. Pero este principio se refiere exclusivamente a dos casos excepcionales:

Delitos cometidos en el extranjero por el jefe de estado, los representantes diplomáticos ecuatorianos, su familia y comitiva. Ellos no podrán ser juzgados en el país extranjero, en virtud del principio de inmunidad diplomática y serán juzgados en el Ecuador conforme a la ley ecuatoriana (Código de Procedimiento Penal, Art. 18, numeral 2).

Delitos cometidos por cualquier ecuatoriano en el extranjero, cuando este ecuatoriano posteriormente se ha refugiado en el Ecuador y, conforme al principio constitucional, no

se ha concedido su extradición; pero siempre que este delito tenga al menos una pena privativa de la libertad mayor de un año (Código Penal, Art. 7).

c) Principio de defensa

Se aplicará la ley ecuatoriana a delitos cometidos en el extranjero, por ecuatorianos o extranjeros, cuando tales delitos afectan a los intereses del país, según la enumeración establecida en el Código Penal (Art. 5, inciso quinto, numerales 1, 2, 3 y 4):

Delitos contra la personalidad del estado, es decir que afecten la seguridad externa del país;

Falsificación de monedas, billetes, timbres y otros títulos y valores de crédito público;

Delitos de funcionarios públicos abusando de sus poderes o violando los deberes inherentes a sus funciones.

d) Principio de universalidad

También hay casos, según la legislación ecuatoriana, en que este principio puede ser aplicado, siempre y cuando el Ecuador haya apresado y juzgado a los autores del delito, sean estos ecuatorianos o extranjeros, antes de que otro país lo haya hecho. Esto podría ocurrir en las siguientes situaciones:

Delitos cometidos fuera de todo país y, por lo tanto, fuera de toda jurisdicción penal;

Delitos internacionales que pueden ser perseguidos por cualquiera de los países involucrados: piratería, tráficos ilícitos, etc.

4.- Lugar del delito

En algunos casos puede suceder que la ejecución de un delito se inicie en un estado (la carta con contenido injurioso se escribe en una ciudad) y produzca sus resultados en otro (la carta se hace pública en otra ciudad). Esta eventualidad hace surgir un problema de aplicación espacial de la ley penal. ¿Cuál ley es aplicable? ¿La ley del país en que se inició el acto delictivo o la del país en que se produjo el resultado?

Doctrinariamente se ha dado tres teorías al respecto:

a) **Doctrina de la iniciación del acto:** Toma en cuenta el lugar donde se realizó el movimiento corporal del agente, pues este movimiento es el que produce el hecho sancionado por la ley;

b) **Doctrina del resultado final:** Toma en cuenta el lugar en donde se verifica el daño que el delito persigue. Esta doctrina, preferida tradicionalmente, no cuenta hoy con el favor de los autores, pues no tiene respuesta adecuada para algunos delitos, como los de peligro, o para la tentativa, en que no se produce daño;

c) **Doctrina de la equivalencia:** Sostiene que para garantizar la efectiva aplicación de la justicia penal, es indiferente que se conceda a uno u otro estado la competencia para sancionar el delito; lo importante es que se lo sancione. Por ello se considerará lugar del delito ya el del inicio o el del resultado.

Nuestro Código, en el inciso cuarto del Art. 5, adopta la segunda doctrina: *"La infracción se entiende cometida en el territorio del Estado cuando los efectos de la acción u omisión que la constituye* ***deban producirse en el Ecuador*** *o en los lugares sometidos a su jurisdicción".*

La disposición del Código, al utilizar la expresión "deban producirse", cubre también los casos de tentativa, en que si bien no se produjo el resultado, éste debía haberse producido en un determinado lugar; si ese lugar eventual se encuentra en territorio ecuatoriano, será aplicable la ley ecuatoriana.

Habría, eso sí, que agregar que la palabra "efectos", utilizada por el Código, tiene menos precisión técnico-jurídica que la palabra "resultado", que se emplea doctrinariamente.

5.- La extradición

a) Concepto

La extradición es un acto de colaboración penal internacional, por medio del cual un estado, en cuyo territorio se ha refugiado el responsable de un delito -condenado o al menos enjuiciado por el mismo-, entrega dicho sujeto al país que lo reclama, para que cumpla la condena o siga adelante el juicio.

La extradición se fundamenta en la necesidad de que los países se auxilien mutuamente a fin de que la justicia penal quede satisfecha y no se produzca la impunidad de los delincuentes. Por eso, de acuerdo con la antigua fórmula de Grocio, el estado en el cual un delincuente se ha refugiado tiene solamente dos alternativas: **extraditarlo** o **juzgarlo**, aunque lo segundo resulte problemático, por las dificultades probatorias y procesales en general que surgen al juzgar en un país un delito ocurrido en otro país.

b) Clases

Desde el punto de vista de un estado, la extradición puede ser:

activa: si ese estado es el que requiere a otro la entrega de un delincuente;

pasiva: si ese estado es requerido por otro para la entrega.

En definitiva, toda extradición será al mismo tiempo activa para el estado requirente y pasiva para el estado requerido.

De acuerdo al procedimiento según el cual se decide la concesión de una extradición, ésta puede ser:

judicial: si son los tribunales de justicia los que deciden la entrega;

administrativa: si es el gobierno el que toma la decisión;

mixta: si la concesión exige un pronunciamiento judicial y posteriormente una decisión gubernamental.

c) Principios fundamentales

En el Ecuador la extradición se rige por los siguientes principios básicos:

1.- No se concederá la extradición de un ecuatoriano, sea cual fuere el delito por el cual se lo reclama. Este principio está establecido en la propia Constitución (Art. 79); pero actualmente está sujeto a debate y no todos los países lo consideran esencial.

2.- Se concederá la extradición de extranjeros sólo por delitos comunes y no por delitos políticos. Este es uno de los aspectos de más difícil determinación, pues hay muchas discrepancias sobre lo que debe considerarse como delito político. En todo caso la calificación la hace el país requerido con la extradición.

La Ley de Extradición ecuatoriana (Art. 5, numeral 2) señala que no se considerarán delitos políticos los actos de terrorismo, los crímenes contra la humanidad, el atentado contra la vida de un jefe de estado o de algún miembro de su familia; y que tampoco se considerarán como delitos políticos los delitos comunes cometidos con móviles políticos.

3.- El trámite para la extradición pasiva, según la Ley de Extradición, es mixto. Es decir, hace falta una decisión judicial a nivel de Corte Suprema de Justicia (ahora sería la Corte Nacional de Justicia), y luego una decisión del gobierno, que puede negar la extradición atendiendo al principio de reciprocidad, o a razones de seguridad, orden público u otros intereses esenciales.

En cuanto a la extradición activa, hace falta para pedirla que se haya dictado sentencia condenatoria o prisión preventiva y será el Presidente de la misma Corte quien determine si es procedente o no la extradición.

4.- El Ecuador puede pedir o conceder la extradición fundamentándose en tratados celebrados con otros países, tanto bilaterales como multilaterales. Pero si no hay tratado, se podrá acudir al principio de **reciprocidad**, o sea al ofrecimiento del otro país de actuar en la misma forma en casos similares (Ley de Extradición, Art. 1).

5.- Para que el Ecuador conceda la extradición, el delito debe reunir algunas condiciones:

- Debe serle aplicable la ley del país requirente;
- Debe ser considerado delito tanto por la ley del país requirente como por la ley

ecuatoriana (doble tipificación);
- Debe tener cierta gravedad: merecer, por lo menos, una pena de un año de privación de la libertad. En algunos tratados se suele establecer una lista de delitos por los cuales se puede conceder la extradición;
- No deben haber prescrito la acción o la pena, según el caso, tanto según la ley ecuatoriana como la del país requirente.

6.- No se entregará al estado requirente la persona solicitada si, de acuerdo a la ley ecuatoriana, los jueces ecuatorianos fueren competentes para conocer el caso, o si el delincuente hubiere sido ya sancionado en el Ecuador por el mismo delito. Si estuviese enjuiciado o cumpliendo una condena por un delito distinto, se podrá conceder la extradición luego de cumplida la pena correspondiente, y siempre y cuando no se hubiera producido la prescripción.

7.- No se concederá la extradición cuando se trate de:

- delitos militares;
- delitos cometidos a través de los medios de comunicación;
- delitos de acción privada.

8.- El Ecuador podrá denegar la extradición de un menor de 18 años.

9.- El país requirente se comprometerá a:

- No juzgar al solicitado por hechos distintos al de la solicitud;
- No tomar en cuenta circunstancias políticas en su juzgamiento;
- No entregarlo a un tercer país;
- Computar el tiempo de prisión en el Ecuador para efectos de aplicación de la pena;
- Conmutar la pena de muerte o penas que atenten a la integridad corporal, si éstas fueren aplicables al delito cometido.

10.- Si varios países solicitaren la extradición de la misma persona, se preferirá a:

- Al país en cuyo territorio se cometió el delito;
- Si son varios los delitos cometidos por la misma persona en distintos países, al país en cuyo territorio hubiere cometido el delito que fuere más grave según la ley ecuatoriana;
- Si los delitos fueren de idéntica gravedad, al país que lo solicitó primero;
- Si los pedidos fueren simultáneos, al país de origen del delincuente, o al del último domicilio;
- En caso de duda, la preferencia queda a discreción de la autoridad que concede la extradición.

d) Fuentes legales

La extradición está fundamentalmente regulada por tratados internacionales, aunque los países suelen tener también leyes internas referidas a esta materia. En el Ecuador, la extradición está regulada a través de normas constitucionales, del Código Penal y de Ley de Extradición, además de varios tratados internacionales. Entre éstos, deben anotarse los de carácter multilateral, como la Convención Interamericana sobre

extradición, el Código Sánchez de Bustamante, el Tratado de Montevideo y el Tratado Bolivariano; y tratados bilaterales celebrados con Australia, Bélgica, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, España, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, México y Suiza. En caso de delitos de narcotráfico, la última Convención de las Naciones Unidas sobre la materia (Viena, 1988), puede servir de fuente legal suficiente para conceder o solicitar una extradición. Otros tratados internacionales (contra la corrupción, contra la tortura) establecen idéntico principio.

Hay que tomar en cuenta que, según la Constitución, los tratados internacionales prevalecen sobre las leyes, pero obviamente no sobre la Constitución.

6.- La ley penal y las personas

La ley penal se aplica de manera general a las personas que habitan, en forma permanente o transitoria, en un país: todos están sometidos a ella. Sin embargo, dentro del sistema jurídico-penal, se establecen ciertas excepciones: las inmunidades y los fueros.

Inmunidad

Esta excepción tiene un alcance muy amplio, pues significa la no aplicación de la ley penal de un país. En las monarquías, inclusive las constitucionales, la poseen los reyes; pero en los demás países, la inmunidad ha quedado limitada a contados casos determinados por el Derecho Internacional y se aplica como una consecuencia del principio de reciprocidad.

Según esto, gozan de inmunidad en el Ecuador, es decir quedan fuera de la aplicación de la ley penal ecuatoriana: los jefes de otros estados de visita en nuestro país, los diplomáticos extranjeros, sus cónyuges e hijos, sus empleados extranjeros y su comitiva; así como los miembros de un ejército extranjero autorizado a realizar maniobras militares en el Ecuador y dentro de perímetro previamente determinado (Art. 18, numeral 1 del Código de Procedimiento Penal).

Fuero

Es una excepción de alcance más limitado. No significa que quien la tiene escape a la aplicación de la ley penal, sino que esa aplicación, por especiales consideraciones de carácter personal, no la harán los jueces comunes. Se trata, en definitiva, de un privilegio procesal.

La doctrina y las legislaciones distinguen varios fueros:

a) **Antejuicio constitucional**

Así lo podemos calificar al procedimiento que hace falta realizar para que previamente al enjuiciamiento penal de los más altos magistrados de un estado, se conceda por parte del órgano legislativo correspondiente una autorización (desafuero). La Constitución

ecuatoriana así lo establece (Art. 120, número 10) exclusivamente para el presidente y vicepresidente de la República (véase el Art. 216 del Código Penal, que queda como un rezago de la antigua regla constitucional que tenía alcances mucho más amplios). También es necesaria la autorización para el enjuiciamiento de los asambleístas (Art. 128), cuando se trate de casos relacionados con el ejercicio de sus funciones.

b) **Fuero de Corte Nacional de Justicia**

Según la legislación ecuatoriana vigente (normas de la Constitución y del Código Orgánico de la Función Judicial, Arts. 192 y 194) deben ser juzgados por la Corte Nacional de Justicia, en toda causa penal que se promueva contra ellos, los más altos funcionarios del Estado: presidente y vicepresidente de la República, asambleístas, consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, jueces de la Corte Nacional de Justicia, vocales del Consejo de la Judicatura, el defensor del pueblo, contralor general del Estado, fiscal general, defensor público general, procurador general del Estado, ministros y secretarios de Estado, secretario general de la Administración Pública, superintendentes, consejeros del Consejo Nacional Electoral, jueces del Tribunal Contencioso Electoral, jueces de las Cortes Provinciales, y los suplentes de estas autoridades, cuando estuvieren subrogándolos.

También están sometidos a un trámite especial ante la Corte Nacional de Justicia, los integrantes de la Corte Constitucional (Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 181).

c) **Fuero de corte provincial**

Se sujetan a fuero de corte provincial, por infracciones cometidas con ocasión del ejercicio de sus atribuciones, los gobernadores, los prefectos, los alcaldes, los intendentes de Policía, los jueces de los tribunales y juzgados, el jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, el Comandante General del Ejército, el Comandante General de la Marina, el Comandante General de la Fuerza Aérea, y el Comandante General de la Policía (Art. 208 del Código Orgánico de la Función Judicial).

d) **Fueros especiales**

El mismo Código Orgánico de la Función Judicial (Art. 227) establece que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional gozarán de un fuero especial cuando cometan infracciones de tipo militar o policial. En ese caso serán juzgados por jueces especializados.

Principios especiales sobre fuero

- Arrastre de fuero: Si en la comisión de un delito están implicadas varias personas y una de ellas goza de fuero, los demás partícipes se benefician del mismo (Código de Procedimiento Penal, Art. 21, numeral seis; Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 168);

- Fuero privilegiado: Si una persona tuviere varios fueros, prevalecerá el de más alta categoría (Código de Procedimiento Penal, Art. 21, numeral seis; Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 168);

- **Caso de duda:** En caso de duda entre el fuero común y el fuero especial, prevalecerá el fuero común

(Código de la Función Judicial, Art. 168);

- **Mantenimiento del fuero:** El fuero se mantiene, aunque la persona que cometió la infracción cuando gozaba de tal fuero haya cesado en sus funciones (Código de la Función Judicial, Art. 169);

- **Supresión de fuero:** Una ley especial puede suprimir el fuero concedido por las leyes generales.

7.- Inmunidad parlamentaria

Con este nombre se designa un privilegio del que gozan los integrantes de la función legislativa. Dada la implicación política del tema, su alcance ha sido muy discutido, así como también el propio nombre con que se conoce esta prerrogativa. Este privilegio no es ciertamente ni puede ser similar a la inmunidad real o diplomática que, como se ha dicho, significa que quien la posee escapa a la jurisdicción penal del país. En cambio, un legislador permanece, como es obvio, sujeto a las disposiciones penales.

La doctrina, al precisar los términos de la inmunidad parlamentaria, establece dos aspectos en que esta institución puede manifestarse:

a) **Imposibilidad de que un legislador sea sancionado por las opiniones que emite:** En este sentido la inmunidad significa una eliminación del carácter delictivo que eventualmente podrían tener las intervenciones o discursos de un legislador, especialmente por su posible contenido injurioso.

b) **Privilegio procesal:** En este sentido la inmunidad determina que la cámara, a la que pertenece un legislador, autorice su enjuiciamiento penal (desafuero) y su detención.

La actual Constitución (Art. 128) mantiene estos conceptos, y distingue la no responsabilidad de los legisladores "por las opiniones que emitan, ni por las decisiones o actos que realicen en el ejercicio de sus funciones, dentro y fuera de la Asamblea Nacional", de la inmunidad parlamentaria propiamente tal, en virtud de la cual no podrán ser enjuiciados sin previa autorización del Congreso, excepto en los casos que no se encuentren relacionados con el ejercicio de sus funciones. Pero si la petición del juez en que pide la autorización no se contesta en el plazo de treinta días, se entenderá que ha sido concedida. Solo podrán ser privados de la libertad en caso de delito flagrante o sentencia ejecutoriada. Las causas penales iniciadas con anterioridad a la posesión del cargo continuarán tramitándose ante el juez que las inició.

La Ley Orgánica de la Función Legislativa (Art. 111) no hace sino repetir las normas constitucionales en los dos aspectos señalados.

La Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas en varias de sus disposiciones (Arts. 17, 19, 38 y 108) establece la inmunidad de los consejeros, jueces, vocales y funcionarios electorales cuando se encuentren en ejercicio de sus funciones, salvo delito flagrante, delitos sexuales y violencia de género e intrafamiliar (caso en que tampoco se reconoce fuero alguno). La misma garantía se establece para los candidatos desde el momento de la calificación hasta la proclamación de resultados. Proclamados los resultados podrán activarse procesos penales contra ellos, y solo los candidatos ganadores gozarán de fuero de corte según corresponda, excepto en delitos de violencia intrafamiliar.

Habría que agregar que el Art. 216 de la Constitución concede una especie de inmunidad al defensor del pueblo.

Capítulo V
CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL DELITO

1.- Concepto formal y concepto real de delito

Puede afirmarse, sin exageración, que cada tratadista de Derecho Penal ha procurado

elaborar su propia definición de delito. El resultado ha sido el que estas definiciones se parezcan mucho entre sí; pues como, inevitablemente, deben utilizar los mismos elementos esenciales, se distinguen apenas en aspectos de menor importancia. Especialmente entre los tratadistas modernos se ha llegado casi a un consenso sobre la forma en que la doctrina penal debe tratar este punto. En cambio, entre los tratadistas más antiguos sí se advierten algunas diferencias significativas, sobre todo entre aquellas definiciones que dan énfasis al **sentido formal** del delito y aquellas que lo ponen en el **sentido real o material** del mismo.

a) Definiciones formales

Son aquellas que conciben el delito como el **acto legalmente punible**, es decir como el acto que la ley tipifica y sanciona con una pena determinada. De inmediato se advierte que tal concepto, siendo formalmente exacto, en realidad no aclara nada: es una verdadera tautología. Como si a la pregunta ¿qué es el delito? se contestara: aquel acto que la ley califica como delito y por tanto lo sanciona.

A pesar de la evidente futilidad de tales conceptos, hay códigos que los incluyen. Así lo hace, por ejemplo, el propio Código Penal ecuatoriano, que adopta en el Art. 10 una fórmula similar: "**Son infracciones los actos** imputables **sancionados por las leyes penales**, y se dividen en delitos y contravenciones ..."

Como estas definiciones, en su pura formalidad, no tienen posibilidad de penetrar en el fondo mismo del hecho delictivo y de revelar su naturaleza, muchos penalistas ensayaron otro tipo de definiciones: las llamadas reales o materiales.

b) Definiciones reales o materiales

Son aquellas que pretenden descubrir las calidades intrínsecas del hecho delictivo, determinar cuáles son las características de una conducta para ser incriminada y bajo qué consideraciones éticas o culturales, ese acto ha sido recogido por la ley penal para ser sancionado. Tal cuestión, se argumenta, no sólo debe preocupar al filósofo del derecho, o al legislador en el momento en que expide una ley penal y crea una figura delictiva, sino también al jurista. Este, para entender el significado más profundo del sistema penal, deberá compenetrarse con la esencia del delito, y no limitarse a la formalidad de la ley.

Con estos presupuestos, suele definirse al delito como **aquel acto que ofende gravemente el orden ético-cultural de una sociedad determinada en un momento determinado y que, por tanto, merece una sanción**.

También se hacen objeciones a este tipo de conceptos. Se afirma que ellos sólo son posibles en términos jusnaturalistas, en el campo ideal del deber ser; y que, para tratar de precisar en la práctica su alcance, es necesario salir del ámbito jurídico y entrar en otros terrenos, en el filosófico, en el político, en el histórico o en el cultural. De esta manera, por una parte se producen interminables controversias ideológicas y, por otra, se cae en el relativismo de los acontecimientos históricos, que muestran soluciones penales cambiantes a lo largo de los tiempos y en las distintas sociedades y

civilizaciones. Frente a tal relatividad es inevitable llegar a una comprobación: es el legislador quien en último término decide qué conductas son delitos y, para hacerlo, toma en cuenta factores muy diversos y no siempre los que podrían considerarse los más valiosos.

2.- Definición de Carrara

Para superar las divergencias entre las definiciones formales y las reales, algunos autores han tratado de diseñar conceptos que armonicen los aspectos característicos de unas y otras. Tal vez el mejor ejemplo de esta tendencia sea la definición propuesta por Francisco Carrara, la cual inclusive inicia una nueva tendencia destinada a delimitar, preferentemente, los elementos que son esenciales en la estructura jurídica del delito.

La definición de Carrara es la siguiente: "*Delito es la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso".*

Es importante y revelador examinar en detalle los diversos elementos que integran esta definición:

- **Infracción de la ley del estado:** éste es el punto de partida del concepto, muy en conformidad con el criterio clásico de que lo esencial en el delito es la contradicción entre la conducta humana y la ley. Este aspecto fundamental refuerza, por otra parte, su carácter formal: el delito es un ente jurídico que sólo es tal si la ley previamente lo tipifica.

- **Promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos:** se presume que la ley violada por el delito, mediante su promulgación, es conocida por todos sobre quienes impera. Su finalidad es proteger la seguridad pública y privada (para Carrara basta, para ello, referirse a los ciudadanos); o, si se quiere, en un lenguaje jurídico más moderno, proteger ciertos bienes o intereses que la sociedad considera especialmente valiosos. En esta frase aparece el carácter material del delito, es decir su razón de ser.

Que resulta de un acto: la infracción de la ley proviene de un acto; y aquí se encuentra, según Carrara, uno de los elementos estructurales del delito: el acto que infringe la ley. Acto en el cual deben confluir las fuerzas física y moral, apreciadas subjetiva y objetivamente, según hemos visto anteriormente.

Del hombre: sólo el ser humano puede cometer delitos y, consecuentemente, recibir sanciones. Con ello queda eliminada en forma total la posibilidad, ahora ya absolutamente inaceptable, de sancionar penalmente a animales o cosas.

Externo: la ley no puede sancionar ideas, pensamientos o meras intenciones, es decir lo que pertenece al fuero interno de la persona. La ley penal sólo interviene cuando la persona exterioriza sus intenciones o pensamientos; cuando la persona actúa.

Positivo o negativo: ese acto puede manifestarse, no sólo a través de acciones, sino también de omisiones.

Moralmente imputable: la culpabilidad de quien realiza la conducta prevista por la ley tiene como base, para el autor,. la imputabilidad moral, que se sustenta a su vez en el libre albedrío; o sea en la capacidad humana de decidir entre el sometimiento a la ley o su violación. La imputabilidad es elemento central en la teoría clásica del delito; a tal punto que sin ella no se puede sancionar al autor del acto.

Socialmente dañoso: el acto debe cumplir también esta condición, que reafirma el aspecto material del delito, incluido ya cuando se hablaba de que la ley penal ha sido promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos. Aquí se insiste en señalar que el delito es una conducta que atenta gravemente contra la convivencia social, según la escala de valores que una sociedad determinada aspira a defender.

3.- Estructura jurídica del delito

Las modernas teorías penales, dejando a un lado las definiciones formales y materiales, que pretenden apriorísticamente determinar los aspectos identificadores del delito, han tratado más bien de delinear una noción que agrupe aquellos elementos que hacen del delito una realidad jurídica absolutamente diferenciada de otros actos ilícitos. Se trata de construir un concepto que establezca cuáles son aquellos caracteres que cualquier delito, y todos los delitos, deben reunir y sin los cuales no puede existir esa realidad jurídica.

Desde este punto de vista no basta decir solamente que hay delito cuando la ley lo declara, sino que hace falta señalar expresamente qué caracteres debe tener una conducta para que el sistema jurídico pueda calificarla como delito y para considerar al que la ejecutó como sujeto de una sanción penal. Y, por el contrario, en qué casos una conducta no reúne tales caracteres y, por lo tanto, la persona que la ejecutó no puede ser sancionada, pues aun siendo un acto ilícito, éste no es un delito, sino un acto sometido a otro tipo de solución jurídica no penal.

Esta noción se ha ido elaborando lentamente gracias a la reflexión de los penalistas sobre la experiencia histórica del delito. Por eso el concepto no se ha expresado como una afirmación a priori, sino lo contrario, como una comprobación, a posteriori, de elementos que han estado presentes a lo largo de los tiempos en esta especialísima realidad jurídica, aunque no siempre se los haya tomado en cuenta o dado la misma importancia.

Beccaria aportó ya con algún elemento fundamental y, naturalmente, Carrara contribuyó con extensas reflexiones a esclarecer la naturaleza jurídica del delito; pero son las escuelas alemanas del siglo veinte las que han ido perfilando el concepto definitivo. Von Liszt, Beling, Mayer, Mezger, son aquellos autores que deben ser tomados en cuenta en este proceso.

Aunque, como se señalará de inmediato, no hay un consenso entre los penalistas sobre este punto, hemos escogido para nuestra exposición un concepto de delito que considera que son **cuatro** los elementos constitutivos de la estructura del delito: éste es un **acto típico, antijurídico y culpable**. Si se dan estos presupuestos, el acto será **punible**, aunque la punibilidad no deba considerarse un elemento del delito sino su consecuencia. Este concepto nos permitirá desarrollar y analizar con absoluta precisión todos los aspectos y problemas que deben ser estudiados dentro de una teoría del delito:

a) El delito es **acto**, ya que el primer elemento, el sustento material del delito es la conducta humana; los tres elementos restantes son calificaciones de esa conducta, son adjetivos que matizan el sustantivo inicial del concepto;

b) Es acto **típico**, porque esa conducta deberá estar previa y expresamente descrita por la ley penal;

c) Es acto **antijurídico**, porque esa conducta es contraria al derecho, lesiona un bien jurídico penalmente protegido;

d) Y es acto **culpable**, porque, desde el punto de vista subjetivo, ese acto le puede ser imputado y reprochado a su autor.

Si estos factores confluyen, habrá un delito y, como consecuencia de ello, el acto será **punible**.

Por cierto que se debe tomar en cuenta que siendo el acto delictivo una realidad concreta y única, sólo por razones metodológicas se lo puede fragmentar en elementos, los cuales en todo caso están íntimamente relacionados entre sí, como también tendremos ocasión de comprobarlo.

Así mismo la teoría del delito realiza el examen sistemático de las situaciones negativas que pueden darse frente a cada uno de los caracteres ya señalados. Habrá casos de **ausencia de acto**, de **ausencia de tipicidad**, de **ausencia de antijuridicidad** y de **ausencia de culpabilidad**. De producirse cualesquiera de estos casos, la consecuencia obvia es que no habrá delito y, por lo mismo, tampoco habrá punibilidad.

Esta posición doctrinaria, que considera a estos cuatro elementos como los que constituyen la estructura del delito, es la que cuenta con mayor aceptación. Hay, sin embargo, varias y serias discrepancias. Algunos autores consideran como un solo elemento la tipicidad y la antijuridicidad, otros agregan a la punibilidad como elemento del delito. Tal vez la polémica más aguda se ha producido entre los penalistas ubicados en el finalismo y en el causalismo, en cuanto a la ubicación del dolo, que para los primeros es un elemento más de la tipicidad y que para los segundos debe ubicarse en el análisis de la culpabilidad. Ya se indicará más adelante las razones por las cuales hemos adoptado el criterio que iremos desarrollando.

En definitiva, según nuestra opinión la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, aunque tienen entre sí muchas relaciones, son caracteres distintos; y la punibilidad no es un carácter propio del delito sino una derivación necesaria de él.

El concepto jurídico de delito en el Código ecuatoriano

Ya se ha indicado anteriormente que el concepto que nuestro Código tiene de infracción penal y de delito es puramente formal. Así, pues, una concepción estructural como la esbozada en líneas anteriores no aparece formulada en el sistema jurídico ecuatoriano. Nuestro Código, aunque dictado en 1938, tiene fundamentos clásicos muy anteriores y que poco han evolucionado desde que se incorporaron a la legislación positiva.

Sin embargo, el concepto jurídico que hemos señalado está básicamente contenido en la legislación penal ecuatoriana. Varias disposiciones del Código, e inclusive de la propia Constitución, desarrollan los cuatro elementos que hemos calificado como esenciales del delito, por lo cual puede concluirse que este concepto sí está implícitamente previsto en la legislación ecuatoriana. La propia Corte Suprema en algunas sentencias (Gacetas Judiciales Serie X, No. 4, p. 2347 y Serie XV, No. 9, p. 2732) lo utiliza. Es que estos cuatro elementos surgen, como hemos dicho antes, no de formulaciones a priori sino de un análisis a posteriori del acto humano calificado de delito. Por supuesto que el ajuste de conceptos no es perfecto y que, sobre todo, quedan unos cuantos vacíos sobre temas que el Código deja intocados o trata muy ligera y, a veces, equivocadamente. Todo esto lo precisaremos en el momento oportuno.

Hagamos un primer señalamiento general de cómo aparecen estos caracteres en nuestra legislación penal:

a) Que el delito es acto lo afirma repetidamente la ley. El Art. 10 del Código, al definir la infracción penal, dice: "Son infracciones los **actos** ..." y así se reitera en los Arts. 11, 13 y varios más;

b) En cuanto a la tipicidad, hay que relacionarla fundamentalmente con el principio de legalidad. Así lo hace en forma expresa la Constitución (Art. 76): *"Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal..."*; principio de legalidad que lo recoge también el Código Penal (Art. 2) y que se relaciona así mismo con disposiciones del Código de Procedimiento Penal (Art. 2);

c) La antijuridicidad es, evidentemente, un elemento que subyace en todo el sistema penal y que aparece en el mismo Art. 10 ya citado: "*Son infracciones los actos* ***sancionados por las leyes penales*** ...";

d) En cuanto a la culpabilidad, como el carácter subjetivo del delito, que significa imputación y reproche a una persona por la conducta realizada, aparece claramente delineada, con una indudable tendencia psicologista, en el Art. 32: "*Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley (aquí aparecen también los otros elementos)* ***si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia***." Lamentablemente, como se estudiará más adelante, tal vez es éste el aspecto en que el Código demuestra menos coherencia, pues este principio de culpabilidad determinado en el Art. 32, sufre luego muchas excepciones y aun contradicciones notorias frente a otras disposiciones de nuestra legislación penal.

4.- Infracción penal y otras infracciones

Aun los autores que son partidarios de definir el delito en forma material, integrando el concepto con aspectos extrajurídicos (Maggiore, por ejemplo), sostienen que frente al derecho positivo poco valen los criterios ontológicos, ideales o abstractos. Cualquiera que sea el concepto que se tenga a priori del delito, será el legislador, en cada caso y tomando en consideración precisamente argumentos extrajurídicos, quien determinará que una conducta pase a la órbita penal o deje de estar en ella. Es, en último término, la

decisión legislativa la que delimita en la práctica la infracción penal y la diferencia de otros actos que pueden ser ilícitos en otras esferas del derecho.

De la misma manera, tampoco hay cómo señalar cuáles podrían ser las categorías estrictamente jurídicas capaces de servir para deslindar las distintas clases de infracciones penales y no penales. Algunos autores han pretendido encontrar algunos criterios que sirvan para tal objetivo; pero ninguno de ellos puede explicar satisfactoriamente las diversas situaciones y casos.

A modo de ejemplos veamos algunos de los criterios que se han enunciado en esta cuestión:

a) **La naturaleza del bien jurídico lesionado:** si bien es cierto que el ámbito penal corresponde a bienes e intereses que el sistema jurídico considera especialmente valiosos en el orden social, sólo el legislador escoge cuáles son éstos. Inclusive algunos bienes jurídicos reciben protección penal en unos casos y en otros no. Así, sucede, por ejemplo, con la propiedad.

b) **Irreparabilidad del daño causado:** pero no todos los delitos causan daños irreparables; también hay aquellos cuyos daños sí son plenamente reparables (delitos contra la propiedad). Por lo demás puede haber, y hay, actos civiles ilícitos que también causan daños irreparables.

c) **La existencia del dolo:** pero también existe un grupo importante de delitos no dolosos: los delitos culposos. Y el dolo también está previsto en materia civil.

En definitiva, se puede concluir que ninguno de estos, u otros criterios, tienen un carácter definitorio para diferenciar al delito de otros actos ilícitos. Como decíamos, es el legislador quien, según los criterios extrajurídicos que inspiran su acción legislativa (religiosos, morales, culturales, políticos, etc.), determina a través de la ley cuál conducta es delictiva y cuál no lo es. Recurrirá a esas otras consideraciones para realizar análisis previos; pueden utilizarse inclusive para juzgar del acierto del acto legislativo; pero sólo a través de este acto se delimitan los ámbitos penal y no penal.

Ahora bien, una vez que el legislador ha determinado ya que una determinada conducta es un acto delictivo, surgen a posteriori, con claridad, con precisión, aquellos cuatro caracteres estructurales que, entonces sí, servirán para delimitar al delito frente a cualquier otro acto ilícito.

5.- Sujetos del delito

La comisión de un delito implica necesariamente la concurrencia de dos sujetos, uno **activo** y otro **pasivo.**

Sujeto activo es el **agente que ejecuta el acto delictivo** y que debe, en consecuencia, sufrir la pena correspondiente. El sujeto activo es, en muchos casos, un solo individuo; pero en otros casos serán varios los que realizan el acto en conjunto o que cooperan a su realización. En tales situaciones deberá establecerse el grado en que cada uno intervino en la ejecución del delito, lo cual determinará la pena que deba recibir.

Sujeto pasivo es el **titular del bien jurídico lesionado** por la comisión del delito. También puede ser una sola persona o pueden ser varias. Aunque en el lenguaje criminológico suele llamársele víctima, este concepto puede en algunos casos no coincidir inevitablemente con el sujeto pasivo. Así, por ejemplo, a una persona se le sustrajo un bien y será la víctima, pero el bien no le pertenecía y el dueño del mismo será el sujeto pasivo.

En el orden procesal, el sujeto activo es el imputado en el proceso o acusado cuando ya se ha dictado auto de llamamiento a juicio en su contra; mientras que el sujeto pasivo es el ofendido que puede presentarse como acusador particular.

En este punto nos interesa dilucidar una importante cuestión: ¿quiénes pueden ser sujetos activo y pasivo de una infracción penal?

I Sujeto activo

Superadas las épocas en que la sanción penal podía recaer inclusive sobre los animales y las cosas, porque se los consideraba "autores" de delitos, el Derecho Penal clásico erigió un principio casi inapelable: sólo el ser humano, la persona natural, puede ser sujeto activo del delito. De esta manera tradicionalmente se ha negado la posibilidad de extender la responsabilidad penal a las personas jurídicas o morales, posición que se expresa en la frase latina *societasdelinquere non potest.*

Sin embargo en las últimas décadas el pensamiento penal en esta materia ha evolucionado significativamente. La doctrina se ha inclinado a aceptar tal responsabilidad y también lo han hecho varias legislaciones. Holanda reformó en ese sentido su Código Penal ya en 1975, como también lo han hecho posteriormente Suiza y Austria. El nuevo Código francés de 1992 hizo lo mismo y, en el año 2010, España incorporó en el Código Penal varias normas aceptando tal responsabilidad. Estos países, dentro de la tradición romanista, han dado un paso que anteriormente solo se había encontrado en la tradición del commonlaw.

Por su parte la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, que ha sido ya aprobada por el legislador ecuatoriano, recomienda (Art. 26) que los países signatarios adopten las medidas legislativas necesarias para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos previstos en dicha Convención.

La responsabilidad penal de la persona jurídica:

Examinemos cuáles han sido los puntos de vista que se han presentado en este debate:

A) Posición tradicional negativa

La posición negativa ha esgrimido varios argumentos para oponerse a la imputabilidad de las personas jurídicas.

Naturaleza de la persona jurídica:

El primer argumento hace referencia a la propia naturaleza de la persona jurídica. Según la teoría de Savigny, recogida por nuestro Código Civil (Art. 564), la persona jurídica es un ente ficticio (es decir una creación legal, no un ser real), capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles (y solamente éstas) y de ser representada judicial y extrajudicialmente (lo cual significa que para actuar necesita de una persona natural que ejerce su representación). Con tal presupuesto legal resulta imposible atribuir una eventual responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Recuérdese también la afirmación de Kelsen de que los deberes, responsabilidades y derechos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos de los individuos que la componen; pues, según su punto de vista, las normas jurídicas en general, no sólo las penales, **regulan exclusivamente conductas humanas.**

Argumentos estrictamente penales:

Ya en el orden estrictamente penal, relacionado con la estructura misma del delito, se ha sostenido igualmente que la persona jurídica es incapaz de cometerlo, por las siguientes razones:

a) La persona jurídica **no puede realizar el acto delictivo** en cuanto tal, pues éste exige una conducta con un contenido de voluntad, que sólo es posible en la persona natural. La persona jurídica, en lo lícito y en lo ilícito, actúa siempre a través de personas naturales, que toman resoluciones, elaboran y firman documentos, contratos, etc.

b) A la persona jurídica **no se le puede hacer el reproche propio de la culpabilidad**, entendida como la entiende el Derecho Penal, es decir como el elemento subjetivo del delito, como la vinculación psicológica y normativa de una persona con el acto concreto, por el cual se le puede reprochar. Tal vinculación es imposible en la persona jurídica, que no tiene individualidad ni conciencia y voluntad propias, como para tomar decisiones que signifiquen violación de la ley penal y por las cuales se la pueda hacer responsable.

c) Así mismo a la persona jurídica **no se le pueden aplicar las penas**, al menos las más características en todos los sistemas penales, como son las que afectan a la libertad individual de la persona. Tampoco las penas podrían cumplir las finalidades retributiva, preventiva o rehabilitadora que habitualmente se les asigna. En cuanto a las penas que sí sería posible aplicar (multas, inhabilitaciones o cancelación de la personalidad jurídica), en realidad se confundirían con sanciones puramente administrativas.

Estos argumentos han llevado a una importante tendencia de la doctrina a sostener que, si se quiere mantener los principios básicos del Derecho Penal, las personas jurídicas deben quedar al margen del mismo y sometidas exclusivamente al control administrativo de las entidades encargadas de su vigilancia (por ejemplo, las Superintendencias de Bancos y de Compañías). Si llegaren a cometerse delitos a través de ellas, responderán las personas naturales que resultaren responsables de los mismos.

B) Posición afirmativa

Como ya se señaló, frente a la posición tradicional, ha surgido últimamente la posición contraria: el que una **persona jurídica sea considerada también como potencial sujeto activo de delito.**

El principal argumento utilizado para mantener esta nueva posición está vinculado a una realidad que la criminología considera especialmente grave en las sociedades modernas. En la actualidad muchos delitos se cometen no sólo para beneficiar a empresas, constituidas como personas jurídicas, sino que se cometen a través de ellas, utilizando sus dependencias, personal, documentos y facilidades (S. Bacigalupo). Y no solamente se dan casos en que dentro de sociedades lícitamente constituidas, sus ejecutivos o administradores cometan hechos delictivos, sino que hasta hay agrupaciones, que llegan a obtener fraudulentamente personalidad jurídica y cuyo propósito directo, pero oculto, es llevar adelante actividades delictivas.

La situación es particularmente grave en el ámbito de los llamados **delitos económicos**, a los que nos referiremos más adelante, porque además, en tales delitos, resulta de difícil prueba, por la compleja naturaleza de las empresas, establecer la responsabilidad de las personas naturales, con lo cual en último término los delitos quedan en la impunidad. Adicionalmente se señala que, en casos especialmente dañosos, solo las personas jurídicas están en capacidad real de afrontar las indemnizaciones que correspondan.

Frente a tales hechos, se ha desarrollado una amplia tendencia a considerar que no puede seguirse hablando exclusivamente de la responsabilidad de los individuos que dentro de las personas jurídicas

realizan tales actos, sino que, en la política criminal de un estado, debe preverse la posibilidad de que también las propias personas jurídicas sean calificadas como sujetos activos de delito y, por lo tanto, sancionadas penalmente, con el peso moral y social que acarrea la sanción penal.

De manera ecléctica, hay autores que sostienen que, si se quiere extender la responsabilidad penal a las personas jurídicas, habría que prescindir de algunos principios básicos del Derecho Penal, en especial en el ámbito de la culpabilidad. Hasta podría afirmarse que habría que construir una suerte de Derecho Penal con características específicas, pero que sería socialmente necesario por la gravedad de los actos realizados y de sus consecuencias. En esta línea, algunos autores (Zaffaroni) proponen el establecimiento de dos vías de imputación: la atribución tradicional a las personas físicas y una independiente para las personas jurídicas.

Por estas consideraciones, como ya lo indicamos, en algunos países se han dictado últimamente leyes que establecen, así sea "analógicamente", la posibilidad de sancionar penalmente a la persona jurídica. Pero tales legislaciones establecen con precisión que los delitos por los cuales debe responder penalmente la persona jurídica cumplan las siguientes condiciones, como lo determina por ejemplo el Código español: a) que sean cometidos por cuenta o en nombre de la misma; b) por sus representantes legales o administradores; y c) que les hayan reportado un provecho.

Situación en el Ecuador

La legislación penal ecuatoriana, como las demás de la región ha mantenido históricamente la posición negativa, según se desprende con evidencia del texto del Código. Basta ver, por ejemplo, los Arts. 363, 364 y 577 que establecen sanciones exclusivamente para las personas naturales.

Sin embargo, en los últimos años se han introducido normas que, de alguna manera, abren un nuevo camino en esta materia. Desde hace varios años el Código Tributario (Art. 321) habla de la responsabilidad real de las personas jurídicas en infracciones tributarias; y la propia Constitución (Art. 54) franquea la posibilidad de tal incriminación en defensa de los consumidores (en la Constitución que rigió anteriormente se preveía también, Art. 87, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia ambiental).

Cabe mencionar dos disposiciones que ya determinan "sanciones" para las personas jurídicas: la Ley reformatoria del Código en lo relativo a delitos sexuales (junio del 2005) establece la extinción de la persona jurídica, cuando se organicen actividades turísticas que impliquen servicios de naturaleza sexual; y la Ley que reprime el lavado de activos (octubre del 2005) determina que en la sentencia condenatoria, de ser ese el caso, se declarará extinguida la persona jurídica creada para el efecto (Art.17). Reformas últimas al Código Tributario establecen penas, no medidas administrativas, como la clausura de establecimientos, la suspensión de actividades, la suspensión o cancelación de inscripciones o patentes, que en la mayor parte de los casos serán aplicables a personas jurídicas. Estas medidas podrían calificarse como penas en sentido estricto o como consecuencias accesorias de la condena, adoptando el lenguaje del Código español.

Un último proyecto de Código Penal Integral va también en esa nueva línea.

Conclusiones:

En síntesis, sobre este punto se pueden sacar las siguientes conclusiones:

- Razones de política criminal pueden hacer necesario que la legislación extienda la responsabilidad penal a las personas jurídicas;

- Para hacerlo, hay que admitir que esta responsabilidad tendría fundamentos distintos en cuanto a la culpabilidad propia de las personas naturales de carácter subjetivo, pues se fundamentaría en una responsabilidad social y jurídica;

- Las penas por tanto no constituirían un reproche ético o psicológico, sino jurídico y social;

- Habría que determinar si la responsabilidad de las personas jurídicas se extendería a todo tipo de delitos o solo a algunos de un carácter especial: económicos, ambientales, de corrupción, tributarios, etc.;

- Esta responsabilidad solo se produciría cuando los actos delictivos fueren realizados por los órganos de la persona jurídica a nombre de ella y en su beneficio;

- Finalmente debería quedar en claro que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no obsta el que también las personas naturales involucradas respondan de los delitos cometidos y que para ello se apliquen los principios generales del Derecho Penal.

II Sujeto pasivo

Hay menos dificultades en el momento de establecer quienes pueden ser sujetos pasivos de una infracción penal.

En los siguientes casos, no hay duda alguna:

La persona natural: cualquiera que sea su edad, condición o capacidad jurídica, puede verse lesionada en aquellos bienes jurídicos de los cuales es titular: la vida, la salud, la honra, la libertad, la propiedad.

El estado: también puede ser lesionado en aquellos bienes jurídicos propios de su naturaleza, como son la seguridad externa e interna, la correcta administración pública, etc.

Otras personas jurídicas: pueden ser ciertamente titulares de derechos que tienen protección penal y que pueden resultar lesionados por el acto delictivo; así sucede, por ejemplo, con la propiedad. En cambio, en otros casos se debate la posibilidad de la existencia de tales derechos. Tal es el caso de la "honra", pues parece al menos discutible el que ésta sea un atributo de las personas jurídicas.

La comunidad: en ciertos delitos no hay persona natural ni jurídica que resulte directamente lesionada por la actividad delictiva. Se trata de casos en que el delito afecta a bienes jurídicos de carácter general o común, en todo caso supraindividuales, pues su titular no es una persona en particular, sino la comunidad en su conjunto. Tales son, en el ámbito tradicional, los delitos contra la seguridad pública, la salud pública o la moral pública; pero también los nuevos delitos ambientales, económicos, etc.

La comunidad internacional: una tendencia importante considera que hay delitos (el genocidio, los delitos de lesa humanidad y de guerra) que afectan no solamente al orden jurídico interno de los estados sino a la comunidad internacional en su conjunto. Esta idea es la que llevado a la creación de una Corte Penal Internacional con jurisdicción supranacional para juzgar a los responsables de estos delitos.

Hay otros casos, que han sido motivo de debate. Tal vez el más discutido sea:

El ser que está por nacer: hay autores que admiten que sí es efectivamente sujeto pasivo del delito de aborto, por cuanto el estado y el sistema jurídico le reconocen como titular de derechos, entre ellos el derecho a la vida. Por el contrario, otros autores sostienen que no lo es; que si bien el estado garantiza su vida, no lo reconoce todavía como persona y, por tanto, le niega la capacidad de ser titular de derechos (Art. 60 del

Código Civil). Esta posición abre un debate sobre quién sería, entonces, el sujeto pasivo en el delito de aborto: ¿la mujer? ¿el estado? ¿la comunidad? Cualquiera que sea la determinación, ésta tendrá amplias consecuencias sobre el alcance que la ley pueda dar al delito. Nuestra legislación penal parece inclinarse a considerar al ser que está por nacer como sujeto pasivo del aborto, a pesar de lo que dice el Código Civil.

La naturaleza: juristas vinculados a los movimientos ecológicos han venido sosteniendo en los últimos años la posibilidad de reconocer a la naturaleza como titular, con autonomía, de ciertos derechos que podrían ser lesionados penalmente a través de delitos de destrucción de biosistemas, extinción de flora y fauna, etc. La Constitución vigente (Arts. 71 y 72), en esta línea, señala derechos de la naturaleza y eventualmente podrán tipificarse delitos específicos, a más de los actualmente previstos en la legislación.

En cambio, se niega de una manera unánime que puedan ser sujetos pasivos de delito:

La persona fallecida: la razón es evidente: con el fallecimiento se ha extinguido el titular de derechos. Aquellos delitos cuya acción parecería estar dirigida contra el fallecido, no lo tienen a éste como sujeto pasivo, sino a sus parientes o herederos, o a la comunidad. Así, por ejemplo, la profanación de cadáveres es, en nuestro Código, un delito contra la seguridad pública, es decir contra la comunidad, cuyos sentimientos exigen respeto a un cadáver; y el recientemente agregado delito de extracción de órganos de un cadáver humano, se lo ha ubicado entre los delitos contra las garantías constitucionales, de lo cual se puede inferir que también es una conducta que afecta a la comunidad.. En el caso de injurias a un fallecido (delito no tipificado por nuestro Código) los agraviados serían los parientes o herederos.

Los animales: no son titulares de derecho y no pueden ser por tanto sujetos pasivos de delito. En los delitos cuya acción se dirige contra animales, el sujeto pasivo será el propietario del animal. En algunas legislaciones se tipifica el delito de maltrato a animales, aunque el autor sea el mismo propietario; en este caso el sujeto pasivo sería la comunidad.

El propio sujeto activo: aquí se plantea la posibilidad de que se confundan en la misma persona las condiciones de sujeto activo y pasivo, es decir de autor de un delito y de agraviado por el mismo. Esta situación sería totalmente anómala dentro de la teoría del delito y por eso las legislaciones no aceptan tal evento. Así no se sanciona la tentativa de suicidio, ni las autolesiones ni la autoinjuria.

6.- Objeto del delito

También la doctrina distingue dos clases de objeto del delito: el **objeto jurídico** y el **objeto material**.

Objeto jurídico: así se conoce, en la teoría del delito, al bien jurídico penalmente protegido, que resulta lesionado por el acto delictivo y **sobre el cual recae el efecto jurídico** del delito. Necesariamente en todo delito debe haber un bien jurídico afectado y en algunos casos puede haber más de uno (en los delitos complejos, por ejemplo: el robo con homicidio, en que el objeto jurídico es doble: vida y propiedad).

La determinación exacta del objeto jurídico es de gran importancia para establecer con absoluta precisión el propósito de la ley. Así, por ejemplo, en los siguientes delitos: aborto, violación, rapto, perjurio, pago con cheques sin provisión de fondos, tráfico de drogas, determinar el bien jurídico permitirá un análisis más adecuado del alcance de la ley.

Objeto material: es la persona o cosa **sobre la cual se ejecuta o recae la acción material** del delito. En algunos casos, cuando se trata de delitos contra las personas, el objeto material se confunde con el sujeto pasivo de la infracción. Así ocurre en el homicidio, las lesiones o la violación. Pero hay otros casos en que el objeto material es una cosa: los bienes sustraídos en el robo y en el hurto; los bienes destruidos en los delitos de daños en la propiedad; los billetes o documentos falsificados, el cadáver profanado, el animal sustraído, etc. Hay, finalmente, delitos en los que no existe objeto material alguno; tal es el caso de las injurias, el perjurio o la intimidación, en los que la acción delictiva puede ser puramente verbal.

El objeto material tiene gran importancia en el ámbito procesal, por cuanto a través de él se establece la prueba material de un delito.

7.- Clasificación del delito

Son numerosas las clasificaciones que se han hecho del delito. Sin embargo, vamos a referirnos exclusivamente a aquellas que están establecidas por la propia ley o que tienen una especial importancia doctrinaria.

a) Por la gravedad

Esta es posiblemente la más tradicional de las clasificaciones que se han hecho de la infracción penal. Para ello, en las diversas legislaciones, se han utilizado dos fórmulas:

Sistema tripartito: crímenes, delitos y contravenciones;

Sistema bipartito: delitos y contravenciones.

El primero, originario del Código Penal francés, fue el seguido por nuestros antiguos códigos; pero, a partir de 1938, hemos optado por el sistema bipartito, de origen español. En realidad, la división triple no tiene una sólida justificación, ni de fondo ni de necesidad práctica, en cuanto a distinguir como categoría aparte, entre las infracciones, a los llamados crímenes. Por esta causa, las legislaciones han abandonado en su mayoría el sistema tripartito y ya no utilizan siquiera la palabra crimen.

Vamos, pues, a referirnos concretamente a la división bipartita, que aparece consagrada en el Art. 10 del Código: "*Las infracciones penales... Se dividen en* ***delitos y contravenciones***".

Razón de la clasificación

Si bien queda perfectamente claro que la razón de la distinción entre delitos y contravenciones está en la mayor gravedad de los primeros y la menor de las segundas (que se refleja en la diferencia de las penas), no hay, en cambio un criterio cualitativo que permita distinguir con exactitud los límites de esta gravedad. Este es otro de aquellos temas, en que se han buscado inútilmente explicaciones, y se ha terminado por aceptar que el único criterio utilizado para la distinción es la decisión legislativa, que determina que una conducta delictiva sea considerada como delito o como contravención.

Si examinamos el conjunto de las contravenciones (Arts. 604 a 607-A) se advertirá su variada naturaleza. En su mayoría corresponden a situaciones sociales y culturales superadas y, en todo caso, son infracciones relativas al incumplimiento de obligaciones reglamentarias, que afectan al orden público o a la tranquilidad pública, o que crean situaciones de peligro para otros bienes jurídicos de carácter comunitario. Tal comprobación ha llevado a algunos autores a sostener que las contravenciones ni siquiera tienen un real carácter penal.

Sin embargo hay otras contravenciones, aunque sean la minoría, que tienen una naturaleza idéntica a los delitos, de los cuales se diferencian cuantitativamente y no cualitativamente. A estas contravenciones Pacheco las calificaba como "delitos veniales", por cuanto el daño, siendo de la misma naturaleza que el causado por el delito, es menor en su cantidad. Tales son, por ejemplo, en el Código ecuatoriano, el hurto de cosas que valgan hasta el cincuenta por ciento de una remuneración básica unificada del trabajador en general (según reforma de marzo de 2010), o las lesiones que producen una incapacidad de hasta tres días (Art. 607, numerales 1 y 3). En estos casos, el límite con el delito radica únicamente en la cantidad del daño: si lo hurtado o robado vale más de un cincuenta por ciento de una remuneración básica, o si la incapacidad dura más de tres días, el hecho ya no será contravención sino delito. Como se ve, en situaciones como éstas, el límite ha sido establecido por el legislador en forma puramente convencional.
.

Consecuencias de la clasificación

Una vez que se ha establecido que una infracción es un delito o una contravención, se producen importantes consecuencias, cuyo fundamento es precisamente la distinta gravedad de las infracciones. Estas consecuencias se dan en cuanto a:

1.- La pena, que es sustancialmente diferente, en especial la privativa de la libertad:

- La pena de la contravención va de uno a treinta días;
- La pena del delito, de ocho días a veinticinco años.

2.- La **competencia** de los jueces. Para conocer los procesos por delitos son competentes los jueces y los tribunales penales; para las contravenciones lo son actualmente los jueces de contravenciones (hasta que se los designe ejercen estas funciones los jueces de policía: intendentes y comisarios).

3.- El **procedimiento**, que es así mismo distinto. Cuando se trata de un delito, el trámite es más complejo, hay etapas procesales, cada una de las cuales cumple una función específica; la ley prevé una variedad de recursos frente a las decisiones del juez o tribunal, etc. Cuando se trata de una contravención, el trámite es muy simple y debe cumplirse en una sola etapa, de la sentencia no cabe recurso alguno, etc. (Código de Procedimiento Penal, Arts. 390 a 406).

4.- Ciertas **características especiales**, que distinguen a las contravenciones y acentúan su menor gravedad: no se sanciona la tentativa, el plazo de prescripción es muy corto, la reincidencia prescribe rápidamente, el sentenciado no queda suspendido en el ejercicio de sus derechos políticos, etc.

b) Por la acción para perseguir los delitos

Aunque esta clasificación es más propia del Derecho Procesal, conviene recordarla en este punto. Según el Art. 32 reformado del Código de Procedimiento Penal, la acción penal es de dos clases y, por tanto, los delitos podrían clasificarse en dos grupos:

1.- **De acción pública:** cuando el ejercicio de la acción corresponde exclusivamente al Ministerio Público, a nombre del estado y de la sociedad (a través de los ministros y agentes fiscales). En general los delitos pertenecen a esta clase, con las excepciones previstas por la ley, que se ubican en el otro grupo.

2.- **De acción privada:** cuando el ejercicio le corresponde únicamente al ofendido mediante querella. Estos delitos son los enumerados en el Art. 36 del mismo Código: estupro y rapto perpetrados en una persona entre dieciséis y dieciocho años; injurias calumniosa y no calumniosa grave; daños en la propiedad (excepto el incendio); usurpación; muerte de animales domésticos; estafa y otras defraudaciones si los ofendidos son menos de quince personas; violación de domicilio; revelación de secretos de fábrica; hurto y lesiones que no superen los treinta días de enfermedad o incapacidad.

Razón de la clasificación

Mucho se ha discutido doctrinariamente acerca de los fundamentos de la clasificación. Para algunos autores, siendo predominante en el Derecho Penal el interés público, se considera anómalo que haya delitos que sólo pueden juzgarse y sancionarse a instancias del particular ofendido, con lo cual se deja en manos de éste, no sólo la iniciativa procesal, en unos casos, sino también, en otros, la posibilidad de que la acción penal y aun la pena se extingan por exclusiva voluntad suya. Para tales autores no cabe sino una alternativa: u homologar a todos los delitos como perseguibles de oficio, o eliminar definitivamente el carácter delictivo de tales conductas.

En cambio otros autores consideran adecuado el mantenimiento de la clasificación, pues sostienen que con ello no se niega el carácter público del Derecho Penal. En todo caso la intervención del estado continúa siendo trascendental e irreemplazable: el estado, a través de sus diversos órganos, establece legalmente las distintas conductas y las penas, juzga a los culpables y ejecuta las sentencias pronunciadas.

Ahora bien, el dejar a criterio del particular agraviado la iniciativa procesal se debe a la idea de que en ciertos casos especialmente delicados (estupro, injurias) o en los que el daño es puramente patrimonial, nadie mejor que él para decidir si le conviene o no el iniciar la correspondiente acción, y el continuarla o no. El sabrá determinar si el juicio, con todas sus consecuencias, puede causarle más daño que el que ya recibió con la comisión del delito y, por lo tanto, prefiera no denunciar ni acusar. En ese caso, el estado respeta su decisión. En este sentido se extiende cada vez más en la doctrina el llamado principio de la primacía de la víctima, pues se considera que este actor fundamental del drama penal ha sido tradicionalmente ignorado por el derecho, para contrarrestar lo cual se debe darle un papel procesal cada vez más importante. También es materia de discusión la nómina de los delitos de acción privada, que bajo este criterio deberían ser mucho más numerosos de lo que ahora son.

Algunos autores contemporáneos (Baratta) se muestran muy favorables a este sistema, pues consideran que dándole al sujeto pasivo este papel decisivo se estaría propiciando un importante proceso de descriminalización de conductas, y estimulando que la solución de muchos conflictos se hagan a través de otras vías judiciales y no de la penal.

Consecuencias procesales

La distinción entre estas clases de delitos trae básicas consecuencias procesales. Si se trata de delitos de acción pública, el juicio seguirá su trámite ordinario: habrá las etapas de instrucción fiscal, intermedia y de juicio; en ésta, el caso pasará a conocimiento del tribunal de lo penal y de su sentencia se podrá interponer el recurso de casación; etc.

Si se trata de acción privada, el juicio se iniciará con la presentación de una querella y adoptará una estructura totalmente diferente, en que no hay etapas ni interviene el Ministerio Público. Inclusive cabe que por transacción, desistimiento o abandono del acusador termine el juicio. En estos casos tampoco se podrá dictar orden de prisión preventiva.

En cuanto a la prescripción, también los plazos son distintos, siendo mucho más extensos en el caso de los delitos de acción pública de instancia oficial.

c) Por el momento de su descubrimiento

De acuerdo a esta otra clasificación legal, los delitos pueden ser:

1.- **Flagrantes:** según el Art. 162 del Código de Procedimiento Penal, el delito es flagrante en dos casos: cuando se comete en presencia de una o más personas (flagrancia propia); o cuando se lo descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que haya existido una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la detención, así como que se le haya encontrado con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos al delito recién cometido (flagrancia asimilada).

2.- **No flagrantes:** cuando el delito no se comete en presencia de otras personas ni el autor es aprehendido inmediatamente después.

En realidad, esta clasificación no se fundamenta en ningún elemento de fondo del delito, sino en un hecho circunstancial: su descubrimiento. Pero la calificación de un delito como flagrante trae como consecuencia la eliminación de ciertas formalidades, necesarias en otros casos, para poder adoptar algunas medidas cautelares: detención del autor, allanamiento del domicilio. En orden constitucional (Art. 128), se prevé que en caso de delito flagrante, un asambleísta podrá ser privado de su libertad.

d) Por la estructura del acto delictivo

Pueden ser:

1.- **Delitos simples:** cuando la ejecución del delito constituye un solo hecho, que lesiona un solo bien jurídico: un homicidio, un hurto, que atentan contra la vida o la propiedad respectivamente.

2.- **Delitos complejos:** cuando la ejecución implica varios hechos simultáneos o sucesivos, que lesionan dos o más bienes jurídicos, pero que la ley unifica como un solo delito. Así, por ejemplo, sucede con los delitos de robo con muerte, violación con muerte u otros similares, en que además de atentar contra la propiedad o la libertad sexual también se atenta contra la vida. Para solucionar los posibles conflictos de concurrencia o concurso de leyes que en estos casos se podrían producir, la doctrina ha elaborado el principio de consunción, estudiado anteriormente.

e) Por la forma en que se produce el resultado

Según este criterio, los delitos son:

1.- **Formales o de simple actividad:** cuando de acuerdo a la tipicidad del delito, su ejecución exige un acto que incluye en sí mismo el resultado. Este sería el caso del ejemplo propuesto por Jiménez de Asúa: *"El que pasare por el puente N. será penado con..."* En este caso el acto, pasar por el puente, es al mismo tiempo el resultado del delito. Ejemplos de delitos formales son los que tienen un carácter verbal, como el de injurias, cuyo resultado se produce simultáneamente con el acto.

2.- **Materiales:** cuando la tipificación del delito exige que el acto humano produzca un resultado simultáneo o posterior, perfectamente distinguible porque se trata de un cambio material que experimentan las personas o las cosas. Así, en el homicidio, el acto humano es disparar, apuñalar o estrangular a otro, pero para que el delito llegue a su consumación hace falta un resultado, que es un acontecimiento distinto: la muerte de la víctima. La naturaleza de los delitos materiales produce situaciones de especial complejidad, como pueden darse en los casos de tentativa, en que ejecutado el acto, sin embargo no se produce el resultado; o cuando realizado el acto, se suman a él otras causas para generar un resultado que no buscaba el autor. Más adelante nos referiremos concretamente a estos asuntos.

f) Por la duración del momento consumativo

Los delitos pueden ser:

1.- **Instantáneos:** el acto típico del delito se consuma en un solo momento, más o menos breve. El homicidio, por ejemplo, se consuma el instante en que el sujeto pasivo muere, aunque el proceso de preparación o de ejecución hayan sido muy prolongados. El hurto o el robo se consuman el momento en que la cosa es sustraída; la violación, el momento en que se ejecuta el acceso carnal. En definitiva el momento de la consumación es aquel en que se produce la lesión efectiva del bien jurídico: vida, propiedad, libertad sexual, etc.

2.- **Permanentes:** son aquellos delitos en que la consumación perdura en el tiempo por un lapso más o menos largo, por cuanto también perdura la lesión del bien jurídico

protegido. Tal es el caso de los delitos de plagio o de rapto, en que la consumación dura tanto tiempo cuanto dure la privación de la libertad que sufre el sujeto pasivo.

3.- **Continuados:** estos delitos se integran con varios actos ocurridos a lo largo del tiempo, cada uno de los cuales constituye por sí solo un delito; sin embargo, debido a una ficción jurídica, se considera a todos los actos en conjunto como un solo delito. Supongamos que un cajero, durante varios meses o años, dispone ilícitamente de los dineros entregados a su custodia. Cada uno de estos actos, desde el primero, es un delito; pero, debido a la continuidad de su conducta, se produce la ficción de considerar a todos los actos como un solo delito. Ahora bien, para que esta situación proceda será indispensable que el tipo de delito sea el mismo, que sean los mismos los sujetos activo y pasivo y que exista una sola intención delictiva continua.

4.- **Habituales:** estos delitos tienen una estructura un tanto anómala. Igual que en el caso anterior se componen de varios actos realizados a lo largo del tiempo; sin embargo cada uno de ellos por sí solo no es delito, pues éste es la suma de todos los actos. Caso característico es el delito de usura que, según el Código (Art. 584), solamente se tipifica cuando se realizan habitualmente actos de usura, pues uno solo no basta para la existencia del delito.

Esta clasificación tiene importancia, por cuanto en los delitos permanentes, continuados y habituales, es necesario determinar el tiempo y el lugar del delito. En efecto estos delitos pueden realizarse en lapsos más o menos largos y en variados lugares, lo cual planteará la necesidad de establecer cuál es la ley aplicable, el juez competente, el momento en que se deberá empezar a contar el plazo de prescripción, etc.

g) Por sus efectos

Esta es una clasificación que ha ido adquiriendo cada vez más importancia. Los delitos pueden ser:

1.- **De daño o lesión:** cuando el delito produce un daño material efectivo que afecta a un bien jurídico concreto, cuyo titular es así mismo una persona determinada, natural o jurídica: homicidio, violación, estafa, peculado, falsificación de documentos.

2.- **De peligro:** cuando el delito produce una amenaza general, que afecta a bienes jurídicos cuyo titular es la comunidad en su conjunto, como la salud, la seguridad o el orden públicos. En estos casos no se produce un daño material concreto ni hay una persona en particular que haya sufrido tal daño. Por eso suelen llamarse “delitos sin víctima”. Véanse, por ejemplo, los delitos de los Arts. 369 (asociación ilícita) y 428 del Código (delito contra la salud pública).

Tradicionalmente estos casos han sido más bien raros, pero la doctrina penal moderna ha extendido el número de estos delitos considerando la naturaleza de ciertos intereses comunes cada vez más necesitados de protección penal: por ejemplo, la defensa del medio ambiente o la del consumidor, el combate al narcotráfico. En estos casos se produce una suerte de anticipación penal, aunque podría sostenerse que tales delitos ya lesionan aquellos bienes jurídicos supraindividuales o colectivos que la norma penal protege.

Inclusive la doctrina ha hecho una subdivisión: delitos de peligro abstracto y de peligro concreto. Los primeros son aquellos en que se describe una conducta cuya sola realización crearía la situación de peligro para el bien protegido; lo que quiere decir que la ley presume, por las experiencias previas, que cada vez que se realiza la conducta tipificada surge la situación de peligro. En los delitos de peligro concreto, la tipicidad exige que se compruebe que el peligro existió realmente; en estos casos la ley hace referencias expresas a la posibilidad del peligro.

La doctrina debate respecto a la admisión de los delitos de peligro abstracto. Un importante sector los considera inaceptables, al menos algunos de ellos, por constituir amenazas muy remotas al bien jurídico protegido. Para otro sector, sin embargo, la protección penal es más eficaz y cumple más adecuadamente los objetivos de política criminal (por ejemplo, en los delitos ambientales) porque el peligro de la conducta no debe ser probado, lo que sí debe hacerse en los delitos de peligro concreto.

Hay que aclarar, sin embargo, que en ciertos casos los delitos de peligro pueden "evolucionar" hasta llegar a ser delitos de daño: del riesgo general a la salud pública que significan ciertas conductas puede pasarse a daños en la salud individual de una persona, por ejemplo.

h) Por el bien jurídico afectado

Según este punto de vista, el delito podría clasificarse en tantas categorías cuantos sean los bienes jurídicos protegidos penalmente; y así lo hace, ciertamente, la parte especial del Código. Pero en este punto nos interesa en particular referirnos a una clasificación, que tiene en la doctrina y en la práctica una singular importancia: delitos **comunes** y delitos **políticos**. También haremos alguna observación sobre los llamados delitos **económicos**.

Delitos políticos

Aunque esta denominación tiene ya alguna antigüedad y las legislaciones en forma generalizada le asignan diversas repercusiones, el tema está sujeto a cuestionamientos y polémicas. Cabe recodar que inclusive Carrara se abstuvo de tratarlo por considerarlo un tema ajeno al debate jurídico-penal.

Tal vez las mayores divergencias han surgido en cuanto a precisar los criterios según los cuales un delito debería ser calificado como político. En la doctrina han surgido básicamente dos tendencias:

1.- **Tendencia objetiva:** que atiende estrictamente a la naturaleza del bien jurídico lesionado. Según esto, solamente serían políticos aquellos delitos que atacan la estabilidad de los organismos estatales y del régimen constituido y, en algunos casos, los derechos políticos de los ciudadanos. Esta tendencia, sin duda, restringe el alcance de la clasificación.

2.- **Tendencia subjetiva:** que atiende fundamentalmente a la intención del autor. De tal manera serían delitos políticos, directos o conexos, aquellos que tienen una motivación

de carácter político, sea cual fuere el bien jurídico atacado: vida, propiedad, libertad, etc. Este criterio amplía enormemente el ámbito del delito político.

En la práctica, la legislación y la jurisprudencia de los distintos países han oscilado entre uno y otro criterio, han escogido a veces los dos o han ideado soluciones intermedias. Un ejemplo muy característico es el del Código italiano, que en su Art. 8 dice: "*Para los efectos de la ley penal, es delito político todo delito que ofenda un interés político del Estado, o un derecho político de los ciudadanos. También se considera delito político el delito común determinado en todo o en parte por motivos políticos*." En definitiva este Código, aunque con alcances discutibles, recoge los dos criterios para calificar a un delito como político.

Importancia de la calificación de delito político

La calificación de un delito como político está directamente vinculada con el tratamiento que debe darse al llamado delincuente político. Las más viejas legislaciones lo juzgaban con especial dureza; pero la influencia clásica propició un cambio de ciento ochenta grados hacia un tratamiento benigno. Recuérdese, por ejemplo, como las constituciones de los distintos países fueron eliminando la pena de muerte para estos delitos, aun manteniéndola para los comunes; pero sobre todo se produce la aparición de instituciones, como la extradición, el asilo diplomático o la amnistía, en favor del delito político.

Esta especial benignidad se fundamentaba en la consideración de los móviles del delincuente político. Se decía que éste no actuaba por las motivaciones ordinarias de los otros delincuentes, sino que sus motivaciones, aunque podían estar equivocadas, eran idealistas, pues pretendían una transformación política de la sociedad. Incluso se hablaba de motivaciones altruistas. Se pensaba, además, que el delincuente político, por su situación frente a un régimen, difícilmente tendría un juicio imparcial. Razones que eran todavía más importantes cuando se trataba de un político que actuaba contra un gobierno autoritario o de facto.

De alguna manera, estas mismas razones llevan actualmente a replantear la cuestión, frente a las manifestaciones extremas del terrorismo, que constituye uno de los más graves problemas de la sociedad actual y que, según se afirma, no puede merecer un tratamiento privilegiado. Por eso, en los últimos años, debido sobre todo al auge de actos terroristas de grave repercusión, ha ido generalizándose el criterio, que se ha recogido en tratados internacionales, de aceptar básicamente la tendencia subjetiva, pero con la reserva expresa de excluir de la calificación de delitos políticos a los actos terroristas y a otros de similar gravedad.

No puede perderse de vista, además, que en este tema intervienen no solamente consideraciones estrictamente jurídicas sino también políticas. Por esto muchas veces los tribunales, en sus resoluciones, atienden más a estos criterios que a razonamientos y puntos de vista de derecho.

El delito político en la legislación ecuatoriana

No hay en el Código Penal ecuatoriano un concepto de lo que debería entenderse por delito político. Conforme a la tendencia objetiva, pueden calificarse como tales los

tipificados en la parte especial del Código Penal como delitos contra la seguridad interior del estado. Por otra parte, la recientemente expedida Ley de Extradición señala (Art. 5 numeral 2) que no serán considerados delitos políticos los actos de terrorismo, los crímenes contra la humanidad previstos en el Convenio de las Naciones Unidas contra el genocidio; los atentados contra la vida de un jefe de estado o de algún miembro de su familia; y que tampoco serán considerados como tales los delitos comunes aunque tengan móviles políticos. Es decir que descarta de plano la tendencia subjetiva.

Delitos económicos

Fue la criminología, a través del trabajo de Edward Sutherland, la que introdujo en el lenguaje penal la expresión de **delincuentes de cuello blanco**. Con ella se quería calificar a aquellas personas de alto nivel económico y social, que cometen delitos relacionados con su actividad empresarial o profesional o dentro de la administración pública, y cuya situación contrasta radicalmente con la de los delincuentes convencionales.

Posteriormente el Derecho Penal ha preferido utilizar la calificación de delincuencia económica, tratando más bien de identificar esta conducta en relación a la perturbación del orden económico regulado jurídicamente por el estado. Precisamente por ser éste el bien jurídico lesionado, la repercusión social de estos delitos es especialmente grave y preocupante, aunque no sea tan simple el determinar cuál son los ámbitos económicos en que pueden producirse estos delitos.

Las primeras reflexiones en esta materia giraron alrededor de las conductas de competencia desleal y formación de monopolios; pero luego el concepto se ha ido extendiendo a otras formas de abuso del poder económico, y a conductas relacionadas con la actividad empresarial y financiera, mercado de valores, delitos monetarios y cambiarios, atentados contra el consumidor, delitos ambientales, etc.

También hay que señalar que son estos delitos los que han impulsado la posibilidad de extender la sanción penal a las personas jurídicas, como ya se indicó anteriormente.

Capítulo VI
EL ACTO

1.- El acto: concepto

El primer elemento del delito es el **acto**. Con esto se quiere establecer que el acto es el elemento de hecho, inicial y básico del delito. Para que haya delito entonces, lo primero será determinar la corporeidad material y tangible de este ente jurídico, para que luego se verifique su adecuación a la descripción hecha por la ley (tipicidad) y se realicen los juicios de valor, objetivo (antijuridicidad) y subjetivo (culpabilidad), que constituyen los otros elementos del delito. Por esta razón este primer elemento es un sustantivo, **acto**, al cual se agregan los otros tres, como adjetivos que lo califican: acto **típico, antijurídico y culpable**.

Nuestro Código, en numerosas disposiciones (véanse, por ejemplo, los Arts. 2, 10, 11, 13, 15, 18, 32, 33), señala que el delito, en primer lugar, debe ser un acto y obviamente si no existe este punto de partida, desaparece toda posibilidad de que haya cualquier infracción penal.

Pero acto, en materia penal, tiene un sentido que debe ser precisado. Acto es la **conducta humana guiada por la voluntad**. Hace falta, pues, un contenido básico de voluntad, entendido simplemente como el dominio que el ser humano ejerce sobre su actividad (o sobre su inactividad, en los delitos de omisión que veremos de inmediato). Este contenido de voluntad no quiere decir que, al hablar de acto, se anticipe ya un juicio de valor de carácter subjetivo sobre el mismo, lo que será propio del análisis de la culpabilidad (el cuarto y último elemento del delito). La voluntad de la cual se habla aquí, se refiere solamente al control que la persona mantiene sobre su conducta.

Entendido así el acto, surgen en seguida unas cuantas limitaciones sobre su sentido penal:

a) **Las ideas, los sentimientos, las meras intenciones no son actos.-** El aspecto subjetivo, psicológico o interno del individuo, por sí solo, no es tomado en cuenta por el Derecho Penal. Las ideas, los sentimientos y, más aún, las intenciones por peligrosas que pudieran ser, carecen de la entidad suficiente para ser consideradas como este primer elemento del delito, por cuanto no son conductas humanas. Por eso solamente ocupan la atención de la ley penal cuando están vinculadas a un obrar externo. **No se pena a nadie por lo que piensa, siente o quiere, sino por lo que hace**.

b) **Las condiciones personales, las calidades, los estados de la persona no son actos.-** Ninguna condición o calidad personal, de raza, religión, nacionalidad, ningún estado, ni siquiera el de peligrosidad pueden considerarse conductas. **No se pena a nadie por lo que es sino por lo que hace**.

Una grave violación de este principio constaba en el Código Penal (Art. 547, segundo inciso), al sancionarse como autores de hurto a quienes estaban registrados como delincuentes contra la propiedad en las oficinas de seguridad del estado. En realidad ni el registro ni la calificación como delincuentes podían ser considerados como actos. Afortunadamente, el Tribunal de Garantías Constitucionales declaró la inconstitucionalidad de esta disposición y suspendió sus efectos (1987).

c) **El acto sólo es humano.-** Si en el origen del acto no está presente un ser humano que actúa, tampoco hay el elemento inicial del delito. Sólo el hombre es sujeto activo del delito. **Al Derecho Penal no le interesan los daños fortuitos producidos por las fuerzas de la naturaleza o causados por animales**. Sin embargo, pueden darse casos en que el ser humano utilice animales o aproveche las fuerzas de la naturaleza para alcanzar el efecto dañoso buscado por él, o permita con su negligencia que se produzcan estos daños, y en ese evento ya hay acto humano, que puede ser delito.

d) **El acto humano debe tener un contenido de voluntad.-** Según se ha dicho, el acto (la actividad o la inactividad que el ser humano proyecta hacia el mundo externo) debe estar guiado por la voluntad del hombre. **No se penan los hechos involuntarios del hombre**. Son estos casos, sin embargo, los que pueden provocar mayores dificultades

prácticas, pues habiendo una conducta humana puede presumirse la existencia de un contenido de voluntad. Al final de este capítulo examinaremos en detalle estas situaciones.

2.- Modalidades del acto: acción y omisión

El acto se manifiesta bajo dos formas: **la acción y la omisión**. Por esto la doctrina y los códigos establecen desde este punto de vista, dos clases de delitos: delitos de acción y delitos de omisión. Concretamente el Código ecuatoriano, en los Arts. 11, 14, 15 y otros, señala estas dos modalidades posibles.

La **acción** (o la **comisión**, de la que hablan algunos autores) es la modalidad característica de la gran mayoría de delitos. Se manifiesta como un movimiento humano externo, como un hacer perceptible sensorialmente, que causa el resultado dañoso. Se puede decir que al cometerse estos delitos se incumple una norma prohibitiva, una obligación de no hacer.

La **omisión**, en cambio, se manifiesta como un voluntario no hacer algo, que debía haberse hecho y que se exterioriza (pues necesariamente en todo delito debe haber exteriorización), con un resultado lesionador de un bien jurídico, que no debía haberse producido si se actuaba. En estos delitos se incumple una norma mandataria que imponía una obligación de hacer.

Evidentemente, la naturaleza del delito de omisión es muy particular. Por ello los casos son más bien excepcionales y plantean algunos problemas específicos que hace falta estudiar separadamente. Entre ellos están los siguientes:

1) la existencia misma de la omisión y sus modalidades;
2) la relación de causalidad entre la omisión y el resultado;
3) la obligación de actuar como condición de la responsabilidad penal por omisión.

Del primer tema nos ocuparemos de inmediato y examinaremos luego los otros dos.

Clasificación de los delitos de omisión

Los delitos de omisión pueden adoptar dos modalidades:

a) Delitos de omisión simple o propia

Son aquellos en que el no hacer está previsto en la propia ley penal, es decir **la omisión en cuanto tal está tipificada como delito**. Esto significa que implícitamente dicha ley establece el mandato de actuar de una manera determinada (las normas penales ordinariamente contienen más bien una prohibición implícita: no matar, no sustraer, etc.) Ejemplos de estos delitos de omisión propia aparecen en el Código Penal en los Arts. 235 (**rehusar** prestar un servicio legalmente exigible), 249 (**no cumplir** una ley, reglamento u orden superior), 261 (**no otorgar** recibos o **no dejar constancia** de las multas), 277.4 (denegar o rehusar la administración de justicia), 292 y 293 (**no denunciar** la comisión de un delito), 308 y 309 (**no evitar** la evasión de un detenido),

541 (**no entregar** a la autoridad a un niño recién nacido), contravención 604 numeral 36 (**no socorrer** a una persona en peligro); así mismo son varias las omisiones previstas en el apartado relativo a delitos de militares y policías (Título XI del Libro II). En estos casos la propia ley penal establece la obligación de actuar de una manera determinada (prestar el servicio, cumplir la ley, evitar la evasión, entregar al niño, denunciar, socorrer).

b) Delitos de comisión por omisión o de omisión impropia

Este caso se da en aquellos delitos cuya tipicidad permite indistintamente que sean cometidos por acción o por omisión (son aquellos casos en que la ley contiene una prohibición implícita). En los delitos de comisión por omisión es todavía más importante tener en cuenta la regla que consta en el Art. 12 del Código, ya que la conducta delictiva consiste precisamente **en no haber cumplido el deber de impedir el resultado, que debió haberse impedido**, lo cual, según agrega el artículo, equivale a ocasionarlo. Es en estos casos en que resulta especialmente importante el análisis de los factores relacionados con la mayor o menor gravedad que puede tener la omisión.

Naturalmente no todo delito puede cometerse por medios omisivos. Habrá que examinar entonces si la tipicidad del delito permite su comisión omisiva. Un caso muy característico es el homicidio, cuya tipicidad se establece a través de la frase "matar a otro" o "causar la muerte de otro", lo cual permite concluir que sí se puede matar por la omisión de ciertas conductas que se tenía obligación de realizar: alimentar, curar, socorrer, etc. Hay también casos dudosos (estafa) o claramente negativos (robo, delitos sexuales), pues resulta imposible que la conducta típica pueda ser ejecutada por omisión. Toca a la jurisprudencia ir precisando la posibilidad práctica de este tipo de delitos.

Tampoco debe perderse de vista que hay la posibilidad de **participar omisivamente** en un delito de acción: en la ejecución de un robo, por ejemplo, puede participar omisivamente el guardián que debió intervenir para evitar el hecho, pero que se complotó con los otros delincuentes. En estos casos también resulta aplicable la disposición del Art. 12, ya señalada.

3.- La obligación jurídica de actuar

Constantemente todos incurrimos en omisiones, dejamos de hacer algo, pero no siempre estas omisiones tendrán relevancia penal. Para que esto ocurra será indispensable que la persona que omitió un acto **haya tenido la obligación jurídica de actuar** con el fin de evitar el resultado dañoso, la cual por cierto no existe en todos los casos. Así lo afirma por lo demás el Art. 12 del Código de una manera terminante: *"No impedir un acontecimiento (omitiendo un acto, podríamos acotar),* ***cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo****, equivale a ocasionarlo".* De ahí que la obligación jurídica de hacer algo -y no otra clase de obligaciones- es el prerrequisito básico del delito de omisión; el que permite establecer los límites de responsabilidad penal que, de lo contrario, quedaría abierta con una amplitud excesiva e inconveniente.

Fuentes de la obligación de actuar

Ahora bien, esta obligación que, reiteramos, debe ser jurídica y no de otra clase, puede provenir de distintas fuentes:

La ley. En varios casos la propia ley penal claramente obliga a hacer algo y determina que la omisión de esa conducta constituye un delito (por ejemplo, así se establece en los Arts. 292, obligación de denunciar y 541, obligación de entregar a la autoridad a un niño recién nacido que hubiere sido encontrado), casos en los cuales surgen los delitos de omisión propia. Pero también puede ser fuente de obligación la ley civil, la administrativa o de cualquier otro orden, como sucede respecto a los padres y sus deberes legales frente a sus hijos, y viceversa; tutores, empleadores y personas que tienen a otras bajo su cuidado; los funcionarios públicos respecto al cumplimiento de sus obligaciones específicas, los integrantes de los cuerpos de seguridad pública, etc. En tales casos, si las personas obligadas omiten hacer los actos ordenados por la ley podrían tener responsabilidad penal. Por supuesto que para que tal cosa ocurra, también deberán concurrir al caso los demás elementos del delito.

Los contratos y las demás fuentes civiles de las obligaciones, mediante los cuales una persona se compromete a hacer algo, especialmente en lo relativo a la prestación de servicios personales: un guardián, una enfermera, un guía, un salvavidas, que omiten los deberes para los cuales fueron contratados, pueden tener por ello responsabilidad penal.

La conducta precedente del sujeto, pues si una persona ha creado con su conducta una situación de riesgo o peligro, adquiere la obligación jurídica de hacer lo necesario para evitar los daños que pudieran ocurrir como consecuencia. Así, una persona que guarda explosivos omitiendo las precauciones necesarias, si luego se produce una explosión, podría tener responsabilidad penal por lo que dejó de hacer.

En cualquiera de estos casos, la persona está obligada a actuar porque, como sostiene la doctrina, ha quedado en posición de **garante** del bien o bienes jurídicos cuya lesión podría ocasionarse como consecuencia de la omisión; ya sea porque la ley así lo determina, ya sea porque la persona ha aceptado la obligación, ya porque su propia conducta le ha creado tal obligación.

Opiniones últimas (Bacigalupo) en relación a la obligación de actuar, consideran que la posición de garante debe ser examinada más allá de una visión puramente formal de las fuentes de las obligaciones y, que por un sentido de justicia, deben tomarse en cuenta situaciones como las que nacen de la comunidad de vida, la posición institucional del omitente y otras más.

De todos modos, siendo los delitos de omisión de una naturaleza tan particular, para que el juez pueda apreciar de una manera global la situación específica en cuanto a la gravedad de la omisión, deberá tomar en cuenta algunos factores que matizan la obligación de actuar. Se trata de analizar, en último término, el contenido social de las distintas obligaciones de actuar, aspecto que anticipa un análisis de la culpabilidad, que resulta inevitable en estos casos, para establecer con apego a la justicia la responsabilidad penal de la persona que no actuó:

a) La naturaleza y proximidad del vínculo entre el sujeto activo y el pasivo: no es el mismo el caso de padres e hijos, que el de parientes más lejanos, amigos o extraños, o

personas vinculadas exclusivamente por un contrato;

b) La especial situación profesional del obligado, que le exige en ocasiones afrontar especiales riesgos, de tal manera que la omisión tiene relevancia penal aun en casos de peligro (policías, bomberos, guardianes, médicos, etc.);

c) La mayor o menor gravedad del riesgo o peligro; pues no es el mismo el caso del enfermo moribundo que requiere de cuidados intensos, que el de otros enfermos menos graves, frente a las omisiones en que puede incurrir la enfermera encargada de cuidarlos.

Como se advierte, las diferentes circunstancias en que puede encontrarse el garante, con una mayor o menor obligación de actuar, determinan que las conducta tengan, en las situaciones concretas, una mayor o menor ilicitud. Por esta razón la doctrina considera que hace falta una norma, se la ha denominado "cláusula de correspondencia", para que los jueces puedan en ciertos casos atenuar las penas (Art. 13 del Código alemán).

4.- La relación de causalidad

Este tema es uno de los más complejos en la teoría del delito y para examinarlo hace falta tomar en cuenta dos consideraciones fundamentales:

- todo acto incluye un resultado;
- entre acto y resultado debe haber una relación de causalidad.

En cuanto al primer punto, hay que recordar la clasificación anteriormente analizada de delitos formales y materiales. En los primeros, el resultado coincide plenamente con el acto humano. Así, en las injurias verbales, acto y resultado son simultáneos, por lo cual estos delitos no plantean problemas especiales en este aspecto. En cambio, en los delitos materiales, el resultado se distingue perfectamente del movimiento corporal humano, o de la inactividad, porque produce un cambio físicamente apreciable en las personas o las cosas, que en todo caso debe ser una consecuencia, un efecto derivado de ese movimiento o de esa inactividad. En el homicidio, por ejemplo, que es el caso más característico, el acto humano es disparar, apuñalar o no alimentar a una persona, y el resultado es la muerte de esa persona. En estos casos, pueden surgir algunas situaciones complejas, cuando entre el acto y el resultado se interponen otras causas que generan un resultado distinto al deseado por el sujeto activo como consecuencia de su acto.

En cuanto al segundo punto, es indispensable que entre el acto y el resultado haya una relación de causalidad. En los delitos formales, dada la simultaneidad anotada, esta relación tampoco plantea problema. En los delitos materiales, en cambio, hará falta comprobar fehacientmente que el resultado sea consecuencia de ese acto. Y en algunas ocasiones, en tales delitos el resultado no solamente es el efecto de la acción humana dirigida al fin delictivo, sino también de otras causas o factores que intervienen, con mayor o menor importancia, para producir ese resultado. (factores que suelen llamarse también **concausas**). Estas causas son de muy variadas clases. Pueden ser anteriores, simultáneas o supervinientes; endógenas (internas del sujeto pasivo) o exógenas (de origen externo); producidas por una tercera persona o por la naturaleza; intencionales o no intencionales; previsibles o imprevisibles; conocidas de antemano o desconocidas;

fruto de acciones o de omisiones, que en algunos casos no son directamente vulnerantes del bien jurídico en cuestión (no dar oportunamente un aviso, lo cual trae como consecuencia la muerte de una persona).

Teorías sobre la causalidad:

En los casos indicados, cuando el resultado es la consecuencia de varias causas, determinar las eventuales responsabilidades penales de quienes pusieron en marcha las distintas causas, provoca un problema de difícil resolución, inclusive en el orden filosófico, pues una cadena causal podría extenderse indefinidamente. Ahora bien, en el orden jurídico-penal, **interesa saber a quién se puede atribuir un resultado que la ley considera infracción penal.**

Tratando de encontrar una solución a este problema, se han expuesto doctrinariamente numerosas teorías. Nos referiremos a las posiciones teóricas básicas:

a) Teoría de la equivalencia de las causas o condición sine qua non:

Según esta teoría son causas todas las condiciones, factores y requisitos positivos o negativos que han confluido en la producción de un fenómeno. Así, en el orden penal, la muerte de una persona se deberá no solamente a la herida que se le propinó, sino también al estado patológico que padecía la víctima y a las deficiencias de la atención médica que se le dio: la muerte es el resultado de todas esas causas.

Se habla de equivalencia de las causas porque si, mentalmente, suprimiéramos una cualquiera de ellas, el resultado no se habría producido. Todas son igualmente importantes porque todas contribuyeron a ese resultado.

Esta teoría, aunque relativamente nueva en su formulación doctrinaria, tiene antiguos precedentes, como se desprende del aforismo romano: **quien es causa de la causa es causa del mal causado** (causa causae, causa causati), aforismo con el que se pretendía resolver en la antigüedad este tipo de situaciones. Ahora bien, la aplicación rigurosa de esta teoría tendría como efecto el extender con excesiva amplitud el cuadro de las responsabilidades penales. Desde un punto de vista lógico es verdadera; pero, en materia penal no estamos frente a un problema de pensamiento, sino de aplicación práctica de la ley penal, lo cual nos lleva a la necesidad de moderar considerablemente el alcance de la causalidad.

b) Teoría de la causalidad adecuada:

Para corregir los excesos de la equivalencia de la causas, esta teoría se caracteriza por escoger una sola causa y desechar todas las demás que pudieron haber intervenido en la producción del resultado. La causa que se escoge es aquella que, según la experiencia general, es **idónea (adecuada) a priori para producir un resultado** y se dejan a un lado las que son, también a priori, generalmente inadecuadas para producir ese resultado. De éste, por tanto, responderá solamente el que puso la causa idónea.

Eliminar sin más todas las causas menos una, puede ser inconveniente e injusto. Pero además, hay situaciones, muy particulares pero posibles, en que algunas causas, generalmente no idóneas, pueden producir resultados dañosos. Una pequeña herida o

una cucharada de azúcar no son, en general, causas idóneas para matar; pero sí lo son para matar a un hemofílico o a un diabético. De esta manera habría que pasar de la experiencia general al conocimiento concreto que tenía el autor del hecho.

c) Teoría de la causalidad relevante:

Esta teoría también pretende solucionar las dificultades que producen las otras propuestas. Para ello pretende añadir a la vinculación causal natural la relevancia jurídica del acto para producir el resultado típico. Solo cuando la causalidad y la relevancia están comprobadas se puede plantear la responsabilidad por el resultado, que corresponde a un tipo penal determinado (Mezger). Lo fundamental entonces será establecer la relevancia jurídica del acto que causó el resultado.

Esta teoría no avanzó en la determinación de los criterios que servirían parea establecer esta relevancia, pero es el antecedente inmediato de la teoría de la imputación objetiva, que se verá de inmediato.

d) Teoría de la imputación objetiva:

Esta teoría, derivada de la anterior e impulsada por el funcionalismo (Jakobs), es la que goza actualmente de mayor aceptación.

Tiene como punto de partida, como la anterior, el no considerar suficiente la relación causal entre acto y resultado, aunque debe necesariamente probarse tal relación; pero hace falta además verificar:

- Que el acto ha creado o ha aumentado un **peligro jurídicamente desaprobado** para la producción del resultado;
- Que el resultado producido es efectivamente la **realización del peligro** creado por dicho acto.

Cumplidas estas condiciones se le podrá imputar objetivamente el resultado a quien realizó el acto.

Sin embargo, se excluye la imputación cuando el acto queda fuera de los límites señalados, como ocurre en los casos siguientes:

- Se excluye la imputación objetiva cuando el acto ha producido **riesgos permitidos**, es decir aceptados jurídicamente (tránsito, riesgos del trabajo), o culturalmente (prácticas deportivas, fiestas populares), o establecidos a través de una ponderación de valores.

- Se excluye la imputación cuando se obra en virtud de un **principio de confianza**, es decir cuando se espera razonablemente que otros actúen dentro de los límites de los riesgos permitidos (tránsito).

- Se excluye la imputación en actos de terceros, que actúan lícitamente, pero que fueron utilizados por el autor de un delito (el caso del vendedor de armas, el que realiza un acto indiferente que activa un mecanismo instalado por un terrorista). La doctrina le llama a este principio la **prohibición de regreso**. Sin embargo podría haber casos en que subsistiría la imputación cuando el tercero es garante de un bien jurídico.

- Se excluye la imputación cuando el resultado es **consecuencia de la conducta o situación de la propia víctima** (el médico que desconecta el respirador del paciente irrecuperable; el sujeto que conociendo la situación, contrae una enfermedad sexual).

En definitiva se sostiene que con estos criterios generales, para realizar la imputación, deberá examinarse en cada caso si se cumplen los requisitos señalados: relación de causalidad, creación o aumento de un peligro jurídicamente desaprobado y realización de ese peligro.

Habrá que señalar finalmente que la doctrina considera que, cuando se ha comprobado, por alguna de las razones señaladas, que la imputación objetiva ha quedado excluida , ni siquiera habría un acto típico que haga necesario el inicio de una instrucción fiscal.

5.- La causalidad en el Código ecuatoriano

El Art. 11 del Código establece de una manera expresa la necesidad de una relación de causalidad: *"Nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, **si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción no es consecuencia de su acción u omisión**"*. Como se ve, el Código se refiere tanto a los delitos de daño como a los de peligro y así mismo determina concretamente como causa del acontecimiento a la acción o la omisión. Esta disposición se complementa con la del Art. 12 ya citada, según la cual **no impedir un acontecimiento equivale a ocasionarlo**, siempre que se tenga por supuesto la obligación jurídica de impedirlo.

Pero además, el Código ecuatoriano, en el Art. 13, se refiere al tema de una manera más amplia, y pretende la solución de los problemas de causalidad con diferentes reglas, redactadas en forma poco adecuada, que plantean varios interrogantes y dejan en pie unas cuantas dudas.

Es útil reproducir aquí la severa opinión que tiene Jiménez de Asúa sobre este artículo: *"En el vigente Código del Ecuador, **la copia del precepto italiano ha sido sólo a medias** ...En el régimen de concausas... se aparta de la fórmula del código fascista, puesto que admite la atenuación en su heterogéneo artículo ... **La fórmula** del Código ecuatoriano es **harto dudosa**. El hecho de admitir las concausas invalida la equivalencia, aunque el párrafo último más bien parece aludir a una serie causal intercurrente. A nuestro juicio **se trata de una de esas redacciones que pretende ser práctica y que por ello huye de toda afiliación teórica,** aunque más bien se adscribe a una vacilante causalidad adecuada".*

En realidad el Art. 13 del Código se inspira en el Art. 41 del Código italiano de 1930, pero no mantiene coherentemente el mismo punto de vista (por cierto que también el Código italiano es criticado por mantener en forma indiscriminada la equivalencia de las causas). En realidad la legislación ecuatoriana no aplica ninguna de las teorías sobre la causalidad, que hemos visto anteriormente. Tampoco se advierten conceptos precisos, sino más bien una redacción ambigua, difícil de interpretar. Inclusive el artículo trata, a más de la causalidad, de otros asuntos que sólo marginalmente tienen que ver con el problema que nos ocupa. Esto sucede en la parte final del inciso primero, cuando se refiere al "error in persona", tema que debería ser tratado separadamente.

En todo caso proponemos, con las reservas del caso, el siguiente esquema interpretativo de la relación de causalidad, según el Art. 13:

a) El Código parece establecer como punto de partida (aunque el concepto no sea totalmente claro), dos posibilidades, según se desprende de la expresión "causas independientes" que consta en el segundo inciso: las causas que concurren con el acto del sujeto pueden ser d**ependientes o independientes de su voluntad**.

b) En el caso de que las causas sean de alguna manera dependientes de su voluntad, o si aun siendo ajenas las conoce y utiliza, **el autor del acto responde del resultado**, cualquiera que éste sea (primer inciso).

c) Si las causas son independientes de la voluntad del autor, pueden darse a su vez dos posibilidades (segundo inciso):

- Si esas causas se suman al acto para producir el resultado, el autor responderá por ese resultado, pero como un delito preterintencional (tercer inciso). Según el Art. 14, delito preterintencional es aquél cuyo resultado es más grave que el querido por el agente; por tanto se responde por el resultado, pero en forma atenuada. Con esto en definitiva se ingresa en el ámbito de la culpabilidad, aunque con las dificultades que el delito preterintencional plantea en nuestro Código, conforme se verá oportunamente;

- En cambio, si esas causas no se suman al acto sino que producen el resultado por sí solas, es decir si se trata de una cadena causal absolutamente desligada del acto del agente, el autor sólo responderá de su acto (cuarto inciso).

d) **El Código no se refiere** para nada **a la previsibilidad** que resulta indispensable en el tratamiento que da a la causalidad (cuando se refiere, por ejemplo, al delito preterintencional).

Claramente se advierte de este esquema la forma compleja y oscura con que el Código trata de un asunto ya de por sí conflictivo.

Señalemos para concluir que la mayoría de autores considera preferible que los códigos no incluyan disposiciones expresas sobre este asunto, pues siempre producirán serias dificultades de interpretación. Por ello señalan que, cuando se produce un problema práctico, es mejor dejarlo librado a la aplicación por parte de los jueces de los principios doctrinarios que se han expresado en esta materia. En todo caso parece mucho más aceptable, por su sencillez, la disposición del Código uruguayo (Art. 3): *"No se responde de la concausa preexistente, superviniente o simultánea, independiente del hecho, que no se ha podido prever. La que se ha podido prever y no se ha previsto será tenida en cuenta por el juez para rebajar la pena, según su criterio, de acuerdo con las circunstancias del caso"*. Como se ve, en esta norma el factor previsibilidad ocupa un lugar decisivo.

6.- Ausencia de acto

Si el acto, en sentido penal, es una conducta humana guiada por la voluntad, los

movimientos corporales sin contenido de voluntad, aunque causen daños, no pueden ser considerados como actos, como señalábamos al comenzar este capítulo. En consecuencia estos hechos no serán delitos, pues falta en ellos el primer elemento, el elemento material del delito. Estos hechos podrán lesionar bienes jurídicamente protegidos, pero la ausencia de acto hace innecesario el examinar los restantes elementos del delito.

La ausencia de acto se puede producir básicamente en dos situaciones: la primera, por la falta absoluta de libertad de movimiento de la persona; y la segunda, en ciertos estados de la mente en que desaparece todo control voluntario sobre los movimientos de la persona.

Examinemos, uno por uno, estos casos de ausencia de acto:

a) Fuerza física irresistible

Para considerar este caso debe, en primer término, establecerse con toda claridad lo que significa la fuerza física irresistible, distinguiéndola de la fuerza o coacción moral. La duda surge porque el Código ecuatoriano, siguiendo el viejo modelo de los Códigos francés y belga, utiliza en el Art. 18 la expresión "fuerza que no se puede resistir". Ahora bien, esta frase debe entenderse que incluye tanto a la fuerza física como a la moral; pero la ubicación jurídica y los efectos de una y otra son distintos: la primera trae como consecuencia una ausencia de acto, mientras la segunda opera en el ámbito de la culpabilidad, en donde corresponderá estudiarla.

Con esta precisión, cabe señalar que habrá fuerza física irresistible cuando se produzca un abatimiento muscular total de la persona, a tal punto que su cuerpo sea movido por una fuerza externa superior, o esté impedido de moverse por esa misma fuerza.

Esta fuerza externa puede ser ejercida por terceras personas sobre el cuerpo de la persona forzada, pero también puede ser producida por la naturaleza o consistir en una fuerza puramente mecánica. En el primer caso (más bien se trataría de situaciones excepcionales y más factible en casos de omisión) habría un desplazamiento de la autoría, pues no existirá acto de la persona forzada sino de aquella que ejerció la fuerza. En el segundo caso (una tormenta, un huracán o, inclusive, mecanismos no controlados por la persona) no habrá acto en el sentido jurídico-penal, pues el hombre ya no es sujeto sino objeto, instrumento manejado por fuerzas extrínsecas a él.

En todo caso el Art. 18 determina que no habrá infracción si la fuerza es irresistible, pero si fuere resistible, sí habrá acto y, por lo tanto, podría haber delito, aunque con responsabilidad atenuada (Art. 29, numeral 4).

b) El sueño natural

En este estado de reposo que sobreviene por causas fisiológicas normales, no puede afirmarse que haya actos del durmiente, pues los movimientos corporales que puedan producirse carecen de toda manifestación de voluntad, aun cuando llegaran a lesionar determinados bienes jurídicos (la vida de un niño, por ejemplo, muerto por sofocación).

El Código ecuatoriano no se refiere expresamente a esta situación; pero si llegare a presentarse el caso, debería ser examinado según lo dispuesto en el Art. 32, que exige "conciencia y voluntad", como requisito básico de toda responsabilidad penal. (Por supuesto que cabe también la posibilidad de que una persona, la madre del niño, voluntariamente se haya colocado en la situación de riesgo, por lo cual el "acto" sería precisamente ése y podría haber eventualmente una responsabilidad penal).

c) El sonambulismo

Consiste en la alteración del sueño que afecta a ciertas personas y que les lleva a realizar, estando dormidos, movimientos más o menos complicados o peligrosos, que luego el sonámbulo cree que solamente fueron sueños. Pudiera ocurrir también que algunos de estos movimientos lesionaran ciertos bienes jurídicos penalmente protegidos.

Resulta de todos modos muy claro que los movimientos del sonámbulo son inconscientes y carecen de todo contenido de voluntad, por lo que no se diferencian de los del durmiente. Por lo tanto la situación jurídica es absolutamente igual.

d) La sugestión hipnótica

Es innegable que una persona, sometida a sugestión hipnótica, puede convertirse en un instrumento más o menos dócil de otro, que la mantiene en estado de inconsciencia de diverso grado, con pérdida de sus facultades volitivas.

En tal estado podría suceder que, obedeciendo las órdenes del hipnotizador, el hipnotizado ejecute actos que eventualmente pueden tener relevancia penal. En este punto se ha llegado a la conclusión de que la mayoría de las personas ciertamente opondrá una resistencia inconsciente a muchas órdenes, en razón de sus propias valoraciones que le llevan a inhibirse de obedecer, aun en tal estado. Pero se admite que otras personas, en ciertos casos muy concretos, pudieran obedecer y "ejecutar" tales actos.

Si llegare realmente a probarse que los hechos sucedieron de esa manera, es claro que la persona hipnotizada no es sino un instrumento en manos del hipnotizador y que, por lo tanto, la autoría del acto se desplazaría hacia éste, quedando el hipnotizado libre de toda responsabilidad, en virtud del mismo Art. 32 que ya hemos citado.

e) Los movimientos reflejos

Estos son movimientos automáticos que se producen como reacción corporal orgánica ante estímulos externos o internos: el movimiento de la mano como acto defensivo, el cerrar los ojos, un estornudo, la salivación, y otros similares. Estos movimientos son generalmente intempestivos y sobre ellos la voluntad no ejerce control, salvo casos excepcionales en que la persona puede hacerlo con cierto vencimiento.

Frente a tales movimientos cabe examinar el principio básico del acto: ¿hay o no en ellos un contenido de voluntad? La respuesta será generalmente negativa y, por lo tanto, si con uno de estos movimientos se causare una lesión (en la mano de la persona que realiza el movimiento hay un instrumento punzante con el cual se causa una herida a un tercero), este hecho no podrá ser considerado delito por ausencia de acto.

En nuestro Código, la fundamentación de este razonamiento tendría que encontrarse, como en las situaciones anteriores, en el Art. 32; pero también podría pensarse en la aplicación de la teoría del caso fortuito.

Capítulo VII
LA TIPICIDAD

1.- Concepto e importancia

Las leyes penales, a través de hipótesis abstractas, prevén las características que una conducta humana debe reunir para que sea considerada como delito. Así, pues, el acto concreto, ejecutado por el sujeto activo, debe acomodarse plenamente a esa descripción hipotética. La tipicidad, el segundo elemento esencial del delito, es precisamente **la identificación plena de la conducta humana con la hipótesis prevista y descrita en la ley**. En ese caso estaremos frente a un acto típico.

La tipicidad cumple varias funciones fundamentales.

a) Sirve para la aplicación del principio de legalidad (no hay delito sin ley previa) y, por lo tanto, para afirmar la garantía jurídico-política que este principio encierra, es decir que todo ciudadano sepa qué es lo que puede y lo que no puede hacer. Inclusive algún tratadista (Beling) sostiene que la más exacta formulación del principio de legalidad sería la siguiente: **no hay delito sin tipo legal**.

Ahora bien, para que esta función se cumpla de manera adecuada, hace falta que la tipicidad sea una verdadera descripción, que a través de ella se especifique concretamente cuál es la conducta prohibida, con todos sus elementos y requisitos. La ley no debe limitarse a decir: "El que causare un aborto será sancionado con ..." (Art. 441). Lo importante es describir con precisión la conducta típica de aborto. También son defectuosas las descripciones, frecuentes en nuestro Código (Arts. 257, 563, etc.), que abren la posibilidad de interpretaciones analógicas, cuando al establecer las conductas señalan al final que también son típicos los actos "semejantes" o "similares", lo cual permite, e inclusive obliga al juez a extender el precepto legal a otras conductas más allá de las expresamente determinadas en la ley.

Esto nos revela que la tipicidad es también un problema de adecuada técnica legislativa. El legislador debe preocuparse de tipificar los distintos delitos de una manera precisa, con todos los elementos descriptivos y normativos necesarios, sin ambigüedades ni vacíos y peor dejando abierta la posibilidad de interpretaciones analógicas.

b) La tipicidad desempeña un papel importante en relación con los demás elementos del delito: delimita el acto y se relaciona estrechamente con la antijuridicidad. Tipicidad y

antijuridicidad no son, por supuesto, caracteres idénticos, pero la **tipicidad es un indicio de antijuridicidad**. No siempre el acto típico será antijurídico; en ciertos casos no lo será, pues la tipicidad no tiene una significación valorativa, sino que es puramente descriptiva y objetiva; pero sí encierra una presunción de antijuridicidad, aunque desde luego ésta puede ser desvirtuada. Por otra parte, también la **culpabilidad** está vinculada con la tipicidad; más todavía para algunos tratadistas, al tipificarse una conducta debe hacerse una referencia expresa o, al menos, implícita a la forma dolosa o culposa en que debe realizarse para ser punible.

c) La tipicidad tiene además una fundamental función procesal. **La comprobación de la tipicidad de una conducta es un requisito básico para iniciar y continuar el proceso penal**. El fiscal para iniciar la instrucción (Art. 217 del Código de Procedimiento Penal) deberá tener elementos suficientes para considerar que se ha cometido un hecho delictivo y si al concluirla estableciere que no hubo tal, deberá abstenerse de acusar (Art. 226) y el juez, por su parte, en la etapa intermedia deberá dictar un auto se sobreseimiento definitivo si estima que los hechos no constituyen delito (Art. 242). Y, por supuesto, nadie podrá ser condenado si no ha realizado un acto típico.

2.- Elementos que integran la tipicidad

La adecuada conformación de los tipos legales es, conforme se ha dicho, un problema de técnica legislativa. Es indispensable que la conducta quede claramente señalada, pero ¿cómo hacerlo? Muchas veces esta descripción puede ser bastante simple (homicidio); pero en otras ocasiones (robo) es más compleja y hace falta precisar el acto delictivo con una serie de referencias y elementos, que deben estar presentes todos ellos para que pueda decirse que el acto sí cumple con el requisito de tipicidad.

Veamos cuáles son esas diversas referencias y elementos que integran la descripción típica:

a) Núcleo

Es el elemento central de la tipicidad, el que determina y delimita el acto (acción u omisión) ejecutado por la persona. Al ser, pues, una conducta, suele fijarse en la ley el núcleo mediante un verbo en infinitivo: matar (homicidio), herir (lesiones), sustraer (hurto y robo), falsificar (falsedades), imputar (injurias), abusar (peculado), distraer o disipar (abuso de confianza).

En otras ocasiones, el legislador describe el núcleo de la conducta con un sustantivo: cópula (estupro), acceso carnal (violación), acto de naturaleza sexual (abuso sexual); o con una frase: faltar a la verdad (perjurio), introducirse en el domicilio (allanamiento), etc.

Por ser precisamente el elemento central de la conducta, en la mayor parte de los casos en el núcleo aparece el indicio de antijuridicidad que se señalaba anteriormente.

b) Referencias al sujeto activo

En muchos tipos legales el sujeto activo puede ser cualquier persona, sin ninguna calidad ni exigencia especial. En otros, sin embargo, se exige del sujeto activo ciertas calidades o condiciones, sin las cuales el delito no existe:

- el ser funcionario o empleado público (peculado, cohecho, concusión);
- el ser juez (prevaricato);
- el ser ecuatoriano (traición);
- el tener con el sujeto pasivo una relación de parentesco o matrimonio (parricidio);
- el estar casado (bigamia).

c) Referencias al sujeto pasivo

Así mismo, en la mayoría de los delitos el sujeto pasivo puede ser cualquier persona; pero en ciertos tipos legales, para que haya tipicidad es necesario que éste reúna determinadas condiciones. Por ejemplo:

- Presidente de la República (desacato);
- niño recién nacido (infanticidio por causa de honor);
- menor de catorce años (violación calificada).

d) Referencias al objeto material

En ciertos delitos hace falta que el delito recaiga en determinado objeto material, que la ley expresamente exige:

- cosa mueble ajena (hurto y robo);
- ganado (abigeato);
- bien inmueble (usurpación);
- monedas, billetes, sellos, documentos públicos y privados (falsedades);
- sustancias estupefacientes y psicotrópicas (tráfico de drogas);
- dineros públicos o privados que estén en poder del sujeto activo en virtud o razón de su cargo (peculado).

e) Referencias a los medios

Es un elemento muy importante en algunos delitos, a tal punto que en ocasiones es el que muestra más claramente el indicio de antijuridicidad:

- violencia o amenazas sobre las personas o fuerza en las cosas (robo);
- violencia, amenazas o intimidación (violación);
- seducción o engaño (estupro);
- engaño (estafa);
- amenazas de imputaciones contra el honor (chantaje).

f) Referencias al tiempo, al lugar, o a la ocasión

En ciertos delitos hace falta que se cumplan estas referencias, indispensables también para que haya tipicidad:

- tiempo de guerra (traición);
- domicilio de un habitante (allanamiento);
- lugar despoblado y solitario (abandono de niños);
- al declarar, informar o confesar (falso testimonio y perjurio).

g) Elementos normativos

En algunos casos, también se incluyen en las descripciones típicas ciertos elementos que la doctrina califica como normativos, pues se refieren a disposiciones, limitaciones o presupuestos de carácter jurídico que deben cumplirse para que haya tipicidad; pero también a normas morales y culturales que son tomadas en cuenta dentro de la tipicidad:

- ilegal y arbitrariamente (detención ilegal);
- fuera de los casos previstos y sin las formalidades prescritas por la ley (allanamiento);
- sin título legítimo (usurpación de funciones).

h) Elementos subjetivos

En algunos casos, la ley no se limita a señalar el núcleo y las demás referencias ya indicadas, que tienen un carácter objetivo, sino que también incluye en la descripción elementos de carácter subjetivo, que se refieren a estados de ánimo del sujeto activo, a sus propósitos o motivaciones. Son, sin duda, de difícil prueba, pero si la ley incluye tales elementos, éstos, como todos los demás, se tornan indispensables para que haya tipicidad. Por ejemplo:

- a sabiendas (parricidio, perjurio);
- para ocultar su deshonra (infanticidio);
- ánimo de apropiarse (hurto y robo);
- fines deshonestos (rapto);
- por interés personal, afecto o desafecto (prevaricato);
- para desacreditar, deshonrar o menospreciar a otra persona (injurias);
- incitación al odio o al desprecio (delitos de odio).

Habría que agregar, como ya se señaló, que para algunos autores es indispensable que al describir la conducta se señale el dolo o la culpa con que debe realizarse para ser delito, que estos elementos subjetivos permiten establecer.

i) Condiciones o requisitos objetivos

La naturaleza de las llamadas condiciones objetivas es dudosa. Para algunos autores son simplemente requisitos previos para que pueda ejercerse la acción penal. Pero otros consideran que son elementos que integran la tipicidad y que deben tener el mismo tratamiento de los demás, por lo cual, si faltan, no habrá tipicidad. En todo caso, son

circunstancias que están fuera del sujeto activo de la infracción, no vinculadas a su acto, objetivas. Son de muy diversa clase: trámites administrativos, decisiones judiciales, actos de terceros, etc. En nuestra legislación tenemos algunos casos:

- la auditoría de la Contraloría para establecer el enriquecimiento injustificado (enriquecimiento ilícito);
- la sentencia de nulidad del matrimonio (rapto);
- la calificación de una acusación como maliciosa (injurias calumniosas);
- la calificación de la quiebra (quiebra dolosa o fraudulenta);
- el suicidio tentado o consumado (auxilio al suicidio).

Habría que agregar, como ya se señaló, que para algunos autores es indispensable que al describir la conducta se señale el dolo o la culpa con que debe realizarse para ser delito, que estos elementos subjetivos permiten establecer.

3.- Figuras penales

Puede afirmarse que los diferentes tipos penales se agrupan en familias. De una figura básica (la tipicidad mínima requerida), se desprenden figuras agravadas (se agregan a la figura básica otros elementos que la vuelven más grave) o figuras atenuadas (se agregan a la figura básica otros elementos que la vuelven menos grave).

Por ejemplo:

El homicidio=matar a otro (figura básica).

De esta figura se desprenden:

El parricidio=matar a otro + vínculo de parentesco o matrimonio entre sujeto activo y sujeto pasivo + elemento subjetivo (a sabiendas y voluntariamente);

El infanticidio=matar a otro + vínculo de parentesco entre sujeto activo y sujeto pasivo + sujeto pasivo recién nacido + elemento subjetivo (causa de honor).

En el caso del parricidio tenemos una figura agravada; en el caso del infanticidio por causa de honor, una figura atenuada.

Este esquema se repite con frecuencia en el Código Penal.

4.- El tipo subjetivo del delito

Aunque en este Manual el tratamiento del dolo y de la culpa se mantiene en el Capítulo de la culpabilidad, conforme lo establece la doctrina clásica, indiquemos brevemente en este punto la forma en que la doctrina finalista trata este tema.

El finalismo considera que en el tipo penal hay un aspecto objetivo y otro subjetivo. Para comprobar lo primero hace falta que el acto reúna los elementos descriptivos y normativos previstos en la ley; pero es indispensable, sostiene, que se compruebe

también la presencia del tipo subjetivo, es decir si la conducta es dolosa; o, en los casos en que excepcionalmente la ley lo prevé, si la conducta es culposa (o imprudente, como generalmente la califica la doctrina). Bajo este esquema el análisis del dolo y de la culpa no se realiza al estudiarse la culpabilidad, sino en el examen de la tipicidad. Por ello de no comprobarse la existencia de dolo o culpa, el acto es irrelevante para el derecho penal ni se requiere dar inicio a un proceso.

La doctrina distingue el caso de los delitos dolosos y de los culposos:

En el **caso del delito doloso** debe comprobarse que el sujeto activo actuó con dolo (de ninguna manera cabe la presunción de dolo), lo cual deberá deducirse de los elementos externos que caracterizan el acto, lo que permitirá establecer una coincidencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo, es decir entre lo que se hace y lo que se sabe que se hace. No habrá dolo en los casos de error sobre los elementos del tipo objetivo. Y, por supuesto, si no hay dolo no habrá el acto típico.

Debe tomarse en cuenta que en algunos delitos se exige, además del dolo, la comprobación de otros propósitos subjetivos, que la doctrina clásica los incluye en su concepto de tipicidad (el ánimo de apropiarse en delitos contra la propiedad; el faltar a la verdad a sabiendas en el perjurio; el favorecer o perjudicar a una de las partes en el prevaricato).

En el **caso del delito culposo**, en que el autor no pretende realizar el tipo objetivo, el elemento subjetivo, fundamento de su punibilidad, es la grave infracción del deber de cuidado del sujeto activo, la culpa, que produce una lesión en bienes jurídicos de especial importancia. Así mismo, si no se puede comprobar esta actitud, no habrá acto típico. En todo caso el delito culposo en menos grave y de carácter excepcional.

5.- Ausencia de tipicidad

Parecería innecesario referirse en forma particular a este asunto, pues es absolutamente claro que si una conducta no está tipificada en la ley, es penalmente irrelevante y no hay para que preocuparse de ella. Sin embargo hay dos situaciones posibles que merecen ser esclarecidas, ya que podrían originar alguna duda o conflicto.

a) Una conducta parece cumplir con todos los elementos de la tipicidad. Sin embargo falta alguno de ellos, que en un primer momento se creía que estaba presente. Casos de estos podrían darse cuando las referencias al sujeto activo o pasivo, o a los medios, a los elementos subjetivos o normativos, o a cualquier otro son, precisamente, el motivo de discusión dentro del proceso penal.

Veamos algunos ejemplos: ¿Está o no una persona comprendida dentro de la calidad de funcionario o empleado público que algunos delitos preceptúan? ¿Se habían cumplido o no las formalidades que exige la ley para introducirse en el domicilio de un habitante sin su consentimiento? ¿Es o no ajena la cosa sustraída? ¿Fue o no a sabiendas que el testigo faltó a la verdad en su declaración? Las respuestas que se den a estas preguntas determinarán que los actos sean típicos o atípicos y que, por lo tanto, no serían delitos.

También pueden considerarse como casos de atipicidad aquellos en que existe el

consentimiento válidamente expresado de la presunta víctima, como ocurre en la violación o el allanamiento de domicilio.

Finalmente hay que señalar que, de acuerdo a los postulados de las teorías funcionalistas, no habría tipicidad cuando se excluye la imputación objetiva, en los casos que se señaló al estudiar la relación de causalidad. Y, como se indicó en el punto precedente, tampoco habría acto típico si no se prueba la existencia de dolo o, cuando corresponda, de culpa.

b) Una conducta presenta evidentes características de antijuridicidad, pero la ley no la ha descrito entre las conductas penalmente sancionadas. Como se ha dicho, la tipicidad no es sinónimo de antijuridicidad, ni la antijuridicidad de tipicidad. No se olvide que hay conductas antijurídicas en todas las ramas del Derecho, pero al Derecho Penal le interesan sólo aquellas que sean además típicas, es decir previstas como tales por la ley penal.

En tales casos, la única alternativa posible es que el legislador introduzca en el Código los correspondientes tipos, si realmente considera que se trata de conductas que lesionan gravemente determinados bienes jurídicos y frente a las cuales no basta la sanción civil o administrativa. El incumplimiento de un contrato, por ejemplo, o una infracción administrativa, plantean una situación de antijuridicidad, que traerá determinadas consecuencias y sanciones legales; pero si ese incumplimiento o esa infracción no están descritos en la ley penal como delito, no pueden ser considerados como tales, ni siquiera por analogía, principio inaceptable en el ámbito penal.

Capítulo VIII
LA ANTIJURIDICIDAD

1.- Concepto de antijuridicidad.- Causas de justificación

Como se ha indicado previamente, la antijuridicidad (o antijuricidad como la llaman algunos autores) es un concepto común a las distintas ramas del Derecho. Una conducta o un acto antijurídico será, exactamente, una conducta o acto **contrario al orden jurídico**. Es, por supuesto, un concepto que también se encuentra en el Derecho Penal y ya hemos dicho que es uno de los caracteres del delito, sin el cual el acto realizado no puede ser considerado delictivo. Así, pues, lo antijurídico-penal se dará en todos aquellos casos en que la conducta humana vulnere un derecho reconocido por parte del estado y al cual se ha dado protección penal. En definitiva, cuando **se lesiona un bien jurídico**.

También se ha señalado anteriormente que tipicidad y antijuridicidad no pueden confundirse. Aunque la tipicidad es un indicio de antijuridicidad, puede darse el caso de que una conducta típica no sea antijurídica. Esto ocurre cuando se presenta una de las llamadas **causas de justificación**, es decir situaciones en que la lesión del bien jurídico se halla legitimada, justificada por el propio orden jurídico. En este caso, el acto, aunque típico, ya no será contrario al Derecho sino conforme a él. Nada más exacto entonces

que decir que se está frente a una causa de justificación, porque precisamente se ha producido dicha situación: el acto, aunque se acomode a la descripción de una conducta típica, ha quedado justificado, se ha realizado en conformidad con el orden jurídico.

Bajo esta consideración, la posición tradicional ha entendido que la justificación no solamente opera en el orden jurídico penal, sino en todo el orden jurídico. O, dicho de otro modo, en estos casos se estimaría que el sistema jurídico en general ha dejado de proteger el bien jurídico en cuestión. Sin embargo, algunos autores (Jakobs) sostienen que no en todos los casos la justificación se extiende sin más al conjunto del sistema jurídico.

La razón de ser de las causas de justificación se encuentra en el carácter valorativo del Derecho Penal. Si el delito consiste en la lesión de un bien jurídicamente protegido, la causa de justificación surge cuando ese bien jurídico entra en colisión con otro bien jurídico. En ese evento el Derecho, considerando que hay un interés preponderante que debe prevalecer, deja de proteger a uno de tales bienes en protección del otro bien jurídico.

Si se toma en cuenta la gravedad de tales situaciones (la desprotección de un bien jurídico), se entenderá claramente que estas situaciones son excepcionales y se producen fundamental y únicamente cuando el orden jurídico autoriza y aun ordena realizar determinadas conductas que lesionan ciertos intereses. La consecuencia es obvia: si el propio ordenamiento jurídico autoriza u ordena tales conductas no puede, al mismo tiempo, sancionarlas. Por ejemplo, si el orden jurídico reconoce el derecho de una persona a defenderse de una agresión, causando inclusive la muerte del agresor, esto significa que el matar a otro, aunque sea un acto típico, es en este caso un acto legítimo, conforme a Derecho. O si la ley ordena que bajo ciertos presupuestos se allane el domicilio de un habitante para detener a una persona, ni el juez que ordenó el allanamiento, ni el policía que lo realizó, cometen delito alguno. Al contrario, están procediendo conforme a Derecho.

Las causas de justificación han sido estudiadas ampliamente por la doctrina y son conocidas desde épocas muy antiguas. Tradicionalmente son consideradas como tales: la **legítima defensa**, el **estado de necesidad**, el **mandato de la ley** y la **orden de autoridad u obediencia debida**. Además suele agregarse, aunque con limitaciones y debates, el **consentimiento del titular del derecho lesionado**.

2.- La legítima defensa

Esta es la más antigua y conocida de las causas de justificación. Vamos a examinarla, tanto doctrinariamente como en relación a las disposiciones concretas de la legislación ecuatoriana.

Concepto

Podríamos partir para este análisis de un concepto inicial de legítima defensa: rechazo de una **agresión** actual, ilegítima y no provocada, mediante un acto de **defensa**, que causa un daño al agresor. Esto quiere decir que, básicamente, esta situación se produce

en aquellas situaciones de hecho caracterizadas por un doble proceso: una agresión y una defensa.

Fundamento

Aunque la doctrina penal permanentemente le ha dado a la legítima defensa la categoría de una causa de justificación, no siempre ha habido acuerdo entre los diversos autores sobre el fundamento de la misma.

Para la escuela clásica, la legitimidad de la defensa ante una agresión se fundamentaba en la imposibilidad ocasional de que el estado acuda a proteger, como es su obligación, el bien jurídico atacado. En tal situación, se decía, el particular agredido reemplaza subsidiariamente al estado, por lo cual su propia defensa se vuelve legítima.

Posiciones más modernas no establecen, al menos exclusivamente, el fundamento de la legítima defensa en esta actuación subsidiaria, cuando el estado está en imposibilidad de proteger a un particular agredido. Más bien se arguye que se trata también de un caso de colisión inevitable de derechos: el del agredido y el del agresor. En tal situación, prevalece el derecho del agredido frente al del agresor, que se ha colocado voluntariamente en una posición injusta, ilegítima, mientras el agredido está en una posición inocente. Podría decirse que el agresor, precisamente por ser tal, ha quedado desprotegido por el Derecho frente a los actos de defensa que ejecuta el agredido.

Requisitos

Tratándose de una situación en que un acto típico, en vez de ser considerado antijurídico, se torna plenamente jurídico, es indispensable extremar las exigencias legales para su comprobación. Por esto la doctrina y la legislación se han pronunciado con gran severidad y detalle sobre los requisitos que debe reunir la legítima defensa para ser tal. Nuestro Código sigue en esto la tradición más común, italiana y española, de exigir tres requisitos para que pueda darse esta causa de justificación. Así lo establece expresamente el Art. 19, cuando señala que para que haya legítima defensa debe haber:

a) Agresión actual e ilegítima;
b) Necesidad racional de los medios empleados para repeler dicha agresión;
c) Falta de provocación suficiente de parte del que se defiende.

a) Agresión actual e ilegítima

El primer requisito de esta causa de justificación es, también, el punto de partida indispensable de la misma. Primeramente debe haber una agresión. Si no hay agresión, no cabe pensar siquiera en la posibilidad de una defensa, ni legítima ni ilegítima. Pero la agresión ha sido entendida de diversas maneras. El criterio más antiguo consideraba que debía consistir necesariamente en un acto de violencia física, dirigido contra una persona y capaz de atentar contra su vida o su integridad física. En este punto se ha producido una significativa evolución doctrinaria, pues ahora se tiende a ampliar el significado de agresión, para englobar cualquier ataque (que puede ser una acción y hasta una omisión) que pone en peligro un bien jurídico protegido además de los ya

señalados, la libertad, la propiedad, inclusive derechos morales como el honor. Esta variante tiene consecuencias realmente importantes, especialmente cuando se trata de determinar la extensión de la legítima defensa.

En todo caso, la agresión debe tener ciertas características, para que pueda dar lugar a una situación de legítima defensa:

Debe ser real

Parecería innecesario el anotarlo, pero de todas maneras no está por demás el recalcar que debe existir una agresión verdadera y no una apariencia de agresión. En la práctica pueden ocurrir casos en que una persona "cree" ser agredida y, bajo ese supuesto, se "defiende"; pero en tales situaciones no se puede hablar ya de legítima defensa y evidentemente toda la fundamentación que tiene esta causa de justificación ya no es aplicable. La doctrina, para tales situaciones, habla de una **defensa putativa**, que se estudiará más adelante, pero que ya no constituye un problema de antijuridicidad sino de culpabilidad

Debe ser actual

Es decir, debe haber una unidad de acto, una continuidad entre la agresión y la defensa. Esto significa que no puede darse esta causa de justificación cuando la agresión ha pasado ya (pues entonces ya no habría defensa de ningún bien jurídico, sino venganza privada), ni tampoco cuando se presume una agresión más o menos futura (pues sería anticiparse ante una eventual agresión que tal vez no llegue a producirse).

Algunos códigos suelen agregar a la palabra "actual" la palabra "inminente", para referirse con mayor precisión a esta exigencia de continuidad: la agresión ha comenzado ya o está a punto de comenzar y entonces se produce la reacción defensiva. El Código ecuatoriano no utiliza este segundo término, pero la doctrina considera que no hace falta, pues de todos modos la inminencia quedaría comprendida dentro del término **actual**. De lo contrario la defensa se tornaría en muchos casos imposible ante la violencia y rapidez de ciertas agresiones (con armas de fuego, por ejemplo). Así lo sostiene expresamente Pérez Borja, con referencia a la legislación ecuatoriana.

Debe ser ilegítima

Es decir que el agredido no esté jurídicamente obligado a soportarla. Cabe ciertamente la posibilidad de actos (que objetivamente podrían considerarse agresiones), pero que se hacen por mandato de la ley o en el ejercicio de ciertos derechos. El caso más característico se produce en los actos de fuerza o vías de hecho que están autorizados a emplear, con las limitaciones del caso, los miembros de la fuerza pública. En tal situación, el que responda a estos actos no podría alegar legítima defensa. De todos modos hay que anotar que no necesariamente todos los actos de la autoridad o de la fuerza pública son siempre legítimos; pueden no serlo y en tal caso sí cabría una legítima defensa contra tales actos.

De esto se deduce así mismo que no puede haber legítima defensa frente a una causa de justificación, ya que resulta inadmisible un acto legítimo contra otro acto legítimo

(legítima defensa, estado de necesidad, etc.)

Parece claro, por otra parte, que aunque la agresión deba ser ilegítima no hace falta que tenga un carácter delictivo. Puede haber agresiones ilegítimas pero no delictivas, por ejemplo por provenir de personas inimputables (un menor de edad, un alienado mental), frente a las cuales sí se puede alegar esta causa de justificación.

b) Necesidad racional del medio empleado en la defensa

El segundo requisito se refiere a las condiciones que debe reunir la defensa para que la manera, a través de la cual se manifiesta (los medios empleados, según dice el Art. 19), quede comprendida dentro de la causa de justificación. Así, en este segundo requisito deben analizarse los siguientes aspectos:

Debe haber ánimo de defensa

Esta exigencia suele señalarse doctrinariamente, para evitar que queden amparadas bajo esta causa de justificación situaciones de "pretexto de legítima defensa", en que se ha buscado intencionalmente la agresión o se han manipulado los hechos para poder reaccionar violentamente, con fines que en el fondo son vindicativos y no defensivos. El Código ecuatoriano no establece expresamente esta condición, aunque podría argumentarse que está implícitamente comprendida en el Art. 19, cuando éste dice: "No comete infracción de ninguna clase el que obra **en defensa** ..."

Debe ser necesaria

Esta es, sin duda, la característica fundamental de la defensa y constituye su elemento moderador, por lo que hace falta establecerla con mucha precisión, tanto en la teoría como en la práctica jurisprudencial. Tradicionalmente se había considerado que la necesidad de la defensa tenía que ser analizada bajo el punto de vista de la proporcionalidad o equivalencia de los medios empleados por el que se defiende, frente a los medios empleados por el agresor, casi como si se tratara de una proporción matemática. Modernamente se piensa que el análisis debe ser más complejo y tomar en cuenta una serie de factores que servirán para graduar adecuadamente lo que hizo el agredido en su acto defensivo. Estos serían los aspectos más importantes:

1) La naturaleza del bien atacado: esto será lo primero, pues la necesidad de defender un bien jurídico fundamental, como la vida, no puede considerarse de la misma manera que la de defender otros bienes jurídicos, como la propiedad o la intimidad del domicilio. De todas maneras cabe señalar que aunque el bien jurídico agredido sea de menor importancia, se justifica la defensa dentro de los límites de la necesidad, pues se ha dicho que "el derecho no debe ceder ante lo injusto".

2) La naturaleza de la agresión: será necesario apreciar quién agredió y cómo se efectuó la agresión: si fueron una o varias personas, qué clase de personas, con armas o sin armas, con qué clase de armas; la hora, el lugar, la ocasión del ataque y todas las demás circunstancias que aumenten o disminuyan la gravedad de la agresión.

3) Las posibilidades de salvar el bien atacado: En este aspecto debe tomarse en

cuenta la situación que vivió el agredido y las alternativas que pudo utilizar para defenderse. Hay quienes opinan que si el agredido tuviera a mano posibilidades expeditas que no lesionen al agresor, la necesidad de la defensa sería muy discutible. Así, por ejemplo, se ha debatido respecto a la posibilidad que tuvo el agredido de huir del agresor o esconderse en vez de enfrentarlo. Sin embargo, la doctrina mayoritariamente se inclina a sostener que el agredido no tiene tal obligación, criterio que ha sido recogido en una importante sentencia de la Corte Suprema (Gaceta Judicial Serie XI, No. 11), pues se estima que el ejercicio del derecho de defenderse no puede estar supeditado a eventos de dudoso resultado, como el huir o el esconderse.

La necesidad debe ser racional

La palabra **racional**, que emplea la ley para calificar la necesidad, debe ser entendida como un elemento de moderación en la apreciación de la defensa. La necesidad no puede ser juzgada en forma absoluta, sino dentro del caso concreto. Hay que apreciar la situación del agredido que debe tomar una decisión inmediata, que no es otra que aquella que razonablemente el sentido común aconseja. Este aspecto, decisivo en el análisis práctico de la institución, tendrá que ser considerado por el juez dentro de estos parámetros (Ver, en este punto, la sentencia de la Corte Suprema, reproducida en la Gaceta Judicial Serie XIII, No. 4).

c) Falta de provocación suficiente por parte de quien repele la agresión

Este tercer requisito no suele constar en todas las legislaciones. La nuestra, siguiendo la tradición más común, sí lo hace. **Provocar** significa ejecutar un acto de tal naturaleza que produzca en otra persona el ánimo de agredir a quien lo ejecuta. **Suficiente** debe entenderse como un acto de cierta significación, capaz de explicar la reacción, dentro del modo normal de reaccionar de los seres humanos; y también del modo particular de reaccionar que el provocado tiene, si el provocador conoce tal circunstancia. Esto trae como consecuencia que la suficiencia de la provocación tenga que ser apreciada por el juez en cada caso, en relación a las personas, a su vinculación, a su educación y cultura, al medio en que se desenvuelven, etc.

Además hay que advertir que la provocación no tiene necesariamente que haberse producido inmediatamente antes de la agresión. En este caso, la ley no exige ninguna continuidad temporal; podría por lo tanto haber ocurrido con poca y aun con mucha anterioridad.

Con este requisito la ley quiere reforzar el ánimo de defensa, evitando el caso de que alguien provoque la agresión de otro, para luego reaccionar impunemente, es decir los casos de “pretexto de legítima defensa”. La posición justa, inocente, del agredido exige que no haya sido primero un provocador, a menos que esta provocación sea insignificante, de muy poca entidad. Por ello el provocador no podrá alegar esta causa de justificación y su conducta seguirá siendo antijurídica.

En ciertos casos hasta podría producirse la curiosa situación de que tanto el provocador-agredido como el provocado-agresor tengan ambos responsabilidad penal. El uno por ser provocador y perder por ello la posibilidad de alegar legítima defensa; el otro porque tampoco la provocación justifica la actuación del agresor. Ni para el uno ni para el otro existirá legítima defensa.

3.- Extensión de la legítima defensa

Se señaló previamente que la extensión o alcance de la legítima defensa ha ido variando con el avance de la doctrina. En un primer momento se pensó que sólo cabía la legítima defensa de la vida o de la integridad física de la propia persona o de personas íntimamente vinculadas con el defensor. Poco a poco, sin embargo, la doctrina y las legislaciones han ido ampliando este criterio y hoy se piensa que la legítima defensa es posible para precautelar cualquier bien o derecho, de uno mismo o de un tercero cualquiera, siempre y cuando se cumplan los requisitos que quedan señalados.

Una fórmula que recoge adecuadamente estos criterios es la del Código español (Art. 20.4), que dice: "El que obra en defensa de la persona o derechos propios o ajenos..."; o la del nuevo Código colombiano que más sintéticamente afirma (Art. 32.6): quien obra por " ... la necesidad de defender un derecho propio o ajeno ...", agregando en ambos casos los correspondientes requisitos doctrinarios.

En cambio, el Código ecuatoriano utiliza en esta materia un sistema casuístico bastante discutible. Dedica a la legítima defensa propia el Art. 19, a la legítima defensa de terceros el Art. 21, y los Arts. 20, 22 y 23 a otros casos y situaciones, algunas de las cuales merecen serios reparos. Veamos, uno por uno, los distintos artículos:

Artículo 19

Este artículo es el primero que trata de la legítima defensa y el que incluye los requisitos generales de esta causa de justificación. Se refiere, en su aspecto específico, a la defensa de la propia persona; pero la duda que aquí se plantea consiste en determinar si la norma legal limita exclusivamente la legítima defensa a la vida e integridad física, o si la amplía a otros derechos de la persona, inclusive de carácter inmaterial. El texto de la ley parece inclinarse por la interpretación restrictiva; en cambio Pérez Borja y otros comentaristas son partidarios de interpretación extensa, y así lo ha dicho la Corte Suprema en alguna sentencia (Gaceta Judicial Serie XIII, No. 12). En todo caso el asunto queda en un plano controversial, pues si el legislador hubiera querido extender la defensa así debió expresarlo. El texto del Código, " ... el que obra en defensa necesaria de su persona ..." peca, en este sentido, por incompleto.

Artículo 21

Este artículo establece la legítima defensa de terceras personas y no solamente de personas vinculadas, con la misma limitación que ya señalamos en el Art. 19: ¿sólo la persona físicamente considerada o todos sus derechos? Pero al referirse a los requisitos introduce una novedad. Expresamente exige la concurrencia de los dos primeros, pero respecto al tercero, dice que de haber precedido provocación, bastará para que haya legítima defensa, que aquel que defiende no haya tomado parte en la provocación. Este criterio se explica por cuanto el tercero que interviene no ha invalidado su intervención con su conducta previa de provocación.

Artículo 20

En este artículo consta la llamada **presunción de legítima defensa**, vieja institución que los códigos modernos están eliminando, pero que se encuentra todavía en el nuestro y con amplitud realmente inusitada. En efecto, la presunción que se establece en este artículo consiste en que "se entenderán que concurren" las circunstancias constitutivas de la legítima defensa en los tres casos que enumera el artículo:

a) defendiéndose contra los autores de robo o saqueo ejecutados con violencia: caso en el cual se trata realmente de un acto defensivo;

b) atacando a un incendiario o al que roba o hurta en un incendio, cuando son sorprendidos in fraganti: situación que en algunos casos podría no ser de defensa sino vindicativa o de justicia por propia mano;

c) rechazando, de noche, el escalamiento o fractura que se haga en una casa o departamento habitado o en sus dependencias: situación que también puede ser entendida como defensa, aunque tampoco resulta convincente el porqué la situación solamente podría producirse de noche.

En todo caso el problema principal de este artículo radica en el alcance de la presunción, pues producidos los casos enumerados ya no haría falta probar uno por uno los requisitos generales de la legítima defensa para justificar el acto realizado; lo cual tiene indudable gravedad, en especial con relación al segundo de ellos: la necesidad racional de los medios empleados en la defensa. De alguna manera cabe concluir que este artículo autoriza a proceder "defensivamente" con cualquier medio, sin límite alguno, con el riesgo de que se puedan producir situaciones de abuso de la norma, más allá de los límites fundamentales de la institución.

Solamente en el tercer caso, el Código admite la posibilidad de que la presunción pueda quedar desvirtuada, si constare que el *"autor del hecho (el rechazo) no pudo creer en un atentado contra las personas, ya se atienda al propósito directo del individuo que escalaba o fracturaba, ya a las resistencias que deberían encontrar las intenciones de éste".*

Artículo 22

La reforma reciente de este artículo ha modificado sustancialmente su redacción y ha eliminado una de las situaciones más discutibles que se mantenía en el Código, a la que de todas maneras nos referiremos complementariamente.

El actual texto del artículo es el siguiente: *"Tampoco hay infracción alguna cuando una persona mata o causa lesiones a otra en el momento de ser víctima de un delito de abuso sexual o violación"*. Se trata, en definitiva, de la defensa la libertad sexual que, sin duda, es un derecho que puede ser defendido legítimamente.

Hay que entender, por coherencia de las instituciones penales, que la defensa debe

ceñirse a los requisitos del Art.19. Por cierto que se plantean algunas cuestiones complejas en cuanto a la aplicación de tales requisitos: ¿cómo debe apreciarse la necesidad racional del medio empleado para la defensa, que puede causar hasta la muerte del agresor? Si se trata de defenderse de una violación, la necesidad puede llegar a ese extremo; pero, tratándose solamente de un abuso sexual, ¿hasta dónde podría llegar la defensa del agredido? También reviste complejidad el análisis de la posible alegación del agresor que sostiene que la persona, que dice haber sido agredida, provocó tal agresión.

En cuanto al antiguo texto del artículo, hay que indicar que tenía dos partes. En la primera se recogía uno de los casos más discutidos en las legislaciones penales: la llamada **legítima defensa del honor conyugal**, que se expresaba en la ley de la siguiente forma: *"No hay infracción cuando uno de los cónyuges mata, hiere o golpea al otro, o al correo sorprendidos en flagrante adulterio".* Las objeciones que merecía esta norma se referían básicamente a los siguientes puntos:

a) El concepto arcaico de honor, que está contenido implícitamente en la norma, y que hace depender el mantenimiento del honor del cónyuge (en especial del marido), de los actos vindicativos (inclusive la muerte) que éste puede realizar en contra de quienes lo han agraviado. Las sociedades modernas y el Derecho no aceptan este concepto como válido para regular instituciones jurídicas de naturaleza tan delicada como son las de carácter penal y, menos, una posible causa de justificación.

b) Aun en el caso de aceptarse la validez del concepto de honor, implícito en la norma, habría que preguntarse si este supuesto bien jurídico puede tener tanta importancia, que por mantenerlo se justifica el llegar a sacrificar la vida de personas. Si entendemos el caso como legítima defensa y, por tanto, como causa de justificación, la legitimación del acto se debería necesariamente a la opción que el sistema jurídico ha hecho de proteger un bien jurídico sacrificando a otro. Por agravio que pudiera haber ¿podrá legitimarse el sacrificio de la vida para salvar el honor?

c) Por otra parte, el acto del cónyuge ofendido ya no podría significar en realidad la defensa de ningún bien jurídico o derecho, pues producido el adulterio, la agresión ya ha sido consumada y por lo tanto el acto del cónyuge debería entenderse como un acto vindicativo o como una especie de sanción impuesta por propia mano.

Por estas razones los códigos modernos han suprimido el caso, o cuando más lo han conservado como una situación de perturbación mental transitoria, que debería ser comprobada, producida por el descubrimiento repentino que hace una persona del adulterio de su cónyuge. Es decir mantener la antijuridicidad de la conducta y examinar tan solo la posibilidad de una atenuación y en casos extremos de una exclusión de la culpabilidad.

La segunda parte del Art. 22 se refería a la **defensa del pudor,** que podía considerarse como un bien protegido jurídicamente, en consonancia con la libertad sexual (ver la sentencia publicada en la Gaceta Judicial, Serie XII, No. 11). Pero la norma concreta del Código tenía algunas limitaciones injustificadas (se admitía la defensa sólo por parte de la mujer y sólo en caso de amenazas graves), que con el actual texto han quedado superadas.

Artículo 23

Este artículo regula la legítima defensa de la propiedad, cuando no está atacada simultáneamente la persona (pues entonces serían aplicables los Arts. 19 y 20), es decir en casos de hurto o de robo con fuerza en las cosas. En esta situación la acción defensiva solamente puede consistir en "golpes que se den sin causar heridas o lesiones graves". Sin embargo, hay que advertir que el Código no aclara en ninguna parte lo que debe entenderse por heridas o lesiones graves.

Pero además el Código considera que hay legitimidad, no solamente cuando se sorprende in fraganti a los autores de hurto o robo, sino también cuando se los encuentra a posteriori con las cosas hurtadas o robadas, lo cual, en rigor, estaría sobrepasando los límites temporales de la defensa y hasta podría afectarse a terceros inocentes que nada tengan que ver con el delito cometido.

4.- Exceso en la legítima defensa.- Otras situaciones

Los códigos suelen referirse a esta situación como conexa con la legítima defensa. Sin embargo, en el orden jurídico-penal es de una naturaleza distinta. Efectivamente: la legítima defensa es una causa de justificación que elimina la antijuridicidad de un acto típico; el exceso, en cambio, no justifica la conducta ni la vuelve jurídica. Subsiste la antijuridicidad y lo que puede haber es una atenuación y hasta una exención de la culpabilidad, según el tratamiento que los diversos códigos le den al asunto. En esa línea, el Código ecuatoriano considera que el exceso es una situación antijurídica y culpable y solamente la considera como una circunstancia de atenuación, según veremos de inmediato. Aunque, por estas razones, su análisis debería hacerse en el capítulo de la culpabilidad, lo incluimos aquí para tratarlo en forma conjunta con la legítima defensa.

¿Cuándo hay exceso? La doctrina considera que lo hay, básicamente, cuando la persona, que se defiende de una agresión, **ha sobrepasado la necesidad de la defensa** y ha causado por tanto una lesión, que no queda cubierta con la causa de justificación. Es decir, para hablar de exceso, será siempre indispensable que haya una agresión ilegítima y que se haya producido una defensa, pero que ésta no se encuadre en el marco de la necesidad racional de la que habla la ley.

En cuanto a la posible existencia de exceso cuando no concurre el tercer requisito o, lo que es lo mismo, cuando ha habido provocación, la doctrina no es unánime. Algunos autores piensan que en estos casos no habría legítima defensa ni tampoco exceso, aunque otros autores se inclinan a sostener que sí podría entenderse que éste es un caso de exceso.

La doctrina plantea aún muchos interrogantes sobre esta materia, especialmente en lo que se refiere a su sanción. En este sentido, suele formularse la siguiente pregunta: ¿por qué se excedió el que se defiende? La respuesta será, generalmente, porque actuó bajo la presión de factores psicológicos muy especiales (ira, temor u otro similar) que le llevaron a sobrepasar la necesidad de su actuación defensiva; pero en ningún caso se trata de una situación en la cual haya tenido la responsabilidad inicial. Por lo tanto, se

sostiene que la ley debe tomar muy en cuenta tales hechos, para determinar la responsabilidad del agredido que se excedió. La posición doctrinaria que admite la sanción del exceso parte de la consideración de que una persona, aun en el caso de haber sido agredida, tiene la obligación jurídica de autocontrolarse en sus reacciones.

En cuanto al Código ecuatoriano, éste se limita a decir, en el segundo inciso del Art. 25, que el exceso de legítima defensa es una circunstancia de excusa; lo cual significa en el lenguaje del Código una atenuante de gran importancia, que reduce grandemente la pena, pero en todo caso, como ya se indicó, lo considera no sólo como un acto típico y antijurídico sino también culpable y sometido a una sanción penal. (Ver sentencia Gaceta Judicial, Serie XI, No. 14).

Circunstancias de excusa

En el inciso primero del Art. 25 y en el Art. 26, se resuelven de la misma manera, o sea considerándolos circunstancias de excusa, otros casos cuya verdadera naturaleza y mantenimiento en la legislación resultan muy discutibles.

- Art. 25, primer inciso (excusa de provocación): cuando el acto ha sido realizado como reacción a golpes, heridas u ofensas graves de obra o ataques a la honra; siempre y cuando quede excluida una situación de legítima defensa. En realidad no se trata sino de una referencia innecesaria a una forma de exceso en la legítima defensa;

- Art. 26: cuando el acto ha sido cometido al rechazar durante el día el escalamiento o fractura de casa habitada (situación paralela a la del Art. 20, pero en el cual el rechazo debe producirse durante la noche).

Defensa putativa

Habíamos indicado anteriormente que el requisito básico de la legítima defensa es la existencia de una agresión real. Si no hay tal, no puede en rigor haber defensa de ninguna clase. Sin embargo no son escasas las situaciones de **agresión aparente**, en que una persona cree ser atacada y reacciona, cuando en realidad no hay tal agresión. En consecuencia, los actos que produce se deben simplemente a una supuesta defensa. La doctrina llama a esta situación **defensa putativa**.

En estos casos ya no puede hablarse de una causa de justificación. Esta presupone una agresión ilegítima; al no haberla, la actitud del que aparentemente se defiende no queda justificada. Seguirá manteniéndose la antijuridicidad del acto, ya que no puede quedar legitimada la lesión del bien jurídico del supuesto agresor, pero que es en realidad una persona inocente. En este caso el análisis tendrá que hacerse subjetivamente y podrá argüirse a favor del que actuó una causa de inculpabilidad: un error de hecho esencial, que si es invencible podría significar una inculpabilidad absoluta, pero que si es vencible podría dar lugar a una responsabilidad por culpa.

Defensas predispuestas

Estamos aquí ante la situación que se produce cuando los propietarios, en defensa de sus propiedades, utilizan medios tales como impedimentos en los muros (cristales rotos, o alambradas electrificadas) o aparatos más complejos en puertas de acceso o cajas fuertes, etc. La doctrina ha debatido su legitimidad y actualmente se piensa que estos medios serán legítimos si se someten a los requisitos generales de esta causa de justificación. (En el Código ecuatoriano habría que tomar en cuenta también lo dispuesto en el Art. 20).

Fundamentalmente se exigen dos aspectos:

que no comiencen su acción protectora mientras no se haya producido la agresión, para lo cual en ciertos casos deberán ponerse los avisos correspondientes; y,

que la gravedad de las consecuencias no traspase los límites de la necesidad de la defensa.

5.- El estado de necesidad

También ésta es una causa de justificación tratada por la doctrina y establecida en las legislaciones desde épocas muy antiguas; pero, a diferencia de la legítima defensa, no siempre ha habido un pleno acuerdo sobre su verdadera naturaleza. Así mismo analizaremos el tema tanto en sus aspectos doctrinarios como en las disposiciones del Código ecuatoriano.

Concepto

Partamos de un concepto preliminar del estado de necesidad: situación de peligro para un bien jurídico que sólo puede salvarse mediante la lesión de otro bien jurídico.

Ya en este concepto inicial se advierte que, a diferencia de la legítima defensa, que se produce ante una agresión ilegítima, el estado de necesidad surge como consecuencia de **circunstancias fortuitas** que originan una situación de peligro, frente a la cual el necesitado actúa lesionando un bien ajeno.

Fundamento

Como se decía más arriba, no siempre se creyó que el estado de necesidad fuera una causa de justificación. En ocasiones se sostuvo que podría ser más bien una causa de inculpabilidad, una situación que debía examinarse desde el punto de vista subjetivo, pues el que obra en tal estado se encuentra presionado psicológicamente para actuar lesionando un bien jurídico ajeno. En algunos tratados se considera entonces que el estado de necesidad es un caso específico de fuerza irresistible. Nuestro Código parece de alguna manera adherirse a este punto de vista, pues el Art. 24, que se refiere al asunto, empieza declarando que: "**No se impondrá ninguna pena al que ...**", forma radicalmente distinta de la que utiliza el Código para la legítima defensa: "**No comete infracción de ninguna clase el que...**"

Sin embargo, la doctrina moderna, en forma mayoritaria, se ha pronunciado por considerar al estado de necesidad como una causa objetiva de justificación, lo cual significa que el necesitado obra legítimamente, es decir, tiene derecho a actuar de esa manera. Se ha encontrado el fundamento de tal criterio precisamente en la colisión de bienes jurídicos, uno de mayor valor frente al otro, lo cual conduce a legitimar **la salvaguarda del bien de mayor significación sacrificando el de menor valor**. Distinto es el caso en el cual los bienes que entran en colisión tienen el mismo valor, que ya no podría dar lugar a una causa de justificación sino, cuando más, a una exclusión de la culpabilidad, por razones subjetivas.

Requisitos

Como toda causa de justificación, la existencia del estado de necesidad se sujeta a la comprobación de determinados requisitos. Nuestro Código, en el Art. 24, básicamente recoge aquellos que la doctrina considera fundamentales, aunque deja algunos puntos sin decidir, como se señalará de inmediato:

a) Necesidad de evitar un mal o peligro

Esta exigencia inicial es el punto de partida de esta causa de justificación. El mal o peligro, cumple aquí la función que en la legítima defensa tiene la agresión: dar lugar al acto con el cual se sacrifica otro bien jurídico.

Pero este mal debe entenderse (como la agresión en la legítima defensa) en términos amplios, como un peligro que amenaza al bien jurídico de la persona (o de un tercero), que puede ser la vida, la integridad física o cualquier otro derecho. El mal debe reunir determinadas características para que exista esta causa de justificación:

- Debe ser real: pues de no serlo, se estaría en un caso de estado de necesidad putativo, que debe ser resuelto exactamente en la misma forma que la defensa putativa.

- Debe ser actual o inminente: aunque esta exigencia no está expresamente señalada en el Código, parece indispensable que, al igual que en la legítima defensa, haya una continuidad temporal entre el peligro y el acto que lo evita, de lo contrario la necesidad desaparecería.

Algunos códigos suelen agregar otras exigencias para caracterizar el mal que se trata de evitar. Se dice, por ejemplo, que **el peligro no debe haber sido provocado por el sujeto necesitado** o, al menos, no debe haber sido provocado dolosamente. Se habla también de que el sujeto **no tenga la obligación jurídica de soportar el mal**, pues tampoco cabría justificar las acciones u omisiones de personas que estaban obligadas a actuar, a pesar del peligro que podrían eventualmente correr. Nuestro Código no incluye expresamente estas condiciones que parecen necesarias, por lo cual podría discutirse si son o no exigibles según el texto del Art. 24.

b) Que el mal evitado sea mayor que el causado

Se ha dicho ya inicialmente que en este requisito se encuentra el fundamento mismo del

estado de necesidad: la desproporción entre los bienes jurídicos que entran en colisión es lo que justifica que se sacrifique uno de ellos para salvar el otro. Por eso, como ya se ha señalado, ni la doctrina ni las legislaciones aceptan como estado de necesidad justificante el caso clásico de **vida por vida** (tábula uniux cápax), en el cual la desproporción desaparece, y cuyo análisis no corresponde hacer aquí.

La desproporción puede ser fácil de establecer en ciertos casos: la vida frente a la propiedad, un objeto de gran precio frente a otro de precio insignificante. Pero no es tan sencillo cuando se trata de bienes jurídicos de distinta naturaleza, de carácter inmaterial o de orden social o público.

Tal vez por esta razón, el Art. 24 determina que el mal causado sólo puede consistir en **daños en la propiedad ajena**, con lo cual queda excluido de la justificación cualquier otro tipo de daño, especialmente los de carácter personal. Así, por ejemplo, puede haber estado de necesidad en una sustracción de alimentos para salvar una vida; pero no lo habría en una pequeña lesión causada también para salvar una vida. Esta limitación es de todas maneras inconveniente, pues elimina situaciones que bien merecen ser consideradas como verdaderas causas de justificación, aunque sean en ocasiones de difícil apreciación.

c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial

La ley expresamente hace constar el requisito de que el necesitado no tenga a su alcance otro medio para salvar el bien amenazado. Agrega, eso sí, que ese medio debe ser, a la vez, practicable y menos perjudicial y, si existe, hay la obligación jurídica de escoger ese medio. Naturalmente esto debe ser apreciado por el propio necesitado de **una manera razonable**.

El hurto famélico

La doctrina ha tratado por extenso este caso específico: la situación de hambre que padece una persona y que pone en peligro su vida o su salud y que justificaría, como estado de necesidad, la sustracción de alimentos para salvarse.

Teóricamente el problema es muy claro: si se reúnen los requisitos del estado de necesidad, habría una evidente causa de justificación; pero, en la práctica, pueden surgir objeciones respecto a la comprobación de ciertas características de los requisitos exigidos legalmente. Tales serían, por ejemplo, las relativas a la actualidad o inminencia del peligro, a la practicabilidad de otros medios y a la no provocación del peligro por el propio necesitado. En todo caso, la situación debe ser examinada también desde el punto de vista del necesitado, con lo cual parece claro que en muchos casos sí podría comprobarse la existencia de una causa de justificación.

Por otra parte habrá que tener en cuenta adicionalmente lo dispuesto en el Art. 29 numeral 11, en conformidad con el cual el hurto famélico parecería quedar calificado solamente como una simple circunstancia atenuante.

El aborto terapéutico

El Art. 447 del Código establece la no punibilidad del aborto que se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la madre, y siempre que este peligro no haya podido ser evitado por otros medios. Esta redacción ha dado lugar a interpretar el caso como una situación de estado de necesidad, establecida como tal por el Código.

Aparte de la discusión de fondo sobre la no punibilidad de este aborto, para considerar este caso como un estado de necesidad, habría que concluir que el legislador considera como un bien jurídico de menor valía la vida del feto frente a la vida de la mujer, lo cual se confirmaría en el hecho de que la ley sanciona más severamente el homicidio que el aborto. Así mismo habría que advertir que, en este caso, la ley haría una excepción a la disposición general del Art. 24 de que el daño causado sólo puede recaer en la propiedad ajena.

Por supuesto que alternativamente podría interpretarse el aborto terapéutico como una situación de inexigibilidad o una simple exclusión de penalidad, conforme se examinará más adelante.

En cambio, el otro aborto no punible que establece el mismo Art. 447, el llamado aborto eugenésico, ni siquiera forzando los conceptos podría ser estimado como otra aplicación particular del estado de necesidad, pues no sería posible determinar cuál sería el bien jurídico de mayor valor, para cuya protección se sacrifica la vida del ser que está por nacer.

Otros casos

Además del hurto famélico y del aborto terapéutico, con su especial problemática, el Código Penal prevé otras situaciones concretas, que también podrían encuadrarse en el estado de necesidad. Así, por ejemplo, los Arts. 413 y 414 justifican por estado de necesidad la muerte de animales; o el Art. 201, la revelación de secretos profesionales por la misma razón. La Ley de Defensa contra Incendios (Art. 27) exime de responsabilidad al conductor de un vehículo de un cuerpo de bomberos que causare un accidente de tránsito al concurrir a prestar auxilio.

Algunos autores estiman que las intervenciones quirúrgicas, amputaciones u otros tratamientos realizados por razones médicas, inclusive el trasplante de órganos donados por una persona viva, y que implican el realizar actos que técnicamente podrían ser calificados como heridas o lesiones, quedan justificados por responder a un estado de necesidad. Por ejemplo, se realiza la amputación de un miembro gangrenado para salvar la vida del paciente.

La responsabilidad civil

El estado de necesidad plantea un problema singular acerca de la posible responsabilidad civil frente al dueño de la cosa ajena, que ha sufrido un perjuicio patrimonial por el acto realizado por el necesitado. Y a diferencia de la legítima defensa, quien sufre el daño no ha tenido culpa alguna en la producción del peligro que motivó el acto necesario.

Algunos códigos establecen en forma expresa la obligación de indemnizar. Así lo hace el Código español colocando la responsabilidad civil a cargo de las personas en cuyo favor se ha precavido el mal, en proporción del beneficio recibido. En cambio, el Código ecuatoriano nada dice al respecto y la solución a este punto tiene que encontrarse en los principios generales del Derecho.

En este sentido habría que establecer, primeramente, que no podría el afectado reclamar indemnizaciones civiles por la existencia de un delito, pues no lo hay, y precisamente porque ha existido un estado de necesidad. Tampoco habría derecho a indemnizaciones por delito o cuasi delito civil, pues tampoco los hay. Pero en el caso de que alguien haya obtenido un beneficio individual, gracias a la conducta realizada dentro del estado de necesidad, esa persona sí debería pagar indemnizaciones por el monto del beneficio recibido, pues por equidad nadie puede beneficiarse a costa de otro. Pero si el beneficio es más bien de carácter general y no individual, nadie en particular estaría obligado a indemnizar y habría que entender o que el estado tenga que asumir la obligación de indemnizar o, en último término, que el propietario deba sufrir el daño.

6.- El mandato de la ley

Concepto y fundamento

Esta es otra de las situaciones tradicionalmente aceptadas como causa de justificación; y aquí la razón es evidente: si un acto está ordenado o permitido por la ley, no puede al mismo tiempo estar sancionado por ella.

En el fondo, el asunto es también un caso de colisión de intereses, que se resuelve a favor de uno de ellos por expresa disposición legal. Así, la ley garantiza la libertad individual, a tal punto que nadie puede ser privado de ella, so pena de delito. Pero, en un momento dado, esa garantía puede convertirse en un obstáculo para el cumplimiento de otros fines, que el propio estado persigue: entonces la ley autoriza la privación de la libertad e inclusive en ciertos casos (delitos flagrantes) sin las formalidades legales que son ordinariamente indispensables. Resulta entonces evidente que en tales circunstancias el acto, aun cuando fuere típico, no será antijurídico y por lo tanto no habrá delito ni sanción.

Nuestro Código, en el Art. 18, dispone que no hay infracción cuando **el acto está ordenado por la ley**. Sin embargo esta expresión resulta limitada, pues hay casos en que, si bien la ley no ordena en forma expresa, en cambio sí **autoriza** realizar actos típicos, con lo cual la conducta también quedaría justificada. Más aceptable nos parece la fórmula del Código español: *"El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo"*, redacción con la cual quedarían cubiertas todas las posibles situaciones.

Casos

Precisamente para atender todas las alternativas comprendidas en el llamado mandato

de la ley, la doctrina distingue algunos casos:

Que la ley ordene directa y expresamente la realización del acto: Tal sería el caso del verdugo en aquellos países en que hay pena de muerte; o el de quien registra la correspondencia o ejecuta una detención o allanamiento, etc., cuando la ley ordena tales procedimientos.

Que la ley imponga un deber de tal naturaleza, que no pueda ser cumplido sino a través de actos típicos: ejemplo muy claro de este caso son las llamadas "vías de hecho", que la policía está obligada a adoptar para poder cumplir sus deberes en cuanto al orden y seguridad públicos. Se trata ciertamente de casos en los cuales se pueden producir excesos que dejarían de acomodarse dentro de la causa de justificación.

Que la ley permita la realización de actos típicos en el ejercicio de una profesión, arte u empleo: Aunque este caso no está expresamente señalado en nuestro Código, parece obvio para explicar algunas situaciones. Así, por ejemplo, las lesiones deportivas del Art. 473, las injurias del Art. 500, el deber de corrección del Art. 502 y otras más. También para algunos autores, ésta sería la mejor explicación para los actos realizados por razones médicas que, para otros, estarían dentro del estado de necesidad, según se ha dicho anteriormente.

7.- La orden de autoridad u obediencia debida

Concepto y fundamento

Para buena parte de la doctrina, la orden de la autoridad no es sino una manifestación específica de la causa anterior, es decir del mandato de la ley. Así, mientras con esta situación queda justificada la conducta de quienes se amparan en las disposiciones de la ley para realizar determinados actos, la orden de autoridad se refiere a quienes reciben órdenes emanadas en conformidad con la ley y, en cumplimiento de esas órdenes, lesionan un determinado bien. De todas maneras, el Art. 18 del Código se refiere expresamente a las dos situaciones y, luego de declarar que no hay infracción cuando el acto está ordenado por la ley, agrega que tampoco lo será **cuando el acto está determinado por resolución definitiva de la autoridad competente**.

El asunto no presenta dificultad alguna cuando el acto en sí mismo está respaldado por la ley, como en el ejemplo del verdugo ya citado, o en el allanamiento que efectúa un policía en cumplimiento de una providencia judicial.

Requisitos

Ahora bien, para que la orden de autoridad, en el caso que queda señalado, sea causa de justificación, deben reunirse los siguientes requisitos:

Que haya, entre el superior que ordena y el inferior que obedece, una relación jerárquica de orden público, pues ésta es la única relación que puede dar lugar a esta causa. Cualquier otra (doméstica, laboral, política, religiosa) no es suficiente para justificar una

conducta.

Que la orden esté dada dentro de las atribuciones legítimas del superior.

Que la orden sea expedida y comunicada con las formalidades legales, esto es en la forma prescrita por las leyes, los reglamentos o la costumbre establecida.

Ordenes ilegales

Pero los casos más complejos se dan precisamente fuera de la situación mencionada. Esto es, cuando la orden del superior no se da legítimamente, pues el superior no tiene atribuciones para darla. En esta situación se podrían presentar, a su vez, dos alternativas: a) que la orden sea aparentemente legal; y b) que la orden sea manifiestamente ilegal.

En la primera alternativa, si el inferior ha obedecido la orden, éste no tendría responsabilidad penal por la ilegalidad de fondo, que él no conocía, ni le tocaba tampoco ponerse a investigar. En tales casos la obligación del inferior es obedecer y toda la responsabilidad penal que pudiera haber en el caso recaerá en el superior. Podría sostenerse, en todo caso, que el inferior no tiene culpabilidad por cuanto está sujeto a un error insuperable.

En la segunda alternativa, es decir cuando el inferior aprecia la ilegitimidad de la orden, ya no puede alegar una causa de justificación a su favor, puesto que la obediencia debida no puede extenderse a casos manifiestamente ilegales. La doctrina considera en este punto que el inferior no debe obedecer y si lo hace estaría sujeto a las responsabilidades penales correspondientes.

Otras disposiciones

En relación a este problema, encontramos en el Código las disposiciones contenidas en el Art. 250. Este artículo establece, dentro de la administración pública, el delito de desobediencia del inferior que difiere la ejecución de una orden del superior. Sin embargo, en el mismo artículo se establece que el inferior podrá **representar** acerca de la orden del superior, es decir, objetarla, en varios casos:

- cuando la orden es manifiestamente contraria a la Constitución;
- cuando ha sido comunicada sin las formalidades legales;
- cuando haya un motivo para dudar de su autenticidad;
- cuando haya sido obtenida con engaño;
- cuando haya sido dada contra la ley o en perjuicio de terceros;
- cuando de la ejecución deriven males que el superior no pudo prever.

En estos casos, el inferior suspenderá la ejecución de la orden hasta que el superior resuelva acerca de la representación. Si el superior insiste, el inferior deberá obedecer so pena de delito; con la sola excepción de que se trate de una orden manifiestamente contraria a la Constitución o a las leyes. Aunque el artículo no lo dice, parece sobreentenderse que, en este último caso, si el inferior cumple la orden, podría tener eventualmente responsabilidad penal.

Tales reglas se refieren en términos generales a la administración pública, pero el Art. 214 del propio Código establece un régimen distinto. En éste se determina que cuando el inferior obedece órdenes emanadas del superior jerárquico en asuntos de su competencia, y aun cuando fueren contrarias a los derechos garantizados por la Constitución, no responderá él sino el superior, siempre que **tales órdenes no podían ser desobedecidas sin quebrantamiento de la disciplina.** Esta norma está en franca contradicción con el Art. 80 y especialmente con el Art. 159 de la Constitución, que aunque determina que la fuerza pública no es deliberante, señala que la obediencia de órdenes superiores no exime a quienes las ejecuten de responsabilidad por la violación de los derechos garantizados por la Constitución y la ley. De aceptarse la legitimidad de la citada disposición del Código, se estaría aceptando que en casos de violación de derechos constitucionales, prevalecerían el orden jerárquico y la disciplina institucional, lo cual provocaría situaciones de extremada gravedad, aun tratándose de ámbitos tan específicos como son los de la fuerza pública.

De todos modos es claro que en todo caso no habría una causa de justificación, sino más bien una especie de coacción moral irresistible que opera sobre el ánimo del inferior obligándole a actuar de una manera delictiva.

8.- Consentimiento del titular del derecho lesionado

La doctrina señala esta posible causa de justificación para los casos en que el titular de un derecho haya renunciado a la protección jurídica, con lo cual ya no habría antijuridicidad en la lesión de ese derecho.

Lo primero que habría que establecer en tales casos es la renunciabilidad del derecho en cuestión, pues no todo derecho es renunciable; y si no lo es, el eventual consentimiento no legitimaría la conducta de quien lo lesiona. El caso característico en este sentido es el homicidio: la vida no es un bien renunciable o disponible por el titular (esto se desprende de la norma que sanciona a quien auxilia o instiga a un suicida, Art. 454), por lo cual el consentimiento no justificaría el acto homicida. Por cierto que la eutanasia, tanto activa como pasiva, se encuentra hoy día en el centro del debate jurídico, aunque sin duda en él confluyen también aspectos religiosos y éticos.

Ténganse en cuenta, además, que el estado o la comunidad, en los delitos en que son sujetos pasivos, no pueden renunciar al derecho protegido. Así, pues, esta posible causa sólo podría valer en aquellos casos en que esté en juego un bien jurídico renunciable, la propiedad, por ejemplo.

En esta segunda alternativa, cabe ciertamente la hipótesis de que el consentimiento del sujeto pasivo elimine no sólo la antijuridicidad sino también la tipicidad de algunas figuras delictivas. Esto sería posible en los delitos en que se exige, expresa o tácitamente, que el sujeto activo actúe en contra del consentimiento del sujeto pasivo. Así sucede en la violación o en el allanamiento de domicilio, que necesariamente deben producirse en contra de la voluntad del titular del derecho lesionado.

Ahora bien, para que el consentimiento tenga validez serán necesarios algunos requisitos (Bacigalupo):

la capacidad del sujeto para comprender la situación en que consiente;

el consentimiento debe ser anterior a la acción y es retractable;

el consentimiento no debe provenir de un error ni haber sido obtenido mediante amenazas.

Capítulo IX
LA CULPABILIDAD

1.- El papel de la culpabilidad

Una vez que se ha comprobado que un acto es típico y antijurídico, el último elemento necesario para determinar la existencia de un delito es la culpabilidad. La responsabilidad penal del que actuó en forma típica y antijurídica dependerá que también haya actuado culpablemente. De esta manera se incorpora al análisis un elemento subjetivo que consiste, en definitiva, en el análisis, que según el Art. 32 de nuestro Código, se centra en la conciencia y voluntad que dirigen el acto del sujeto activo. Pasamos entonces de la objetividad, que predomina en los otros elementos del delito, a la subjetividad que es propia de este último elemento.

La culpabilidad es un concepto relativamente moderno. Podría inclusive afirmarse que el progreso de la doctrina penal se ha medido por la importancia cada vez mayor que se ha ido concediendo a este elemento, y que se ha concretado de una u otra manera en los códigos. En la antigüedad prevalecía la responsabilidad puramente objetiva, que se fundamentaba en la autoría material y en el daño producido. Fueron los clásicos quienes le confirieron un papel esencial en la teoría del delito; pero son las doctrinas modernas las que han acentuado aún más la trascendencia de este elemento.

Por cierto que las últimas tendencias han provocado nuevas polémicas. Una de las más frecuentes es la que contrapone la llamada **culpabilidad por el hecho** a la **culpabilidad de autor**. Según la primera, para la culpabilidad sólo se debe tomar en cuenta la actitud del autor respecto a la acción concreta que ha realizado; de acuerdo a la segunda, debe examinarse el comportamiento del autor en general, antes y después del hecho. Adoptar una u otra posición lleva sin duda a conclusiones muy diferentes, pero la doctrina actual se inclina por la primera, que proporciona mayores garantías respecto a las decisiones judiciales. La culpabilidad de autor puede llevar a imponer sanciones desproporcionadas tomando en consideración factores ajenos al acto delictivo, como la peligrosidad u otros semejantes.

No es esta la única polémica que la culpabilidad plantea. Ya hemos señalado anteriormente el enconado debate entre causalistas y finalistas sobre la ubicación del dolo y la culpa entre los elementos del delito, pues estos últimos los excluyen definitivamente del ámbito de la culpabilidad. Otros tratadistas consideran que ese es el ámbito que les corresponde, y que nos servirá en el presente estudio.

Por otro lado se trata de un asunto erizado de dificultades probatorias, pues se refiere al

fuero íntimo de la persona; pero es también un aspecto que indispensablemente debe ser analizado dentro del proceso penal, para asegurar la responsabilidad del acusado.

Teorías sobre la culpabilidad

Existen algunas tendencias en el examen de la culpabilidad. Nos referiremos esencialmente a dos: la concepción tradicional o clásica, que examina la culpabilidad exclusivamente como un problema de orden **psicológico**; y la concepción moderna, que agrega a lo anterior, en unos autores, o lo sustituye totalmente en otros, un análisis de tipo **normativo**.

A) **Concepción psicológica de la culpabilidad**

Esta es la posición clásica, en que el análisis subjetivo del individuo, cuya conducta constituye el acto típico y antijurídico, se realiza con un enfoque exclusivamente psicológico. Según esto, la culpabilidad consiste en la **atribución psicológica del acto a una persona determinada**. Hay que analizar, entonces, su personalidad a través de dos factores: su conciencia y su voluntad. Es decir, su capacidad de conocer y apreciar los hechos y su capacidad de optar por una u otra alternativa. No es suficiente, por lo tanto, que una persona sea la autora material de un hecho; hace falta también que se le pueda hacer responsable psicológicamente de ese acto.

Bajo tal concepción, el examen de la culpabilidad debe efectuarse en dos niveles:

a) **Nivel de imputabilidad**: Primero hay que establecer que la persona que realizó el acto sea capaz o no de ejecutar actos penalmente relevantes. Es decir, si puede hacérsele o no un reproche moral por su conducta, consustancial, según los clásicos, con la responsabilidad penal. En definitiva, si reúne o no los requisitos psicológicos indispensables para que pueda responder penalmente por sus actos.

b) **Nivel de vinculación concreta con el acto**: Una vez determinado que el sujeto sí es imputable, hay que comprobar si ha realizado el acto con una de las dos formas clásicas de la culpabilidad: **dolo** o **culpa**. Si se comprueba que hay esta vinculación psicológica concreta entre el sujeto y el acto, la persona será culpable y el acto será delictivo y por lo tanto punible. De lo contrario no habrá culpabilidad ni punibilidad.

B) **Concepción normativa de la culpabilidad**

Esta teoría moderna no solamente sostiene que es insuficiente el análisis psicológico de la culpabilidad, que se concreta en los dos niveles ya señalados, sino que replantea todos los problemas relativos a la culpabilidad. Esta teoría fundamenta la responsabilidad penal en consideraciones normativas, es decir en función de las normas que la persona tiene ante sí y de los motivos que le impulsaron a violar con su conducta tales normas. Considera entonces que hace falta agregar un nivel adicional de comprobación de la culpabilidad:

c) **Nivel de exigibilidad**: Demostrado que el sujeto es imputable y que ha actuado en un determinado acto con dolo o con culpa, que esta teoría sostiene que no son formas de culpabilidad, debe comprobarse algo más: **si ha obrado en circunstancias normales y**

por tanto le era exigible en el caso concreto la conducta conforme a derecho. Si la respuesta es positiva su conducta es penalmente reprochable.

Este análisis se vuelve necesario, afirman, porque el problema de la conducta delictiva tiene especiales connotaciones que distinguen el caso de cualquier otra decisión de conducta. Se trata, en definitiva, de establecer los motivos por los cuales una persona, en vez de actuar en conformidad con las normas jurídicas que le exigen determinado comportamiento, actúa más bien en contra de ellas. Entonces, se concluye que la culpabilidad no sólo es un problema de conciencia y voluntad sino también de motivación. Por supuesto que, en la mayoría de los casos, la persona está obligada a acomodar su conducta a las normas, a las exigencias del derecho; pero habrá ocasiones, absolutamente especiales, casos extremos, en que no le es exigible a la persona actuar conforme a las normas del derecho. En ese caso tampoco sería culpable.

La teoría normativa ha producido un gran debate en la doctrina penal. Algunos autores consideran que la culpabilidad debe examinarse solamente en los dos niveles previos; pues de aceptarse la exigibilidad, podría producirse una situación que juzgan extremadamente peligrosa: acudir a consideraciones supralegales para juzgar aquellos casos en que a una persona no le sería exigible acomodar su conducta a las normas vigentes.

2.- La imputabilidad

En términos generales, imputabilidad es la posibilidad de atribuir algo a alguien. En el orden jurídico penal debe entenderse como la posibilidad de atribuir a una persona la culpabilidad penal; o, si se quiere, la capacidad que tiene una persona de realizar actos por los cuales se le puede formular un reproche de carácter penal. Podríamos decir, utilizando un término de uso muy frecuente en las diferentes ramas del derecho, que es la capacidad referida al ámbito penal.

¿Pero en dónde radica el fundamento de la imputabilidad?

Según los clásicos radica en la libertad moral, en el libre albedrío. Será imputable la persona que es moralmente libre y capaz de decidirse entre el cumplimiento de la ley y su violación. Para ello deberá tener **inteligencia** y **voluntad**, suficientes para conocer y decidir, o si se quiere, capacidad para comprender el medio circundante y su propia realidad en relación con ese medio, y para decidirse en conformidad con esa comprensión. En definitiva debe ser una persona con **madurez y normalidad psicológica**. La imputabilidad penal entonces no será otra cosa que la imputabilidad moral aplicada al delito.

Nuestro Código, en el Art. 32, se muestra claramente partidario de este punto de vista. Según ahí se determina: **nadie puede ser reprimido penalmente si no hubiere cometido el acto con voluntad y conciencia**. Y que el Código participa plenamente de este criterio se confirma cuando establece a continuación aquellos casos en que una persona no es imputable.

Hay otros autores (como Von Liszt o Mezger) que, negando el libre albedrío como fundamento de la imputabilidad penal, creen que ésta consiste en la capacidad de un

individuo de conducirse socialmente, de conocer los deberes que el orden jurídico le impone y de responder a sus exigencias. Quienes carecen de los requisitos psicológicos necesarios para conducirse socialmente serán entonces personas inimputables.

Bajo uno u otro fundamento, el concepto de imputabilidad es aceptado unánimemente por la doctrina y todos los autores consideran que se trata de un primer nivel de la culpabilidad.

3.- Causas de inimputabilidad

En términos generales de Derecho la capacidad es la regla general y la incapacidad es la excepción. Así mismo en el orden penal, la regla general es que las personas son imputables y sólo por excepción no lo serán aquellas que la ley penal considera inimputables.

Las situaciones de inimputabilidad, corta edad y perturbación mental, han sido tratadas muy ampliamente y las legislaciones las han regulado desde épocas muy antiguas; aun cuando han variado las condiciones de aplicabilidad y su distinta amplitud. Por supuesto han variado también algunos presupuestos científicos relacionados con los requisitos psicológicos relacionados con este aspecto, aun cuando el presupuesto básico sigue siendo el mismo: incapacidad de la persona de comprender y de determinar su conducta.

A) Minoría de edad

La situación legal del menor que comete actos tipificados como delitos por la ley penal ha sufrido una importante evolución en los últimos cien años.

Para sólo referirnos al caso ecuatoriano, cabe recordar que hasta 1938, fecha en que se dictó el primer Código de Menores, el Código Penal matizaba el tratamiento del menor de edad de la siguiente manera:

a) Menor de 14 años: se consideraba plenamente inimputable por su insuficiente desarrollo psíquico;

b) Entre 14 y 18 años: el juez tenía que determinar si el menor obró con discernimiento o sin él, es decir si era imputable o no. En el segundo caso no se lo sancionaba; en el primero sí, atenuadamente;

c) Entre 18 y 21 años (la minoría de edad se extendía entonces hasta los 21 años): al menor se le consideraba ya imputable.

La actual legislación vigente en el Ecuador establece la inimputabilidad del menor, sea cual fuere su edad. El Código Penal de manera muy sucinta se remite (Art. 40), para el tratamiento del menor que hubiere realizado un acto típico y antijurídico, al Código de la Niñez y la Adolescencia, que sustituyó al Código de Menores. La nueva legislación de menores establece (Arts. 305 y siguientes) que los adolescentes son penalmente inimputables, que no serán juzgados por los jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes penales. Agrega que los adolescentes, por su

responsabilidad en la comisión de hechos que la ley tipifica como delitos, estarán sujetos a las medidas socio-educativas previstas por este mismo Código. Los niños y niñas no solo que también son inimputables sino que además no están sujetos a tales medidas.

El Código de la Niñez y Adolescencia establece que en el juzgamiento de los adolescentes debe hacerse con pleno respeto de las garantías del debido proceso: principio de legalidad, presunción de inocencia, derecho a ser informado, derecho a la defensa, principio de proporcionalidad, non bis in ídem, etc. Determina igualmente la forma en que debe llevarse a cabo el juzgamiento: ejercicio de la acción, sujetos procesales, etapas del juzgamiento, medidas cautelares. Y finalmente determina cuáles son las medidas socio-educativas aplicables a los adolescentes infractores: amonestación, imposición de reglas de conducta, orientación y apoyo familiar, reparación del daño, servicios a la comunidad, libertad asistida, internamiento domiciliario, internamiento de fin de semana, semilibertad e internamiento institucional. Esta última medida está reservada a casos de especial gravedad y no podrá prolongarse por más de cuatro años.

La situación penal del menor de edad ha vuelto a plantearse en muchos países con especial preocupación, debido sobre todo a la especial gravedad que ha llegado a tener el fenómeno de la delincuencia juvenil en las sociedades modernas, tanto en número como en manifestaciones de peligrosidad. Más todavía, la típica imagen del adolescente desadaptado proveniente de una extracción social y económica deprimida, ya no es la única que ahora se presenta.

La tendencia actual de la doctrina, que se inspira en la Convención de las Naciones Unidas sobre esta materia y que se concreta en el vigente Código de la Niñez y la Adolescencia, deja a un lado los criterios puramente tutelares y paternalistas que inspiraban la legislación anterior. En esta nueva línea debe considerarse al menor infractor como sujeto de derechos, incluidos los de carácter procesal, pero también responsable de sus actos, de tal manera que las medidas que se adopten, sólo en caso extremo la privación de la libertad, sirvan para que el menor pueda insertarse socialmente en una forma adecuada.

No falta tampoco la corriente que pretende una radical reforma legal en esta materia, y que llega a sostener la posibilidad de revisar el concepto de inimputabilidad del menor, salvo el caso de niños de corta edad, y de equipararlo al mayor de edad en su tratamiento penal.

B) Perturbación mental

Esta es la segunda situación de inimputabilidad universalmente aceptada y que plantea serias dificultades de aplicación. Los problemas empiezan por la denominación. Alienación mental, por ejemplo, que es el nombre que el Código utiliza para referirse a esta situación, (como otros: demencia, locura, etc.) es más bien una expresión de uso vulgar antes que científico, lo cual anticipa las dificultades que surgen en la práctica cuando se trata de establecer qué personas y con qué características pueden ser consideradas inimputables por esta causa.

Si enfocamos el problema desde un punto de vista jurídico y en consonancia con aquello que hemos venido diciendo sobre la imputabilidad, esta situación se produciría cuando una persona sufre un trastorno psicológico que le priva de su capacidad de entender o de querer, por la alteración de sus facultades psíquicas, en tal grado y de tal modo que no pueda dirigir su conducta conforme a las exigencias del derecho. En definitiva la perturbación mental debe ser examinada desde los ángulos médico y jurídico. Serán los médicos quienes entreguen al juez sus apreciaciones científicas como peritos; pero será en último término el juez quien tomará la decisión de considerar a una persona como un inimputable.

El Código Penal, para estos casos, establece claramente en el Art. 34 una situación general de inimputabilidad. El principio básico, según el inciso primero, es que no tendrá responsabilidad alguna la persona que realiza un acto en el momento en que está "**por enfermedad, en tal estado mental, que se halle imposibilitado de entender o de querer**".

El segundo inciso de ese mismo artículo agrega que, si tal persona fuera un **alienado mental**, el juez ordenará su internación en un hospital psiquiátrico, del cual no podrá salir, sino previo informe médico sobre el restablecimiento pleno de sus facultades intelectuales. El Art. 219 del Código de Procedimiento Penal ratifica esta disposición.

La frase del primer inciso del Art. 34, "en el momento en que se realizó la acción u omisión", podría interpretarse en el sentido de que si el alienado mental actuó en un **momento lúcido** sí sería imputable. El tema, sin embargo, es hoy día muy discutido. Desde el punto de vista psiquiátrico, se niega el concepto mismo de momentos lúcidos; el enfermo continúa enfermo, aunque aparentemente actúe en forma normal, y por lo tanto debe ser considerado inimputable en todo caso.

Por otra parte, el Art. 35 del Código Penal determina que si la enfermedad disminuye la capacidad de la persona, pero no le imposibilita totalmente, será sancionado atenuadamente, por cuanto tiene solamente una **imputabilidad disminuida**, concepto que también algunos autores consideran inaceptable.

Enfermedades mentales

Sin ánimo de penetrar en un ámbito muy especializado, como es la psiquiatría, y que además presenta permanentemente grandes innovaciones científicas, cabe, sin embargo, que señalemos en términos generales aquellas patologías mentales claramente indicadoras de inimputabilidad y que podrían por lo tanto estar comprendidas en la disposición del Art. 34. Son aquellas que revisten caracteres de grave perturbación, persistencia de los factores patológicos y desadaptación del sujeto a las exigencias de la vida social. Entre éstas tenemos:

a) **Esquizofrenia o demencia precoz**: se caracteriza por una escisión de la personalidad, con importantes perturbaciones en la afectividad y el pensamiento, lo cual trae como consecuencia una pérdida de contacto con la realidad, ideas delirantes y trastornos de la percepción.

b) **Paranoia**: se caracteriza por la aparición de ideas delirantes persistentes (persecución, grandeza, celos, etc.). Fuera de los episodios de delirio, el enfermo parece

comportarse normalmente, lo cual produce dificultades para el diagnóstico de la enfermedad.

c) **Psicosis maniaco-depresiva**: trastorno que se caracteriza por la presencia de fases cíclicas muy marcadas: una de exaltación, euforia e hiperactividad y otra de melancolía, ansiedad e inhibición. En cada fase el enfermo puede realizar actos atentatorios contra los demás o contra sí mismo.

d) **Oligofrenia o retraso mental**: se caracteriza por un desarrollo intelectual por debajo de lo normal. Los retrasos más graves o profundos se distinguen por una carencia de la vida psíquica, un lenguaje muy reducido o nulo, una desconexión con el medio ambiente. En los estados menos graves, hay cierta autonomía personal y capacidad de adaptación. La inimputabilidad dependerá entonces del grado de retraso.

e) **Epilepsia**: enfermedad del sistema nervioso que se presenta en forma de ataques súbitos. En ciertos tipos de ataques, las llamadas crisis psicomotoras, el enfermo realiza actos imprevistos sin conciencia de ello, y en las crisis psicosensoriales sufre alucinaciones.

f) **Demencia senil**: trastornos producidos por lesiones del tejido cerebral, causadas por arterioesclerosis o por trastornos metabólicos relacionados con la edad avanzada.

g) **Psicosis infecciosas, tóxicas y traumáticas**: trastornos originados en agentes externos que lesionan los centros nerviosos, ya se trate de enfermedades (la sífilis, por ejemplo), la ingestión de sustancias tóxicas o traumatismos físicos.

En estos casos, al menos cuando se presenta el cuadro típico de estas enfermedades, parece bastante claro que no hay imputabilidad. En cambio no entrarían en este mismo concepto de alienación mental otras situaciones, como podrían ser las psicopatías o las neurosis, en que no está totalmente afectada la capacidad del individuo para adaptarse a la vida social y dirigir sus actos adecuadamente.

C) Trastorno mental transitorio

Asunto tanto o más complejo que el anterior es el que se plantea con los llamados trastornos mentales transitorios, sin tener correspondencia con el cuadro patológico de las enfermedades mentales. Este sería el caso de una persona que, sin ser calificado como alienado mental, comete el acto en un momento en que su mente está alterada de tal manera que no puede hacérsele responsable del acto realizado.

En estos casos los problemas para el juez y los peritos son más agudos, pues tienen que establecer que una determinada persona, que ordinariamente está en pleno uso de sus facultades, precisamente en el momento de cometer el acto estuvo mentalmente trastornada.

Aunque nuestro Código no utiliza expresamente la expresión trastorno mental transitorio, como lo hacen otras legislaciones (por ejemplo, los códigos español y colombiano, y con una forma similar, el argentino), la situación está comprendida en el propio inciso primero del Art. 34, es decir habrá también inimputabilidad. Así, por lo

demás se lo ha entendido en la jurisprudencia (ver la sentencia publicada en la Gaceta Judicial Serie XIII, No. 4, en que la Corte Suprema se refiere muy ampliamente al punto en cuestión).

En todo caso, el Código exige para que sea aplicable esta causa de inimputabilidad, las mismas dos condiciones de la enfermedad mental:

a) Que la persona se haya encontrado **en el momento del acto en tal estado mental que le imposibilitaba entender o querer**;

b) Que ese estado mental **sea producido por una enfermedad**. Esto significa que el Código excluye de esta causa el trastorno mental producido por otro tipo de motivaciones, tales como el miedo, la emoción violenta u otras similares, que algunas legislaciones recogen. La causa del trastorno, según el Código, debe ser exclusivamente una enfermedad, de cualquier tipo.

También en este caso puede darse un trastorno mental incompleto, y entonces habrá una situación de imputabilidad disminuida y una consiguiente sanción atenuada.

D) Sordomudez

Siguiendo la tradición de antiguas legislaciones, el Código considera también a la sordomudez como posible causa de inimputabilidad (Art. 39), siempre que constare plenamente que el sordomudo obró sin conciencia y voluntad. El legislador, para hacer tal excepción, admite la especial situación psicológica del sordomudo, que no es obviamente un alienado mental ni sufre propiamente una inmadurez psicológica, sino que puede vivir en una situación de incomunicación que vuelve difícil la captación de las obligaciones morales y jurídicas que una persona puede tener. Por cierto que las técnicas modernas de enseñanza-aprendizaje han cambiado radicalmente el panorama sobre estos casos.

El Código estima que si el sordomudo obró con conciencia y voluntad será imputable, aunque también en forma disminuida.

4.- La embriaguez y la toxicomanía

El tratamiento de la embriaguez en el ámbito del Derecho Penal ha sido siempre un tema controvertido. Para la posición más tradicional, no cabía, al menos en los casos ordinarios, dar un carácter eximente ni atenuante a una situación que la producía el propio agente, con su conducta, si no dolosa, al menos culposa. Por lo tanto todos los actos cometidos en estado de embriaguez debían ser atribuidos a la persona con plenitud de responsabilidad; cuanto más si se considera que el alcoholismo es un grave mal social que debe ser combatido por todos los medios, inclusive la legislación penal.

Las modernas posiciones no son tan terminantes. No puede perderse de vista que la intoxicación alcohólica puede llegar a producir una perturbación que se manifiesta con diversas intensidades y que provoca así mismo variadas reacciones, según la persona, su estado físico y anímico, los antecedentes, etc. Por eso algunos autores piensan que la ley

debe distinguir las situaciones de embriaguez preordenada a la comisión de conductas delictivas, en que la intención es anterior, de los demás casos que deben ser tratados en conformidad con los criterios generales que rigen la culpabilidad y la imputabilidad y no con fórmulas de excepción, tomando en cuenta que el estado de embriaguez no es necesariamente incompatible con el dolo o, sobre todo, con la culpa. Le tocaría al juez, por lo tanto, hacer en cada caso concreto el juicio de culpabilidad que corresponda.

En todo caso el Código ecuatoriano es, en general, severo en el tratamiento penal de la embriaguez y recurre a criterios que son básicamente de responsabilidad objetiva. El Art. 37, inspirándose en el Código italiano de 1930, establece varias clases de embriaguez:

a) **Embriaguez fortuita** (es decir causada de una manera imprevista y accidental). Si fuere completa será una causa de inimputabilidad; y si fuere incompleta, habrá imputabilidad disminuida;

b) **Embriaguez voluntaria** (cuando la persona ingiere bebidas alcohólicas voluntariamente, aunque sin el ánimo previo de cometer un delito). El Código considera que no es eximente, ni atenuante, ni agravante. Este es el caso más frecuente y, como se ve, la ley no le concede efecto alguno positivo ni negativo, aunque no aclara si los delitos cometidos en tal estado deben ser calificados como dolosos o culposos. En la práctica judicial generalizada se los ha considerado dolosos;

c) **Embriaguez preordenada o premeditada**, es decir cuando la persona se ha embriagado para cometer la infracción o preparar una disculpa. En este caso, sin duda el más grave, la embriaguez será considerada como agravante;

d) **Embriaguez habitual**: cuando una persona se entrega al uso de bebidas alcohólicas o anda frecuentemente embriagado: será agravante.

Según se desprende de estas disposiciones, el Código, con la sola excepción de la embriaguez fortuita completa, mantiene la imputabilidad para los demás casos; e inclusive considera agravantes la embriaguez preordenada y la habitual. Este último caso, resulta el más discutible, pues la embriaguez habitual, o alcoholismo, suele considerarse más bien por las tendencias penales modernas como un estado patológico asimilable a la alienación mental. Así lo hace el mismo Código italiano, del cual como se ha dicho tomó el nuestro las disposiciones indicadas.

La Ley de Tránsito, dada la materia especial a la que se refiere, incluye reglas en que se califica a la embriaguez como una circunstancia de especial gravedad; y hasta considera como infracción el solo hecho de manejar un vehículo en ese estado.

Drogadicción

En los últimos años ha aumentado la preocupación del Derecho Penal frente al número creciente de delitos cometidos por personas que previamente han consumido drogas o sustancias estupefacientes. Tradicionalmente las legislaciones, como lo hace de una manera expresa el Art. 38 del Código ecuatoriano (que habla de intoxicación por sustancias estupefacientes), han considerado que tales personas deben quedar sometidas

al mismo régimen legal aplicable a los casos de embriaguez. Sin embargo, alternativamente ha surgido la opinión, especialmente referida a aquellas personas calificadas como drogadictos, de que deben quedar sujetas, no a una sanción penal, sino a un tratamiento de rehabilitación, exactamente como si se tratara de enfermos mentales. Inclusive así lo permite la Convención de Viena de 1988 sobre narcotráfico.

5.- El momento de la imputabilidad

El tema de la embriaguez y de la intoxicación por drogas plantea una cuestión de evidente complejidad y que puede producirse también en otros casos: sueño, sugestión hipnótica, perturbaciones mentales, etc.

Desde antiguo se habló de esta situación, bajo el nombre de acciones "liberae in causa". Con ello se quería decir que cuando una persona libremente se coloca en un estado de inimputabilidad o en condiciones que le pudieran eximir de responsabilidad, debe de todos modos responder de las acciones que ejecute o de las omisiones en que incurra en tal estado o condición.

Buena parte de la doctrina acepta básicamente este principio, considerando que en estos casos el momento de la imputabilidad no es el momento de la acción u omisión, sino el momento en que la persona se colocó voluntariamente en ese estado o condición. Con este razonamiento sí es imputable quien comete un homicidio en estado de embriaguez o intoxicación por drogas, como también el sujeto que se somete a una sugestión hipnótica, para tener la sangre fría necesaria para ejecutar un delito y la madre que duerme junto a su hijo recién nacido a sabiendas de su sueño intranquilo y lo sofoca. Pero el aceptar que en estos casos sí hay imputabilidad, no excluye la necesidad de pasar al segundo nivel y examinar, en cada caso concreto, si el acto es subjetivamente doloso o culposo; lo cual deberá hacerse en conformidad con las exigencias propias de cada una de estas modalidades de culpabilidad. Así, por ejemplo, si la persona preordenó su estado con la intención de cometer el delito, habrá dolo; pero si se trata de una conducta imprudente o negligente que produce un resultado no querido pero previsible, habrá culpa. Esta sería la forma correcta de llegar a una solución adecuada sobre los casos de embriaguez, drogadicción y otros similares.

6.- Vinculación concreta con el acto: dolo y culpa

Ya se indicó que la persona imputable deberá responder de un acto, siempre y cuando sea autora material de ese acto, consideración puramente objetiva; pero adicionalmente hace falta que exista una vinculación subjetiva concreta entre ella y ese acto. Esta vinculación puede darse a título de **dolo** o a título de **culpa**. Estas son las dos formas en que, en forma concreta y según la doctrina tradicional, se manifiesta la culpabilidad.

Cabe en este punto reiterar lo dicho anteriormente: para una importante tendencia doctrinaria (el finalismo) esta problemática debe incluirse dentro del análisis del acto típico.

A) El dolo

Es la forma más característica, grave y frecuente en que se manifiesta la culpabilidad. El Código la define en el Art. 14 como el **designio de causar daño**, y agrega que la infracción dolosa es **intencional** cuando produce un daño **previsto y querido** por el sujeto activo. Cabe advertir que el Código, en numerosos artículos, utiliza como equivalentes los conceptos de infracción **dolosa, intencional o voluntaria**, lo cual por supuesto produce una cierta confusión sobre el exacto sentido de este concepto. Este uso defectuoso de términos es una derivación del Código belga, pero la doctrina está conforme en entenderlos como términos equivalentes.

Tradicionalmente se ha dicho también que en la estructura del dolo hay dos elementos o factores que deben ser tomados en cuenta para su comprobación: el conocimiento o conciencia (como dicen los clásicos y nuestro Código) y la voluntad.

- Conocimiento: la persona que actúa dolosamente debe tener conciencia de los hechos que ejecuta (acciones u omisiones) y debe representarse mentalmente el resultado delictivo que esos hechos son capaces de producir (muerte de una persona, en el caso de homicidio; sustracción de un bien ajeno, en el caso de hurto; acceso carnal contra la voluntad, en el caso de violación, etc). Algunos autores sostienen además que, para que exista dolo, el sujeto activo debe conocer también que su acto es antijurídico, o sea que lesiona un bien que tiene una especial protección legal. Sin embargo tal criterio produce dificultades frente a un Código como el nuestro que presume que la ley es conocida por todos y que su ignorancia no excusa a nadie.

- Ánimo o voluntad: no basta que la persona tenga conciencia de los hechos que realiza y que se haya representado su resultado; es preciso también que esa persona haya dirigido voluntariamente su acto a **obtener ese resultado**. Sólo entonces el dolo estará completo.

Hay que agregar que las modernas concepciones del dolo estiman que el elemento básico, y quizás único, es el conocimiento, con lo cual se resolverían los problemas que pueden surgir sobre los casos del llamado dolo eventual, que se verá más adelante.

Clases de dolo

Sin embargo de que la figura característica del dolo se determina como queda indicado, caben en el fuero interno de la persona posiciones un tanto matizadas, que han dado lugar a que la doctrina establezca diferentes clases de dolo. Examinemos las posibilidades más importantes, dejando de lado otras que ahora se juzgan intrascendentes:

Dolo directo: la persona desea el resultado que se presenta como consecuencia necesaria de su acto. Este es el caso indiscutible de dolo: quien dispara a corta distancia con un revólver sobre el corazón o la cabeza de otro, evidentemente se representa un resultado de muerte y su acción revela que lo desea. Es el resultado previsto y querido de que habla el Código.

Dolo indirecto: esta clase de dolo es aceptada por algunos autores, pero negada por otros. Sería aquel en que el actor no desea un resultado, pero sabe que éste está inexorablemente unido al acto realizado por él. El anarquista que arroja una bomba

contra el carro de cierto personaje y que quiere matarlo con dolo directo, sabe que en el carro van otros personajes, a los que no desea matar, pero cuya muerte acepta como resultado inevitable. Jiménez de Asúa considera que este dolo debe llamarse más bien **dolo directo de segundo grado**.

Dolo eventual: en este caso la persona que actúa acepta el resultado que se presenta, no como consecuencia inevitable sino probable de su acto. La persona, que podría abstenerse de actuar, sin embargo decide seguir adelante y el resultado se produce. En muchos casos el dolo eventual podría confundirse con situaciones de culpa; pero la diferencia radica en la **aceptación** que el sujeto hace del resultado probable. Ese sería el caso del incendiario que mira como probable el evento de que en la casa que incendia se encuentren personas que podrían morir; esta representación no le impide actuar y efectivamente una persona muere en el incendio. Respondería de esa muerte con dolo eventual.

Este último grado de dolo es el que más discusiones provoca, pues hay códigos, como el nuestro, en que el dolo eventual parecería quedar excluido al definirse el dolo como el designio de causar un daño, y al insistirse en que el resultado debe ser querido y previsto por el agente (Art. 14), lo cual sería aplicable sólo al dolo directo. Así lo ha determinado una sentencia muy importante de la Corte Suprema de hace algunos años (Gaceta Judicial Serie VII, No. 8).

Para superar esta situación, algunos códigos modernos, siguiendo la fórmula establecida en el Código Penal Tipo para América Latina, consideran que hay conducta dolosa no solamente cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, sino también cuando acepta el resultado previéndolo al menos como posible (Código colombiano, Art. 22). De todas maneras, en el Código Penal ecuatoriano hay varias figuras que plantean situaciones dentro de las cuales podrían darse casos de dolo eventual. Véanse, por ejemplo, los Arts. 442, 445, 552 último inciso; aunque en general en estos artículos se incluyen situaciones muy variadas, entre otras las que corresponden a los llamados **delitos calificados por el resultado**, que se examinarán de inmediato.

Hay que señalar, por otra parte, que en muchos de los llamados nuevos delitos, que afectan a bienes jurídicos supraindividuales, por ejemplo los delitos ambientales e inclusive los de carácter financiero, más que un dolo directo, se encuentra en ellos un dolo eventual, pues el daño que el delito causa no es necesariamente querido por quien lo realiza, sino aceptado como un resultado posible de la conducta.

Reiteremos lo señalado anteriormente: si el elemento central en el dolo es el conocimiento (la conciencia, como dice el Código ecuatoriano) y el elemento intencional es irrelevante, ya no haría falta siquiera hacer clasificaciones del dolo. El dolo existiría siempre que se conozca lo que se hace y las consecuencias de lo que se hace.

En cuanto a lo que el Código llama dolo **preterintencional** (Art. 14), más adelante indicaremos nuestra posición.

Presunción de dolo

El Art. 33 del Código contiene una regla muy discutible, que suele calificarse como

"presunción de dolo". El artículo dice que se reputan "conscientes y voluntarias todas las infracciones mientras no se pruebe lo contrario", lo cual en un primer momento podría entenderse como una presunción general de imputabilidad o de culpabilidad; pero cuando más adelante el mismo artículo agrega la frase "excepto cuando ... pueda deducirse que no hubo intención dañada al cometerlo", se revela evidentemente que lo que el Código establece es más bien una presunción de dolo.

Esta regla tiene como objetivo el solucionar los difíciles problemas probatorios que trae consigo el carácter subjetivo de la culpabilidad; pero el establecer la presunción y cambiar por lo mismo la carga de la prueba, se considera inaceptable por las modernas concepciones de la culpabilidad, que estiman que el dolo también debe ser probado y no presumido; y más todavía si se lo estima, según algunos autores, como un elemento de la tipicidad.

B) La culpa

Esta segunda forma de vinculación con el acto, a diferencia del dolo, ha sido mucho más discutida, pues al faltar en ella la intención de causar daño, resulta indispensable encontrar otro fundamento para sancionarla. La doctrina actualmente considera que, en estos casos, se sanciona a las personas porque incumplen un deber, asignado a todo individuo: el de actuar con el necesario cuidado, con la diligencia indispensable, para evitar que sus actos causen daños a las personas o a la comunidad.

Por esta misma razón la culpa sólo es punible en forma excepcional y las penas son más leves. Esto quiere decir que no todos los delitos tienen una modalidad culposa. Los casos más frecuentes se refieren a los delitos contra las personas a las cuales se afecta en su vida o salud, u otros bienes jurídicos de gran importancia; o en aquellos casos de riesgo en que se exige de las personas un cuidado especialísimo (infracciones de tránsito).

Elementos de la culpa

El Art. 14 define a la infracción culposa como el acontecimiento, que "pudiendo ser **previsto pero no querido** por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la ley, reglamentos u órdenes." Examinemos en detalle los elementos de la culpa

Producción de un resultado previsible pero no querido. En este factor radica el elemento característico de la culpa. Mientras que en el dolo se busca o al menos se acepta el resultado, aquí el resultado, que era previsible, se rechaza. En esta situación caben en realidad dos alternativas:

a) El agente no se representa siquiera la posibilidad de un resultado dañoso: es la llamada culpa sin representación o inconsciente;

b) El agente se representa un posible resultado dañoso, pero actúa con la confianza de que este resultado no se produzca: culpa con representación o consciente. También aquí las posiciones más modernas se inclinan a rechazar esta modalidad de la culpa, pues consideran que el conocimiento del resultado dañoso basta para la existencia del dolo.

En cualquiera de estos dos casos, claramente se exige que el resultado no haya sido querido, aunque era siempre previsible.

Voluntad de realizar el acto. El ánimo o voluntad del sujeto activo está dirigido a realizar el acto, que en sí mismo no significa aceptar un resultado dañoso. Al contrario, el agente excluye explícitamente esa posibilidad o ni siquiera se la representa. En este sentido debe entenderse la disposición del Art. 32 de que nadie podrá ser reprimido si el acto no hubiere sido realizado con conciencia y voluntad. Es decir, hay en la culpa una voluntad dirigida exclusivamente hacia el acto, pero no hacia el resultado.

Falta del deber de atención y cuidado. Esta es, como se ha dicho, la justificación social de la sanción del delito culposo; pero al no haber intención dirigida hacia el daño, la sanción para este tipo de delitos es más leve.

Formas de la culpa

Nuestro Código, siguiendo viejos criterios doctrinarios, establece cuatro formas de actuación culposa:

Negligencia: se traduce en una falta de actividad o en una actividad desatenta, por cuya causa se produce el resultado dañoso, que pudo haberse evitado con una actitud diligente;

Imprudencia: se manifiesta en actos realizados con ligereza y sin considerar riesgos, que así mismo causan daños a terceros;

Impericia: es una forma de culpa que se da en el ejercicio de ciertas profesiones o actividades que requieren de conocimientos o destrezas especiales. En el fondo se reduce a negligencia o imprudencia en un ámbito específico.

Inobservancia de leyes o reglamentos: esta otra forma especial se produce cuando la violación de normas legales o reglamentarias, realizadas sin intención de causar daño, lo han causado.

C) La preterintención

El Art. 14 del Código, al definir la infracción dolosa, la clasifica en intencional (cuando el resultado previsto y querido por el agente es efectivamente obtenido) y preterintencional (si el resultado producido es más grave que el querido por el sujeto activo). De esa manera el Código simplemente considera a la preterintención como una forma de dolo.

Este concepto es uno de aquellos que doctrinariamente se han dado sobre el delito preterintencional; pero también hay otras posiciones sobre este delito. La más tradicional lo consideraba simplemente como una forma de responsabilidad objetiva, saliéndose del marco de la culpabilidad, concepto inaceptable hoy en día. Pero la posición que cuenta en la actualidad con más adeptos es la que considera al delito preterintencional como un **delito mixto**, que reúne en sí el dolo y la culpa. Parece

efectivamente que esta última es la posición más exacta.

La preterintención no es una forma distinta de culpabilidad, sino una forma que combina las dos modalidades ya indicadas, con la siguiente estructura:

Un acto doloso inicial dirigido a obtener un daño concreto;

Un resultado excesivo, previsible pero no querido, atribuible por tanto a la persona a título de culpa.

El Código en el Art. 14 no se refiere ciertamente a la previsibilidad; pero ésta es, como se señaló al hablar de la causalidad, el único fundamento por el cual se le puede hacer responsable a una persona de un resultado excesivo que no estuvo en su intención. Así lo ha reconocido expresamente la jurisprudencia de la Corte Suprema (ver, especialmente, Gaceta Judicial, Serie XII, No. 11), en que se exige para la existencia del delito preterintencional que el sujeto no haya previsto la consecuencia más grave, **a pesar de que hubiera podido preverla**.

Los delitos preterintencionales son relativamente escasos en el Código. El más frecuente y característico es el homicidio preterintencional: lesiones dolosas que causan la muerte (Art. 455), el cual precisamente por su estructura mixta, recibe una pena intermedia entre la del homicidio doloso y la del culposo. En otros casos, las lesiones que provocan un aborto (Art. 442), el aborto que causa la muerte de la mujer (Art. 445), el robo o violación cuando las violencias empleadas causan la muerte de la víctima (Arts. 514 y 552), etc., la Ley emplea una redacción que podría admitir formas preterintencionales.

7.- Delitos calificados por el resultado

Ya hemos señalado, al inicio de este capítulo, que una de las más importantes transformaciones producidas en el Derecho Penal moderno es la sustitución de la responsabilidad puramente objetiva (la persona que ejecutó el acto responde del daño sin más consideración), por la culpabilidad subjetiva, según la cual la responsabilidad debe establecerse a través de un examen psicológico y aún normativo de la conducta humana y de sus componentes.

Sin embargo, en los códigos de vieja factura suelen subsistir rezagos de esa posición tradicional. Esto ocurre, sobre todo, con los llamados delitos calificados por el resultado, en que se prescinde del análisis subjetivo de la culpabilidad y simplemente se carga a cuenta del autor el resultado objetivamente producido. O en aquellos otros en que se aplica el aforismo latino “versare in re illícita”, según el cual aquel que ha tenido una conducta inicial ilícita (el que se ocupa de cosas ilícitas) responde de lo que ocurra luego, hasta del caso fortuito. Todas estas formas son, por supuesto, rechazadas por la doctrina moderna.

En el Código ecuatoriano subsisten todavía varios ejemplos de este tipo de responsabilidad. Así, por ejemplo, en el Art. 189 se responsabiliza al plagiario de la muerte del plagiado, sea cual fuere la causa de esa muerte, aun si se debiere a caso fortuito; o en el Art. 445, conforme al cual se responde de la muerte de la mujer causada por los medios empleados para hacerla abortar. También se afirma que éste es el caso de

los delitos preterintencionales, opinión que no compartimos. Como ya hemos dicho, en otros artículos se mezclan situaciones de dolo eventual, de culpa y responsabilidad objetiva.

8.- Causas de inculpabilidad

También en este aspecto del delito podemos encontrar causas que eliminan en el caso concreto la culpabilidad del agente. Se trata de situaciones en que la persona, siendo imputable, **actuó sin dolo ni culpa**. Esa persona, por tanto, no es culpable ni merece recibir una sanción penal. Examinemos estas situaciones.

A) Caso fortuito

Muchos autores consideran que el caso fortuito o fuerza mayor no es propiamente una situación de conducta inculpable, sino que se encuentra en los límites exteriores de la culpabilidad. El Art. 15 del Código, sin embargo, utiliza una expresión que podría interpretarse simplemente como una forma de exención de la pena: *"La acción u omisión prevista por la ley no será punible cuando es el resultado de caso fortuito o fuerza mayor"*. Por otra parte, el Art. 30 del Código Civil define el caso fortuito como "el imprevisto que no es posible resistir" y afirma que puede provenir de hechos de la naturaleza o de actos humanos.

De todas maneras, la fórmula del Código acierta al determinar la no punibilidad, pues el caso fortuito significa que un acontecimiento incontrolable, cualquiera sea su origen, se entrecruza con la conducta humana y es, en definitiva, el que produce un resultado dañoso. En rigor entonces no hay una conducta humana sometida al juicio de culpabilidad. En efecto, en estos casos:

No habrá dolo, porque no hubo voluntad dirigida hacia el daño producido;

No habrá culpa, porque tampoco hubo una falta del deber de cuidado, precisamente por la forma imprevisible en que el hecho fortuito se introdujo dentro de la conducta humana, sin que pueda ser evitado.

Finalmente llamemos la atención sobre el sentido que tiene la imprevisibilidad en materia penal, concepto de tanta importancia en este y en otros puntos. La imprevisibilidad no debe ser entendida como absoluta, pues en ese caso se podría decir que todo hecho es más o menos previsible, humana o científicamente. La imprevisibilidad que exige la ley consiste más bien en la forma sorpresiva en que el hecho aparece y se inserta dentro de la relación causal de los actos que una persona está realizando, ante lo cual esta persona nada puede hacer para evitar el resultado dañoso. Basta que sea así para que haya caso fortuito. Si, en cambio, el resultado era previsible y en consecuencia evitable, podrá haber responsabilidad culposa.

B) Coacción moral

Recordemos lo que ya se señaló oportunamente: nuestro Código (Art. 18) unifica, bajo

el nombre de “fuerza irresistible”, la fuerza física irresistible, que se estudió como una situación de ausencia de acto, y la coacción moral irresistible, que toca examinar en el ámbito de la culpabilidad.

La coacción moral significa que la vinculación de la persona con el acto realizado está viciada por un elemento extraño que determina la voluntad; la motivación del acto es irregular y por lo tanto todo el proceso es anormal. La coacción moral debe entenderse como una:

Amenaza: es decir el empleo por terceras personas de medios capaces de infundir temor a una persona y obligarla a realizar un acto típico antijurídico;

Injusta: es decir que la persona no está obligada a soportarla;

Inminente: que está a punto de efectivizarse;

De un mal grave: la amenaza debe recaer sobre bienes jurídicos de importancia para la persona amenazada o para personas íntimamente vinculadas con ella (vida, integridad física, pudor, libertad, etc.).

Ahora bien, si esta coacción moral es de tal grado que puede considerarse irresistible, la inculpabilidad será total y la persona no podrá ser sancionada. En cambio, si la coacción fuere resistible, la persona será culpable, aunque con atenuación (Art. 29, numeral 4). Serán precisamente la gravedad y la inminencia del mal los factores que permitirán apreciar si la amenaza puede calificarse de resistible o irresistible.

La expresión del Código: “... impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir”, ha dado lugar a que se la interprete en el sentido de exonerar de responsabilidad a quien actuó bajo “un impulso irresistible”, producido por pasiones, emociones u otras causas internas. Tal interpretación es forzada e inadmisible. Doctrinaria y jurisprudencialmente, la fuerza irresistible y la coacción moral han sido consideradas siempre como externas a la persona, sin que sea aceptable que la fuerza interna de las pasiones reciba el mismo tratamiento. En tal caso se estaría propiciando una causa de inculpabilidad sin un fundamento doctrinario válido.

C) Error

El error no está tratado en forma sistemática en nuestro Código, lo cual es indudablemente una grave deficiencia; pero esto no quiere decir que no esté implícitamente previsto en muchas disposiciones concretas. Sin embargo sería conveniente que el Código regulara sistemáticamente y con precisión este tema de indudable importancia.

En primer lugar hay que determinar que, bajo el nombre de error, se comprenden también las situaciones de **ignorancia**. Desde el punto de vista de la lógica, la ignorancia significa una total ausencia de representación mental sobre un asunto, mientras que el error se refiere a una representación equivocada del mismo. Ahora bien, jurídicamente, los efectos de una y otro son los mismos. Por lo tanto, el tratamiento debe ser similar.

Tradicionalmente, se ha dividido el error en dos clases, con consecuencias jurídicas distintas:

Error de derecho: desconocimiento total o parcial de la ley;
Error de hecho: representación equivocada de los hechos.

La tendencia actual del Derecho Penal sostiene la conveniencia de hacer un tratamiento unificado del error, pues todo error jurídicamente relevante recae sobre un hecho, que puede ser un acontecimiento humano o de la naturaleza, o el estado o situación de una persona o de una cosa, o los efectos que puede llegar a producir una determinada acción, pero puede ser también el propio contenido de la ley o los derechos de una persona. Y en el orden penal, se argumenta, todo error jurídicamente relevante es un vicio del conocimiento que determina que la persona actúe con una motivación irregular, pues si la persona no padeciera ese error, su conducta sería distinta. Y esta conclusión resulta aplicable a cualquier tipo de error.

Con esta óptica, la doctrina penal moderna clasifica el error con otro enfoque, que resulta novedoso para la práctica jurídica en nuestro país. Por eso solamente lo enunciamos. Según esto habría **error de tipo**, cuando versa sobre alguno de los elementos del tipo penal; y **error de prohibición**, cuando se refiere a la antijuridicidad de la conducta realizada, ya sea porque se cree que la conducta no está prohibida o porque se considera que está autorizado a realizarla.

De todos modos y atendiendo a las disposiciones del sistema jurídico vigente, continuaremos refiriéndonos a la clásica división del error.

a) **Error de derecho**

Esta clase de error versa sobre la existencia o el contenido de la ley penal. Según el Art. 3 del Código este error **no excluye la culpabilidad**, pues nadie puede alegar como excusa la ignorancia de la ley. Esta fórmula clásica trata de garantizar el cumplimiento de la ley y de cortar radicalmente la pretensión de eximirse de sanción penal alegando tal ignorancia jurídica.

De todas maneras, el Código ha incorporado un atenuante (Art. 29, numeral 8), **cuando la ignorancia se debe a rusticidad**. Cabría, por supuesto, pensar en posibles extensiones de esta circunstancia a otros casos similares: el del extranjero, por ejemplo.

Como se indicó anteriormente, las posiciones actuales sobre la culpabilidad consideran que en los casos de error de derecho el dolo quedaría excluido, pues sostienen que el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta es uno de los elementos constitutivos del dolo. Y en estos casos, la persona cuando más debería responder por culpa, si el desconocimiento de la ley es debido a su negligencia y si la conducta realizada tiene una modalidad penal culposa.

El tema es especialmente significativo en los casos de diferencias culturales profundas como las que podrían encontrarse en el Ecuador con relación a ciertas comunidades indígenas, en los cuales la rígida aplicación del Art. 3 provocaría situaciones francamente injustificadas; pero también lo es en el caso de aquellos nuevos delitos,

especialmente en materia económica, en que surgen con abundancia normas penales en blanco que se completan con textos jurídicos que no siempre son fáciles de conocer.

b) **Error de hecho**

Aquí es necesario referirse a otra subdivisión:

Error de hecho esencial: es aquel que recae sobre los hechos que constituyen elementos esenciales del tipo penal (errores respecto al núcleo del delito, o a las referencias al sujeto activo, pasivo, objeto material, etc.) o sobre la existencia de los requisitos de las causas de justificación (casos de defensa putativa, estado de necesidad putativo, órdenes aparentemente legales), de tal modo que de ser conocidos por el sujeto activo, éste habría actuado de otra manera o se habría abstenido de actuar.

En estos casos, si el error fuere **invencible**, es decir, cuando no había manera de corregirlo, habría que afirmar que la persona actuó sin dolo ni culpa y por lo tanto no sería culpable, por falta de conciencia de su acto, según el Art. 32. Y si el error fuere **vencible**, tampoco habría dolo, pero sí culpa, por lo cual el sujeto tendría que responder, de ser el caso, por un delito culposo.

Error de hecho accidental: es aquél que recae sobre circunstancias del acto que no constituyen elementos esenciales de la tipicidad ni requisitos de las causas de justificación. Estos serían, por ejemplo, el error de identidad (por matar a una persona, erróneamente se mató a otra), o el error de golpe (aberratio ictus), en que la ejecución ineficaz del acto causó un daño a distinta persona de la escogida (Art. 13, primer inciso). En estos casos, **subsistirá plenamente la culpabilidad**.

Como ya se dijo, el Código no hace un tratamiento sistemático del error en materia penal. Por ello solamente incluye normas expresas sobre la ignorancia de la ley (Art. 3), la atenuación en caso de ignorancia por rusticidad (Art. 29), el error de persona (Art. 13) y una adicional respecto al desplazamiento de culpabilidad del engañado al engañador (Art. 36). Sin embargo los otros casos de error de hecho, de producirse, deben ser analizados según las exigencias generales de la culpabilidad: conciencia y voluntad (Art. 32).

9.- Nivel de exigibilidad

Ya hemos dicho que aquellos autores que sostienen la concepción normativa de la culpabilidad (Mezger, principalmente) manifiestan que no basta el análisis psicológico de la misma, en los dos niveles que hemos examinado: imputabilidad y vinculación concreta con el acto a través del dolo o de la culpa. Ellos replantean todo el análisis y agregan un tercer nivel de comprobación: **la exigibilidad de la conducta conforme a derecho**.

Para llegar a esta conclusión consideran que siendo la culpabilidad el aspecto más delicado y rico del Derecho Penal, en él se imponen análisis individualizadores. Para examinar la conducta de una persona y valorarla penalmente, no bastan los parámetros morales y psicológicos, sino que también deben emplearse los normativos, esto es en función de las normas que la persona tuvo ante sí en cada caso y de las motivaciones

por las cuales se apartó de ellas. En la mayoría de las situaciones, la persona estará obligada a seguir las normas, a adecuar su conducta conforme a las exigencias del Derecho; pero en otras ocasiones, en situaciones extraordinarias o excepcionales, hay así mismo motivaciones excepcionales que llevan a no poder exigir a una persona que actúe conforme a tales normas.

El viejo caso romano de la tabla capaz de salvar a una sola persona y que pretenden dos náufragos (tábula uniux cápax), sirvió a estos autores de punto de partida para su reflexión; pero también situaciones excepcionales como las que se producen en un local incendiado en el cual las personas, para salvar su vida, atropellan o pisotean a otras. ¿Se les puede pedir a ese náufrago que arrebata al otro la tabla, o a las personas que escapan del incendio, un comportamiento distinto al que tuvieron? ¿Se les puede encontrar penalmente culpables por lo que hicieron? En Alemania, donde se debatió ampliamente sobre este punto, la jurisprudencia, ya en este siglo, agregó otros casos célebres pero de carácter más doméstico (el "caso del caballo resabiado" y el "caso de la cigüeña") que perfilaron esta posición y la extendieron a situaciones en que las personas, según la tendencia tradicional, tendrían responsabilidad culposa y aun dolosa.

Los defensores de esta posición señalan que ya los códigos tradicionales, formulados mucho antes de que se expusiera la teoría de la inexigibilidad, contienen instituciones (el estado de necesidad o la coacción moral) y disposiciones sobre ciertos casos concretos que los normativistas consideran verdaderos antecedentes legales de la inexigibilidad, y que anteriormente no habían sido explicados convincentemente por la doctrina.

Así, por ejemplo, en nuestro Código encontramos las siguientes situaciones, cuya razón de ser se acomoda claramente a los fundamentos de esta posición:

- encubrimientos no punibles entre parientes próximos y amigos íntimos (Arts. 45 y 49);
- falsa declaración judicial para favorecer a parientes (Art. 295);
- evasión de parientes (Art. 310);
- falso testimonio del sindicado en un juicio (Art. 354).

Naturalmente, no todos los autores ni los tribunales de los distintos países aceptan esta doctrina. Hay quienes la juzgan peligrosa por dejar al arbitrio del juez la posibilidad de aplicar una causa **supralegal** de inculpabilidad, pues ésa es la conclusión a la que se llega si se admite la exigibilidad y su faz opuesta, la inexigibilidad. La persona, aun siendo imputable y habiendo procedido con dolo o con culpa, no sería culpable si no le era exigible actuar conforme a las normas. De todos modos es indudable, que esta teoría permite resolver casos que anteriormente no encontraban una sólida fundamentación.

En vista del debate producido podemos resumir la situación señalando que la inexigibilidad puede aplicarse con distintos alcances:

a) La inexigibilidad como causa **general** y **supralegal** de inculpabilidad. Esa fue la posición inicial de quienes lanzaron la concepción normativa de la culpabilidad y ahí se han mantenido sus partidarios. Esto quiere decir que esta causa va más allá de las disposiciones de los códigos y permite a los jueces, bajo su buen criterio, usarla cuando les parezca que el caso lo amerita suficientemente.

b) La inexigibilidad **aplicable por analogía** a los casos no previstos expresamente. Esta es una forma más limitativa, pero que, en todo caso, rompe el esquema tradicional del Derecho Penal de no aceptar la analogía para cubrir vacíos legales.

c) La inexigibilidad aplicable **sólo a los casos previstos legalmente**. Aunque, en realidad, de esta manera se desvirtúa el verdadero sentido de la teoría, la inexigibilidad así entendida ha estado ya prevista en los códigos.

10.- Excusas absolutorias

Para concluir este análisis de los elementos estructurales del delito, cabe simplemente hacer un agregado. Se había dicho, al iniciar este estudio, que el delito es un acto típico, antijurídico y culpable y que, como consecuencia de ello, es también punible. Es decir, comprobada la existencia del delito, el sujeto activo **debe** recibir una pena.

Sin embargo, hay algunos casos, excepcionales y de muy rara naturaleza, en que la ley ha excluido la punibilidad. Es decir, reuniendo un acto todas las características del delito y quedando subsistente su carácter delictivo, se excluye la punibilidad por disposición de la propia ley penal. La doctrina suele llamar a tales casos **excusas absolutorias**. También se los puede calificar como situaciones de **perdón legal**, porque efectivamente la propia ley perdona por anticipado a quienes han cometido el delito en cuestión.

La explicación de situación tan anómala se encuentra en razones propias de la política criminal del estado, que en tales casos prefiere perdonar que reprimir, considera más útil para sus fines pragmáticos tolerar la conducta delictiva que sancionarla.

Algunos de los casos que nuestro Código trae de estas excusas absolutorias son los siguientes:

premio a la delación (Arts. 145, 298, 317);

injurias recíprocas (Art. 496);

delitos contra la propiedad entre parientes próximos (Art. 588);

matrimonio con la ofendida en ciertos delitos sexuales (Art. 532);

también podrían entenderse como excusas absolutorias la no punibilidad de los abortos terapéutico y eugenésico (Art. 447).

Las razones que en cada caso pueden aducirse son de muy diverso orden: desde la seguridad del estado que premia con el perdón a quien delata a sus compañeros de conspiración, hasta las conveniencias de armonía familiar en los delitos contra la propiedad. En todo caso, son situaciones que dejan subsistente el carácter delictivo del acto y sólo excluyen la pena.

Capítulo X
EL ITER CRIMINIS

1.- Concepto

El hecho delictivo es un fenómeno complejo que atraviesa, en muchos casos, varias fases en su proceso de ideación, preparación y ejecución. Surge, no siempre por supuesto, en la mente del sujeto activo, como una idea más o menos remota que va, poco a poco, imponiéndose a la voluntad de la persona y termina por manifestarse en el mundo externo, a través de una serie de actos de distinta naturaleza. En ocasiones, el autor del hecho continúa actuando con posterioridad a la consumación del acto tipificado por la ley.

Esta evidente realidad ha dado lugar, tanto en los análisis doctrinarios como en las legislaciones, a una especial preocupación por el tratamiento penal que merecen las diversas fases de este complejo proceso. Desde épocas muy antiguas se habla del **íter críminis**, o sea del **camino del delito**, integrado por varias etapas en que la conducta delictiva va configurándose hasta llegar a su culminación.

2.- Criterios preliminares

Antes de señalar cuáles son esas etapas, cómo distinguirlas y cuál sería la correspondiente solución jurídico-penal para cada una de ellas, es indispensable destacar varios criterios preliminares, o puntos previos, que deben ser tomados en cuenta dentro de este capítulo.

Estos criterios son los siguientes:

a) La principal preocupación doctrinaria y legislativa por el íter críminis está directamente vinculada a la posibilidad de sancionar a quien se encuentra en una de las etapas de realización del delito. ¿Puede sancionarse, de qué manera y con qué fundamentos a quien no ha culminado su acción delictiva? Hasta ese momento, su conducta, aun cuando sea antijurídica y culpable, no ha llegado todavía a coincidir plenamente con la descripción típica de la ley y, por lo tanto, no ha lesionado efectivamente el bien jurídico protegido. La pregunta adquiere toda su significación si se toma en cuenta la importancia de la tipicidad y sus relaciones con el principio de legalidad.

Frente a la pregunta que hemos formulado, la respuesta que dan todas las legislaciones penales del mundo es afirmativa. Es decir, los códigos sí sancionan a quien se encuentra en determinadas fases del íter críminis (la tentativa, principalmente), aunque no en todas. En cuanto al fundamento de esta sanción, hay divergencias doctrinarias. Algunos autores, a nuestro modo de ver con acierto, encuentran su justificación en una especie de extensión de la tipicidad y, por tanto, de la punibilidad a ciertos actos previos próximos a la consumación, dentro de la compleja ejecución del acto punible. También suele afirmarse, con menos exactitud doctrinaria, que aquellas fases o actos, para ser

sancionados, deben estar previamente tipificados como tales en los códigos. Así se dirá, por ejemplo, que la tentativa debe ser tipificada por la ley, con sus elementos componentes, para que sea punible. Una tercera solución simplemente considera que la sanción, en estos casos, cumple una estricta función preventiva.

Nos referiremos nuevamente a este tema, al analizar las distintas fases del íter críminis.

b) Hay que advertir, por otra parte, que el esclarecimiento de la punibilidad de las distintas fases por las que puede atravesar un proceso delictivo, sólo interesa cuando el delito no ha llegado a su plenitud consumativa. Si el delito se ha consumado, la persona responderá por su acto, que encaja plenamente en la tipicidad establecida por la ley. La pena que ésta señala y que se aplicará al autor, sanciona también todos los actos anteriores encaminados a la ejecución del delito. En definitiva, al ser reprimido el delito consumado absorbe dentro de sí todas las fases previas, salvo que se hayan cometido otros delitos, como actos preparatorios del delito fin. En cambio, si el delito no se ha consumado, resulta indispensable establecer la punibilidad de los actos realizados.

c) Finalmente debe tomarse en cuenta que no todos los delitos presentan toda la variedad de fases que teóricamente pueden darse dentro del íter críminis. Por ejemplo, algunos delitos no son susceptibles de tentativa; en otros casos no hay actos preparatorios, sino que directamente el sujeto pasa a la fase de ejecución. Inclusive hay tipos de delitos en los cuales parece imposible la existencia misma del íter críminis.

3.- Fases del delito

Desde el momento en que el sujeto activo concibe la idea primigenia del delito hasta que logra culminar su propósito, el delito atraviesa dos fases: **la interna y la externa**.

La primera se circunscribe a la mente del sujeto activo y no tiene ninguna manifestación exterior que permita apreciar la génesis del propósito criminal en mientes.

La segunda, en cambio, se manifiesta exteriormente a través de una serie de actos de muy diversa implicación; unos serán simplemente **actos preparatorios** y muchas veces el delincuente no va más allá de la realización de estos actos. En otras ocasiones realiza **actos de ejecución**, que sin embargo no llegan a culminar en la obtención del resultado delictivo deseado, por causas de muy diverso origen, que también toca analizar. Por cierto que en muchos casos llega a la **consumación** del delito o, como algunos lo llaman, al delito perfecto. Inclusive puede haber conductas posteriores a la consumación, encaminadas al **agotamiento** del delito.

Jiménez de Asúa, cuando estudia este punto, hace una importante distinción que vale la pena considerar. Dice que entre las fases interna y externa se sitúa una zona intermedia: la de las **resoluciones manifestadas**, que considera no están comprendidas en ninguna de las dos.

Estudiaremos por separado cada una de estas distintas etapas.

4.- La fase interna

La fase interna del delito, que en algunos casos puede prolongarse largamente y en otros ser instantánea, comprende lo que se llamaba por los viejos comentaristas la ideación, la deliberación y la resolución. Hoy día, la doctrina no se preocupa tanto por estas distinciones, pues el principio predominante es que, mientras el proceso delictivo no salga de la mente de la persona, no interesa al Derecho Penal. La frase "el pensamiento no delinque" ha servido desde hace siglos para eliminar toda posibilidad de sanción de la fase interna.

En cambio, si se han producido ya actos externos, es decir si se ha pasado a la otra fase, el aspecto subjetivo, interno, interesa profundamente, pues será determinante para establecer la culpabilidad del sujeto activo, elemento del delito vinculado a conocimiento y a la intención, como se ha analizado anteriormente.

Con esta aclaración, el Derecho Penal se pronuncia por no sancionar la fase interna. Las razones para adoptar esta posición son varias. Van desde el aspecto práctico: ¿cómo podría probarse con absoluta certeza la existencia de deliberaciones íntimas o resoluciones delictivas, si no hay todavía acto externo alguno?; al aspecto técnico-jurídico: la ley penal sólo sanciona actos, y así lo dice expresamente el Código ecuatoriano (Art. 10: "Son infracciones penales los actos ..."); pero también son de orden político-filosófico: el estado, aunque pudiera, no debe penetrar en la intimidad de la conciencia de una persona, so pena de violar uno de los fundamentales derechos individuales, ni debe dar carácter delictivo a posiciones ideológicas contrarias a las auspiciadas por un régimen; y no hay razón alguna que justificaría esta intromisión.

Por cierto que el debate actual ya no se centra en la punibilidad o no de la fase interna, del pensamiento o de las ideas en cuanto tales. Las legislaciones coinciden en que no se puede sancionar la fase interna; pero algunas de ellas han creado un nuevo tipo de delito: el de propaganda ,difusión y hasta de expresión de ciertas ideas. En este caso, se arguye que ya hay actos constitutivos de la tipicidad del delito: discursos, proclamas, exhibición de lemas, difusión a través de varios mecanismos de ideas que se consideran peligrosas por parte de determinados regímenes autoritarios, que proscriben a ciertos partidos y condenan la propagación de sus postulados.

Ahora bien, en estos casos, más que medidas penales, éstas son medidas políticas. Si las quisiéramos encasillar en el ámbito penal, surgirían muchas dificultades, empezando por precisar cuál sería el bien jurídico afectado por tales conductas. Habría que concluir afirmando que es el orden social vigente, puesto en riesgo por ideologías contrarias al mantenimiento de ese orden. Esto indudablemente sólo es propio de regímenes autoritarios y significaría una grave limitación de la libertad de pensamiento y de la libertad de expresión; y el Derecho Penal se pronuncia en contra de tales limitaciones.

Puede afirmarse, en definitiva, que una legislación penal verdaderamente democrática se caracteriza, entre otros aspectos, por eliminar de sus disposiciones todo lo que pudiera tener un contenido ideológico, susceptible de ser manipulado políticamente.

En este sentido cabe advertir el carácter inconveniente y hasta peligroso de algunas normas que subsisten en el Código Penal ecuatoriano. Por ejemplo, el Art. 148, que sanciona la difusión de **propaganda, noticias o informaciones** destinadas a alterar el orden público o afectar el honor nacional, frases ambiguas que podrían ser utilizadas

como un factor de represión política. Otra norma de carácter similar es la del Art. 133 (sanción al autor de pastorales o sermones encaminados a desprestigiar a la autoridad), que se explica tan sólo dentro de un contexto histórico determinado. O el Art. 132: atacar de palabra o por escrito y de manera subversiva a la Constitución o a las leyes.

5.- Las resoluciones manifestadas

Dice Jiménez de Asúa que entre la fase interna y los actos externos de preparación o ejecución, existe una zona intermedia: la de las resoluciones manifestadas. Las más conocidas de éstas, la **proposición** y la **conspiración**, han constado desde antiguo en muchas legislaciones, entre ellas la ecuatoriana.

¿Qué es lo característico de las resoluciones manifestadas y por qué colocarlas en esta zona intermedia?

Si bien las resoluciones manifestadas han salido ya del ámbito interno de la persona, son actos puramente verbales y no materiales, lo cual les diferencia de los actos preparatorios propiamente tales. Aunque demuestran una clara intención delictiva, la doctrina considera que, en términos generales, están todavía lejos de significar un verdadero peligro para los intereses que la ley penal protege. Inclusive hay autores que consideran que se trata de delitos autónomos que se sancionan en ciertos casos. De todas maneras cabe darles un tratamiento especial.

Analicemos las dos resoluciones manifestadas que quedan indicadas:

a) Proposición

El Código, en el Art. 17, con evidente redundancia dice que *"existe proposición cuando el que ha resuelto cometer (un delito) propone su comisión a otra u otras personas".*

De este concepto se infiere que, para la existencia de la proposición, hace falta:

que el sujeto activo esté resuelto a cometer un delito concreto. No caben, por lo mismo, proposiciones delictivas genéricas, ni se incluyen las contravenciones;

que este sujeto solicite a un tercero su participación en ese delito determinado. No habrá proposición, por tanto, si solamente se pide un consejo, un parecer o se hace un comentario. No importa tampoco, para que se configure la proposición, que el propuesto acepte o se niegue a participar en la ejecución del delito.

b) Conspiración

El mismo Art. 17 define a la conspiración como el "concierto" de dos o más personas "para la ejecución de un delito". De lo cual se deduce como indispensables los siguientes elementos:

que exista un nexo de voluntad entre dos o más personas. No son suficientes aquí el

intercambio de opiniones o el diálogo sobre un posible delito: hace falta la decisión conjunta.

que el nexo exista para la ejecución de un delito concreto, excluyéndose así mismo las situaciones más o menos indeterminadas y las contravenciones.

La conspiración es entonces un paso adelante en relación a la proposición, aun cuando el Código las defina y trate en un orden diverso.

Punibilidad de las resoluciones manifestadas

No hay unanimidad en la doctrina ni en los códigos sobre este punto. Podría decirse, con Jiménez de Asúa, que es una especie de termómetro para medir las convicciones liberales que se traducen en la legislación de un país. Algunas legislaciones (la alemana, entre otras) consideran que, en estos casos, el peligro que amenaza a los distintos bienes jurídicos es demasiado remoto y que, en consecuencia, estas conductas deben quedar impunes. Otras legislaciones, en cambio, estiman que siempre debe sancionarse al que propone un delito o a quienes conspiran. Así lo hacía el anterior Código español. Unas terceras finalmente (la italiana, por ejemplo) estiman que la sanción sólo debe establecerse en casos excepcionales.

El Código ecuatoriano, en el Art. 17, se ubica precisamente dentro de esta tendencia, al declarar que la proposición y la conspiración no son punibles en términos generales; **lo son sólo por excepción en los casos expresamente determinados en la ley.** El Código concretamente se refiere a la punibilidad de la conspiración en los Arts. 118, 131, 135, 136, 602.26. Se trata, en todos estos casos, de conspiración para ejecutar delitos que atenten contra la seguridad del estado, externa e interna; y ahí radica, sin duda, la razón por la cual el legislador ha decidido sancionar una fase tan inicial dentro de un proceso delictivo. Muy curiosamente, hasta las reformas de mayo de 2010, no había en el Código ningún caso en que se sancione la proposición; en esas reformas se estableció la sanción para la proposición de traición cometida por servidores militares.

Por otra parte, el inciso tercero del Art. 17 señala que, aun en los casos de proposición y conspiración punibles, no habrá sanción si los autores desistieren de la ejecución del delito antes de haber sido enjuiciados.

Similitud con otras figuras penales

Hay en la parte especial de los códigos, y también en el ecuatoriano, ciertas figuras muy próximas al concepto de las resoluciones manifestadas, señalado anteriormente. Se trata de expresiones verbales, o básicamente verbales, encaminadas de alguna manera a la comisión de un delito futuro. Tales, por ejemplo, las amenazas, que aparecen como elemento nuclear del delito de **intimidación** (Art. 378), o la **instigación para delinquir** (Art. 386), o la **asociación ilícita** (Arts. 369 y siguientes).

En todos estos casos, el legislador ha considerado tales conductas como delitos autónomos, que tienen su sanción establecida por la ley, y no como actos que están dentro de un proceso encaminado a la comisión de un delito. En cambio considera que la proposición y la conspiración son solamente fases de un delito, que puede llegar o no a cometerse y que la ley sanciona de manera excepcional.

Vale la pena detenerse un poco más, para ejemplificar la situación, en el caso de la **asociación ilícita**. En un primer momento se podría encontrar una identidad entre esta figura y la conspiración. Esta es, según el Art. 17, el concierto de dos o más personas para la ejecución de un delito. La asociación ilícita, según el Art. 369, es la asociación formada con el fin de atentar contra las personas o las propiedades. En definitiva, en un caso y otro la ley se refiere a un grupo de personas coincidentes en un propósito delictivo futuro. Hay, sin embargo, diferencias entre una y otra figura:

a) La conspiración tiene un carácter más transitorio, mientras la asociación sugiere una mayor permanencia y exige una organización jerárquica;

b) La conspiración se refiere a la comisión de un delito determinado; la asociación se forma para la ejecución de varios delitos, que pueden no estar determinados todavía;

c) La conspiración sólo está sancionada en forma excepcional, en el caso de delitos contra la seguridad del estado; la asociación será sancionada, de acuerdo al Código, cuando se haya formado para atentar contra las personas o la propiedad;

d) En definitiva, la conspiración es una fase inicial en un proceso delictivo; la asociación ilícita es ya un delito autónomo que lesiona un bien jurídico (la seguridad pública, distinta a la seguridad del estado) y que existe por el solo hecho de la organización de la partida. De tal manera que si llegaran a cometerse aquellos delitos para los cuales se formó, habría un concurso entre estos delitos y el de asociación.

6.- Actos preparatorios y actos de ejecución

Una vez que el sujeto activo del delito empieza a realizar actos externos, materiales, encaminados a su objetivo, surgen las mayores dificultades para determinar su posible sanción, en el evento de que el proceso delictivo quede finalmente interrumpido.

Fueron los clásicos quienes, al llegar a este punto, sostuvieron la necesidad de distinguir entre los distintos actos realizados por el sujeto activo. Los clasificaron entonces en actos preparatorios y actos de ejecución; más todavía, definieron a la tentativa como un **principio de ejecución**. La diferencia, según ellos, no solamente era importante en cuanto a la precisión doctrinaria, sino que también tenía una enorme repercusión práctica: los actos preparatorios debían quedar impunes, mientras que si se producía un principio de ejecución, es decir si había ya tentativa, ésta debía ser sancionada.

Según los clásicos, esta diferencia se justificaba por dos razones: la naturaleza indeterminada de los actos preparatorios, en primer término, y, en segundo lugar, el que éstos no llegan a constituir todavía una amenaza directa al bien jurídico protegido.

Pero el problema verdaderamente serio se plantea al tratar de encontrar el límite entre unos y otros actos. En teoría es obvio distinguir entre lo que significa preparar un delito y ejecutar un delito; pero en la práctica, la frontera no resulta tan fácil de establecer. Hay actos que ordinariamente suelen considerarse como preparatorios: adquisición de medios e instrumentos, adecuación de los mismos, actos que ponen al agente en situación de realizar el delito o que buscan garantizar su impunidad; pero aun en estos

casos, podrían producirse situaciones dudosas. Hay que tomar en cuenta además las múltiples modalidades con las que se puede llevar adelante un proceso delictivo (hay tantas formas de matar, de robar o de estafar) y los diversos tipos de delitos, tan distintos unos de otros. Todo esto lleva a afirmar la necesidad de establecer un criterio general, de carácter doctrinario y no simplemente el formular una extensa casuística, para distinguir entre actos de preparación y de ejecución.

Ante tal dilema se han propuesto algunas alternativas:

a) **Aquella que elimina la distinción entre preparación y ejecución**, porque la considera extremadamente difícil, sino imposible y hasta inconveniente. Según estos autores (afiliados al finalismo; Scarano, por ejemplo), una vez que hay actos externos, cualesquiera que éstos sean, ha empezado la ejecución y debe hablarse de una tentativa punible, pues en el proceso de la acción delictiva ya son actos que el autor dirige a producir un resultado delictivo. Naturalmente el problema consistirá en poder demostrar que tales actos estaban en el Plan del autor encaminados a la producción de un delito. Pero si la prueba es posible, deben ser sancionados como tentativa.

b) **Aquella que establece la univocidad como criterio de distinción**. Esta teoría expuesta inicialmente por Carrara (y cuestionada posteriormente por él mismo) y aceptada por tratadistas y códigos clásicos, basa la distinción en la interpretación del acto realizado. Si el acto es **equívoco**, o sea que puede ser interpretado de varias maneras y alguna de ellas es lícita o penalmente indiferente, el acto no puede considerarse de ejecución sino simplemente preparatorio y, por lo tanto, no es punible. Pero si el acto es **unívoco**, o sea que admite una sola interpretación en orden a la comisión de un determinado delito, se trataría ya de un indudable acto de ejecución; o sea que se estaría ya en el ámbito de la tentativa punible.

Como se ve esta teoría es básicamente pragmática, pues pretende darle al juez un criterio que le permita decidir sobre el acto concreto que tiene que calificar. Pero esto mismo produce cierta relatividad en la apreciación de los actos. En efecto, un acto realizado por una persona en determinadas circunstancias sería calificado como acto preparatorio, pues el juez lo considera equívoco; pero el mismo acto realizado por otra persona en otras circunstancias podría ser calificado como acto de ejecución, por cuanto al juez le parece unívoco. En algunas ocasiones hasta entrarían en juego los antecedentes personales y otros elementos previos, que serían los que en realidad se estarían juzgando antes que el acto en sí mismo. En otros casos, en cambio, la dificultad consistirá en determinar qué tipo de delito es el que se iba a cometer. Por ejemplo, el acto realizado (llevar un arma de fuego) lo mismo puede ser conducente a cometer lesiones que homicidio; o la acción del sujeto activo (tomar entre los brazos a la víctima) de igual manera puede estar encaminada a cometer una violación que un atentado contra el pudor. Sólo el sujeto activo, interiormente, sabe a donde se dirige su conducta; y en ocasiones ni él mismo estará seguro. Con lo cual el asunto se convierte en un estricto problema probatorio.

A pesar de estas dificultades esta teoría, a la que suele llamarse, tal vez impropiamente, carrariana, ha tenido gran aceptación. El mismo Código ecuatoriano, al definir la tentativa en el Art. 16, acude a este criterio de distinción, como lo veremos más adelante.

c) **Aquella que considera que los actos de ejecución son aquellos que empiezan a realizar el tipo descrito por la ley**, mientras que son actos preparatorios los que no realizan todavía el tipo legal. Esta posición la adoptan muchos autores modernos (Beling ha sido su principal expositor y la incluye el Código penal alemán) y parte de un criterio más científico, conceptualmente válido para la distinción entre preparación y ejecución.

Esta teoría remite el análisis del asunto a la descripción típica de cada delito. Así, por ejemplo, solamente habrá ejecución de un homicidio al empezar a matar; y de hurto, cuando se empieza a sustraer. En otros delitos el comienzo de ejecución estará ligado a los elementos que acompañan al núcleo del tipo: habrá robo, cuando se empieza a sustraer con violencia o fuerza; o violación, cuando se intimida o se ejerce violencia sobre la víctima para efectuar el acceso carnal. Pero este criterio no excluye las dificultades prácticas: ¿cuándo se empieza a matar? ¿al apuntar con el arma sobre la víctima o solamente al apretar el gatillo? ¿Sería o no un acto de ejecución el enviar con un mensajero una caja de chocolates envenenados que luego la víctima no llega a consumir?

Estas dificultades hacen que algunos autores, aceptando básicamente esta posición, consideren que es necesario matizarla con elementos subjetivos, respecto a lo que se puede llamar "el plan del autor", es decir, la comprobación de que efectivamente el autor dirigía su acción a la obtención del resultado deseado (escuela finalista de Welzel), con lo que nuevamente se recae en el aspecto crucial en esta materia: el aspecto subjetivo. Otro factor que debe ser tomado en cuenta es el bien jurídico, pues solamente habrá comienzo de ejecución cuando éste empieza efectivamente a peligrar. Según esta teoría, la combinación de todos estos factores ayudaría a establecer con precisión la existencia de actos de ejecución.

Conclusiones

De la breve exposición de estos distintos planteamientos se concluye que la distinción entre actos preparatorios y de ejecución y, en consecuencia, el deslinde de lo que debe considerarse como tentativa, son temas extremadamente complejos y que no hay sobre ellos acuerdo entre las diversas posiciones doctrinarias. Más todavía si tenemos en cuenta que, en la práctica del delito, éste puede ejecutarse de muchas maneras, todas posibles dentro de la tipicidad establecida por la ley.

Habrá que estar, en todo caso, a la fórmula que establezca la ley positiva, como el marco fundamental, dentro del cual el juez podrá distinguir en cada situación concreta, si los actos realizados son de una u otra especie, tomando siempre en consideración que el asunto principal es establecer la intención del autor a través de los datos probatorios de que se disponga.

7.- Tentativa y delito frustrado

Una vez establecido el criterio para distinguir entre actos preparatorios y actos de ejecución, la doctrina concluye que, cuando estos últimos han empezado a realizarse, se está ya en la fase fundamental del íter críminis conocida como tentativa. Aquí surge una

nueva discusión doctrinaria para distinguir la **tentativa** y el **delito frustrado**; o como dicen otros autores, tentativa inacabada y tentativa acabada.

La escuela clásica, sobre todo, desarrolló estos dos conceptos muy vinculados entre sí, pero diferenciados, en cuanto el delito frustrado o tentativa acabada significa un paso más adelante.

Veamos, en efecto, como suelen puntualizarse los elementos de uno y otro concepto:

Tentativa

a) Principio de ejecución de un delito;
b) Interrupción de la ejecución y, por lo tanto, no producción del resultado;
c) Interrupción debida a causas o accidentes ajenos a la voluntad del agente.

Delito frustrado

a) Ejecución completa del acto por parte del agente;
b) No producción del resultado;
c) Por causas o accidentes ajenos a la voluntad del agente.

Como se advierte, la diferencia se establece básicamente en el primer elemento. En la tentativa, el sujeto activo inicia la acción ejecutiva (apunta con el arma a su víctima, le entrega ya la bebida entremezclada con el veneno); pero la ejecución se interrumpe en ese momento (un tercero interviene e impide el disparo, la víctima no consume la bebida preparada). En cambio, en el delito frustrado, la acción del agente concluye (el disparo se hace, la víctima toma el veneno); pero de todas maneras, el resultado que se buscaba no se produce (el disparo que se quería fuera mortal sólo hiere superficialmente a la víctima, o ésta es salvada en un hospital con la rápida administración de un antídoto).

El segundo elemento es similar y el tercero es idéntico: la no producción del resultado se debe a una causa extraña al agente mismo. Esta causa puede ser de la más diversa naturaleza: un acto del propio sujeto pasivo, la intervención de un tercero, una situación fortuita surgida fuera del control de las personas, una falla técnica del medio escogido para la comisión del delito, inclusive las inhabilidades del propio agente que él no puede controlar, etc. Es decir, se trata de situaciones que escapan al control voluntario del agente. Este elemento es, por otra parte, básico para diferenciar la tentativa y el delito frustrado del desistimiento y el arrepentimiento voluntarios, de los cuales se hablará más adelante.

Como queda dicho, la doctrina encuentra elementos comunes pero también diferenciales entre tentativa y delito frustrado. Los clásicos dieron gran importancia a la diferencia, considerando sobre todo que, objetivamente, en el delito frustrado el bien jurídico corrió mayor peligro, por lo cual debía ser considerado como un caso más grave, merecedor de mayor sanción.

En cambio otros autores estiman que en las dos situaciones el elemento intencional del

agente es el mismo y merece igual valoración, por lo cual no hace falta distinguirlas en la legislación, cuando por otra parte la distinción en la práctica puede ser tan sutil que en vez de facilitar complicaría la tarea del juez (un sujeto dispara sobre otro con el revólver cargado, el primer disparo no llega a la víctima y antes de que efectúe el segundo es interrumpido. ¿Tentativa o delito frustrado? ¿El primer disparo tenía un propósito simplemente intimidatorio o fue hecho con intención de matar?) Esta tendencia doctrinaria considera que, en una materia ya en sí compleja, es preferible eliminar esta nueva y difícil distinción.

Esta divergencia en la doctrina ha traído como consecuencia que en los códigos se hayan manifestado también dos tendencias: una, más antigua, en que se distinguen tentativa y delito frustrado; y otra, ya universalmente admitida, en que se unifican las dos situaciones bajo el nombre genérico de tentativa. En esta segunda tendencia se inscribe el Código ecuatoriano.

8.- La tentativa en el Código ecuatoriano

El Código ecuatoriano regula la tentativa en el Art. 16, que no es otra cosa que la transcripción casi textual del Art. 56 del Código italiano de 1930 o Código Rocco.

Como ya se advirtió, hay que destacar que el Código ecuatoriano elimina la diferencia entre tentativa y delito frustrado y establece un concepto que, con el nombre de tentativa, comprende las dos posibilidades.

El primer inciso del Art. 16 dice lo siguiente: *"Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica".* Examinemos este concepto, que si bien sigue básicamente la orientación doctrinaria de la univocidad, introduce también otros elementos, que lo convierten en una fórmula más amplia y pragmática.

a) Idoneidad de los actos realizados

El primer elemento, que el Código escoge como regulador y límite de la tentativa, es la idoneidad. Este elemento, un tanto novedoso, lo toma directamente del Código italiano. Idoneidad es la aptitud de un acto para producir un resultado, aunque en el caso concreto no se lo haya obtenido por causas ajenas a su propia idoneidad; y habrá falta de idoneidad, cuando el acto no tiene esa aptitud.

De inmediato surge una posibilidad: examinar la idoneidad bajo un doble punto de vista: como absoluta y como relativa.

Será **absoluta** la idoneidad del acto (o del medio empleado para ese acto) cuando general, normalmente, es apto para producir el resultado delictivo deseado. A priori puede afirmarse que el disparo de un arma de fuego, el empleo de un veneno o de un puñal, son medios idóneos para cometer un homicidio. Utilizar estas armas es un acto absolutamente idóneo para matar.

Será **relativa** la idoneidad cuando el acto (o el medio) sin tener a priori una aptitud general para producir un determinado resultado, en ciertos casos sí puede producirlo, por las circunstancias especiales del caso en sí mismo o por condiciones particulares del sujeto pasivo de la infracción. Un alfiler puede matar a un hemofílico o una cucharada de azúcar a un diabético; una bala de perdigones que a cierta distancia no es idónea para matar, sí lo es a muy corta distancia; la utilización de medios psíquicos, morales o indirectos puede ser apta para causar la muerte de una persona cardiaca o que padece determinadas perturbaciones, etc., aunque, luego, en cualquiera de estos casos, este resultado posible no se haya obtenido por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

Ahora bien, parece conveniente que el análisis de la idoneidad del acto sea hecho por el juez bajo este doble punto de vista. Esto es, habrá tentativa tanto si el acto es absolutamente idóneo, como si es relativamente idóneo para el caso en cuestión. Si no se realiza este doble análisis, quedarían sin previsión legal varias situaciones en las que el autor utilizó un medio sofisticado, insólito, pero de todas maneras eficaz en el caso concreto para producir un determinado resultado. Puede sostenerse inclusive, que en cierto tipo de delitos, la idoneidad siempre será relativa, como ocurre en la estafa, en la extorsión, en las injurias.

La realización de actos no idóneos nos coloca frente a otra situación del íter críminis: el delito imposible, al que nos referiremos más adelante.

b) Actos conducentes de modo inequívoco

Con esta frase el Código recoge la teoría de la univocidad (la llama inequivocidad). Es decir, para que haya tentativa, según esta disposición, hace falta que aquellos actos idóneos, intencionalmente realizados, admitan tan sólo una interpretación inequívocamente delictiva. Si los actos, aun siendo idóneos, admiten otras interpretaciones, lícitas o indiferentes, no habrá tentativa. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha determinado, en varios casos de homicidio, que sí hay tentativa tomando en cuenta especialmente el tipo de arma empleada y el lugar de las heridas producidas.

c) A la realización de un delito

Los actos deben estar dirigidos a la realización de un delito determinado, lo cual deberá establecerse a través del análisis objetivo de los actos idóneos e inequívocos. Si se presentaren casos de duda sobre la exacta naturaleza del delito buscado, deberá aplicarse el principio “in dubio pro reo” (Por ejemplo, si hubiere duda entre una tentativa de homicidio o un delito consumado de lesiones, se debería calificar el hecho como un delito de lesiones).

d) Si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica

Aquí precisamente el Código unifica los dos momentos de la tentativa y del delito frustrado. Efectivamente, la alternativa que el Código plantea se refiere a estas dos posibilidades: la primera, la acción no se consuma, o sea que la ejecución se interrumpe

antes de que haya concluido: sería el caso de la tentativa propiamente tal; la segunda, el acontecimiento no se verifica, o sea que el resultado no se produce, a pesar de haber culminado la ejecución: ése sería el caso del delito frustrado. Como se ha dicho, para facilitar la tarea de los jueces, eliminando la sutil distinción, el Código utiliza el nombre de tentativa para las dos situaciones.

e) Por causa ajena a la voluntad del agente

El Art. 16 no señala expresamente este elemento como integrante de la tentativa; pero de todos modos está implícitamente exigido, no sólo porque así lo determina la doctrina en forma unánime y lo reitera la jurisprudencia, sino también por obvia comparación entre el primer inciso de este artículo (en que se habla de la tentativa) y el segundo inciso (en que se trata del desistimiento). En este segundo caso sí se exige expresamente que la causa de la interrupción debe ser voluntaria del agente; si el desistimiento es voluntario, "contrario sensu", la tentativa debe producirse por una causa ajena a la voluntad del agente.

9.- Punibilidad de la tentativa

Actualmente la mayoría de la legislación universal, si no la totalidad, acepta que la tentativa debe ser penada. Sin embargo, ha habido y hay discrepancias sobre el fundamento doctrinario de esa penalidad, sobre la forma concreta en que debe establecerse y el alcance que puede llegar a tener.

Fue Carrara nuevamente el primero que estableció un criterio doctrinario para penar los actos de tentativa. Según él, debe ser penada, a pesar de que lo realizado no llegue a lesionar efectivamente el bien jurídico protegido, porque el peligro corrido equivale al daño. De esta afirmación dedujo la regulación de la pena: a mayor peligro, mayor sanción, y viceversa.

Cuando se empezó a perfilar la moderna teoría del delito se planteó nuevamente el asunto y se lo trató dentro del análisis de la tipicidad. Si los actos ejecutados no llegaron a producir el resultado esperado y, por tanto, si no se ha establecido la tipicidad del delito, ¿cómo entonces sancionar al autor de tales actos, sin violar el principio de legalidad?

Ante este interrogante, algunos autores han sostenido que los códigos tipifican la tentativa y señalan para ella una pena determinada; es decir, la tentativa sería entonces una "especie de delito", con lo cual el principio de legalidad quedaría incólume. Esta afirmación, sin embargo, es muy discutible. Los códigos no tipifican la tentativa en el sentido exacto que tiene esta palabra. Lo que hacen los códigos es dar una fórmula general para que el juez sepa en que casos hay una tentativa; no describen una conducta concreta a la que el sujeto activo deba acomodarse, en cada caso, para ser sancionado. Decir, por ejemplo, que la tentativa está tipificada en el Art. 16 del Código sería al menos una inexactitud. Podría aceptarse esta explicación si los códigos, en la parte especial, al tipificar cada uno de los delitos en particular, agregaran que, además del delito consumado, se sancionará la tentativa, señalando en cada caso la pena correspondiente. Una solución de esta naturaleza convertiría a los códigos penales en

textos legales excesivamente farragosos y, por lo mismo, antitécnicos.

Fue el penalista alemán Mayer quien dio, a nuestro juicio, la mejor solución al problema. En efecto, según él, la tentativa se sanciona como una **causa de extensión de la tipicidad y de la pena**. La ley sanciona el delito consumado, es obvio, por cuanto en ese caso la conducta del autor se acomoda a la tipicidad expresamente prevista; pero la sanción se extiende también a aquella zona limítrofe en que la acción típica comienza a desarrollarse y se va aproximando a su consumación. Sin duda, sancionar la tentativa representa una especie de desviación frente al caso normal (el delito consumado) y su extensión, más o menos amplia, dependerá de los propósitos más o menos severos que adopte el legislador al formular su política criminal a través de la ley.

Ya concretamente las legislaciones presentan grandes variantes en la forma de sancionar la tentativa. Hay códigos, como el francés o el alemán, en que el juez puede llegar a equiparar totalmente la pena de la tentativa con la del delito consumado, considerando que el elemento intencional es exactamente igual en uno y otro caso. Sin embargo, la posición más frecuente, verificable en el Código italiano, es sancionar la tentativa con una pena inferior. Esto se justifica por cuanto se trata de una situación en que, si bien la culpabilidad subjetiva puede ser idéntica, no se ha producido el daño objetivo que implica el resultado del delito. Hay autores que sostienen, inclusive, que el solo hecho de que no se haya llegado a la consumación revela menor peligrosidad delictiva, pues el delincuente más avezado realiza su acto con tantas precauciones, que no habrá factor imprevisto que pueda impedir la consumación.

También hay variantes respecto a la posibilidad de sancionar o no la tentativa de todos los delitos, o solamente de los más graves. En fin, la mayor o menor extensión estará determinada, como se ha dicho, por esas grandes líneas de política criminal vigente en una sociedad.

10.- Sanción de la tentativa en el Código ecuatoriano

El Código ecuatoriano regula en el Art. 46 la forma de sancionar la tentativa, con la siguientes reglas:

a) La pena de la tentativa es **inferior** a la del delito consumado. Según el Código podrá ir del un tercio a los dos tercios de la que se habría impuesto al sujeto activo si el delito se hubiese consumado. Esto significa que el juez deberá primeramente determinar la pena que, en el caso, habría merecido el delito consumado y establecer, luego, la de la tentativa.

b) El Art. 46 señala además que, para aplicar esta variable, el juez tomará en cuenta dos factores: el **peligro corrido** por el sujeto pasivo y los **antecedentes del acusado**. Esto significa que, de alguna manera, supervive la vieja distinción entre tentativa y delito frustrado, pues en este segundo caso el peligro corrido es mayor y al juez le corresponde imponer una sanción más alta; pero se agrega, como factor complementario, una consideración de tipo positivista como es la relacionada con los antecedentes del sujeto activo, con lo cual, por otra parte, se recurre al discutible principio de culpabilidad de autor.

c) El mismo Art. 46 dice que los **autores** de tentativa merecerán la pena que ya queda indicada. Esta expresa disposición de la ley, que se refiere exclusivamente a los autores, significa que otros partícipes (cómplices y encubridores) que podrían haber actuado en el caso, quedan claramente excluidos de sanción, pues el Código no establece una regla concreta para calcularla. Aunque un tanto sorprendente, esta norma concuerda con el criterio general ya expuesto de que la tentativa se sanciona sólo por extensión y que ésta puede ser más o menos amplia.

d) Finalmente hay que agregar que el último inciso del Art. 16 determina que las contravenciones sólo se sancionarán cuando han sido consumadas. Por lo tanto también se excluye, para este tipo de infracciones, la punibilidad de la tentativa.

11.- La tentativa en cierta clase de infracciones

Como se ha dicho, los Arts. 16 y 46 del Código dan reglas generales aplicables a la tentativa en cualquier clase de infracciones. Sin embargo, debemos preguntarnos si realmente es posible que siempre haya tentativa, sea cual fuere la infracción que se pretendía cometer; o si hay tal vez cierto tipo de infracciones en las cuales resulta imposible que se produzca esta fase del íter críminis. Veamos algunos de estos casos:

a) En las contravenciones

La ley expresamente excluye de sanción la tentativa de la contravención; pero esto no quiere decir que conceptualmente sea imposible que se produzca. Muchas de las contravenciones tienen una estructura idéntica a la del delito y su diferencia es meramente cuantitativa (por ejemplo: lesiones que causen una incapacidad o enfermedad de hasta tres días; hurto o robo de bienes que valgan hasta un salario mínimo vital). Es muy claro que en casos como éstos sí puede haber tentativa, pero simplemente el legislador ha decidido no sancionarla.

b) En los delitos culposos

La naturaleza misma del delito culposo está en contraposición con la tentativa y en general con el íter críminis. En efecto, el delito culposo es aquel en que se produce un resultado previsible, pero no querido, causado por negligencia, imprudencia, impericia, etc. Es claro entonces que en los delitos culposos el sujeto activo no dirige sus actos a la comisión de un delito; no hay actos que el agente realiza intencionalmente como conducentes de modo inequívoco a la obtención de un resultado delictivo, que finalmente no se produce. Siendo éstas las exigencias legales de una tentativa, es claro que no puede haber tal tratándose de delitos culposos, que se sancionarán sólo si llegaren a consumarse. O si se quiere y dicho de otro modo, la tentativa siempre es dolosa.

En el campo de las hipótesis, podrían registrarse situaciones en que conductas culposas queden interrumpidas antes de que se produzca daño alguno, o que estuvieron muy cerca de producirlo (una persona juega descuidadamente con un arma de fuego cargada, el arma se dispara y la bala pasa a un centímetro de la cabeza de otra persona presente;

en tono de broma, alguien arroja a otro a una piscina y éste comienza a ahogarse; un tercero lo salva); pero estos casos realmente quedarían al margen de aquello que la doctrina y la ley exigen para que haya tentativa. Reiteramos que ésta requiere de un elemento doloso, intencional, dirigido por el autor inequívocamente hacia la obtención de un determinado resultado.

c) En los delitos preterintencionales

También la naturaleza de estos delitos está en contraposición con el concepto mismo de tentativa. En el delito preterintencional hay un resultado adicional no querido por el autor, el cual con su acto buscó solamente un resultado de menor gravedad. De esta manera, solamente cuando este resultado adicional se produce estamos frente a uno de estos delitos. Por el contrario, la tentativa es siempre la puesta en marcha de un proceso delictivo que no llega a consolidarse en el resultado deseado. Por ello resulta antitético hablar de tentativa de delito preterintencional.

d) En los delitos con dolo eventual

La doctrina en general acepta la posibilidad de tentativa en situaciones de dolo eventual. No resulta descartable el caso de que un resultado dañoso, no directamente querido, pero sí probable y aceptado (requisitos del dolo eventual), no haya llegado finalmente a producirse, por causa ajena a la voluntad del autor. Pero, como ya se ha visto anteriormente, en nuestro derecho positivo parece no ser admisible en términos generales el dolo eventual, ni siquiera para situaciones de delito consumado, menos todavía lo sería para casos de tentativa. En efecto, nuestro Código específicamente estipula (Art. 14) que dolo es la intención o designio de causar un daño previsto y querido por el agente, y la tentativa es la ejecución de actos conducentes de modo inequívoco a la producción de ese resultado. Estas exigencias legales no podrían cumplirse en las hipótesis de dolo eventual.

e) En los delitos de ejecución no fraccionable

Este caso sería el de aquellos delitos (sobre todo los formales) cuyo proceso ejecutivo consiste en un solo acto que no admite fragmentación, De este modo si el proceso empezó a ejecutarse, simultáneamente se produjo ya el resultado. Son ejemplos de este tipo de delitos los de carácter verbal, las injurias o el falso testimonio: una vez que el autor pronuncia las palabras injuriosas o falsas, el delito está ya consumado, sin que haya lugar a la posibilidad de una tentativa.

f) En los delitos de omisión

No se puede dar una solución única para este tipo de delitos. Habrá necesariamente que distinguir entre los delitos de omisión simple o propia y los de comisión por omisión.

1) **De omisión simple:** no cabe la tentativa. En este tipo de delitos, la ley tipifica la omisión, el no hacer, como la conducta delictiva. Por lo tanto, el agente que está

jurídicamente obligado a hacer algo, de una manera específica y en un momento determinado, se enfrenta a un dilema. Si omite la acción debida, el delito se consuma; si efectúa la acción, no hay delito alguno. En tal dilema no queda lugar para la tentativa, como en los delitos de acción no fraccionable.

Veamos, por ejemplo, el delito del Art. 541 (no entregar a un niño recién nacido que haya sido encontrado). El sujeto activo puede retener al niño hasta que finalice el tercer día; en ese momento el dilema se le plantea: no entrega al niño, delito consumado; lo entrega, no hay delito alguno, ni tentativa, aun cuando hasta el último momento haya tenido el propósito de no entregarlo.

2) **De comisión por omisión:** sí cabe la tentativa. Estos son delitos en los cuales se tipifica una conducta y un resultado que puede ser obtenido no solamente por acción sino también por omisión. En tales casos puede haber lugar a una interrupción de la conducta omisiva que impida la producción del resultado buscado por el agente. Alguien pretende matar a otro privándole de alimentación; pero en pleno proceso de ejecución, la intervención de un tercero impide la consumación del resultado. En ese caso, sí habría tentativa.

g) En los delitos habituales

Estos delitos se caracterizan por ser la repetición de actos que por sí solos no constituyen el delito tipificado, pues éste es la suma de todos ellos (caso característico, en el Código ecuatoriano, es el delito de usura). Lo fundamental entonces es demostrar la habitualidad de la conducta y en este supuesto, un solo acto realizado, un solo préstamo usurario, por ejemplo, es penalmente irrelevante, ni puede demostrar tampoco en forma inequívoca que el sujeto va a proseguir la actividad usuraria. Y si esta actividad efectivamente continúa, el delito se habrá ya consumado.

h) En los delitos de peligro

Lo característico de estos delitos es, precisamente, la creación de una situación general de amenaza a determinados bienes jurídicos así mismo generales: la seguridad o la salud pública, por ejemplo. Estos delitos no producen por lo tanto un daño concreto a ningún bien jurídico individual. Hay dos tendencias en relación a este punto. Según la primera, la tentativa no sería posible por cuanto ésta consiste en actos que amenazan un bien jurídico perfectamente individualizado; no podría haber el peligro de un peligro. Según la segunda, la posibilidad de tentativa en estos delitos debería examinarse en cuanto pueda fraccionarse o no el proceso de ejecución, situación que se puede encontrar sobre todo en los delitos de peligro concreto.

i) En los delitos complejos

En estas figuras delictivas creadas por el legislador (robo o violación con muerte, por ejemplo), se puede producir una situación de difícil resolución. Supongamos que el autor del hecho mata a su víctima para robarla, pero no llega a consumar el robo. ¿Cómo debería solucionarse el caso? Parecería que en estos casos, la mejor solución

sería destruir el delito complejo y considerar separadamente los resultados producidos. En el ejemplo, establecer que se ha producido un homicidio consumado y una tentativa de robo.

j) En los delitos con condiciones objetivas de punibilidad

En estos delitos la ley establece que, para poder sancionar al autor de una conducta, es necesario que se hayan cumplido previamente determinados requisitos, que pueden ser declaraciones judiciales, procedimientos administrativos o actos de terceros. Así, la auditoria realizada por la Contraloría para perseguir el delito de enriquecimiento ilícito; o la calificación de maliciosa hecha por el juez en el caso de acusación calumniosa. La ley exige que estas condiciones se cumplan previamente, pero esto sólo podrá verificarse cuando el delito llega a consumarse. Así, pues, cuando la ley incluye estas condiciones, sólo es posible la sanción del delito consumado y no de la mera tentativa.

k) En los delitos con formas irregulares de ejecución

Nos referimos en este punto a aquellos delitos cuyo proceso de ejecución sale en un momento dado de las manos del agente y se complementa o termina fuera de él. Habría aquí varias posibilidades:

1) El proceso continúa por la sola fuerza natural o de un mecanismo preestablecido: una bomba con una mecha ya prendida o con un mecanismo de relojería. Si, luego, el proceso se interrumpe porque alguien echa agua a la mecha o falla el mecanismo, de todas maneras habrá tentativa.

2) El proceso continúa con los actos de un tercero inocente. La bomba es enviada con un mensajero, como si fuera un regalo, pero es descubierta a tiempo y no explota. Hay tentativa.

3) El proceso continúa con actos del propio sujeto pasivo. La bomba debe explotar cuando la víctima abra el paquete. Igual que en los casos anteriores: si el resultado no se produce habrá tentativa.

4) El delito continúa con actos de un tercero partícipe en el delito. En estos casos se podrían dar algunas variantes: el partícipe no hace nada o sólo realiza algún otro acto preparatorio o desiste, etc. La doctrina no tiene frente a estos casos una solución única. Algunos autores consideran que la situación de los partícipes debe igualarse objetivamente en conformidad con los actos realizados, de los cuales deben responder todos. Otros autores consideran, en cambio, que cada cual debe responder exclusivamente de lo que hizo. Este tema se examinará también en el capítulo relativo al concurso de personas en el delito.

12.- El delito imposible

También corresponde examinar, dentro del íter críminis, la situación conocida como

delito imposible. Algunos autores suelen llamarla tentativa imposible; pero este nombre no guarda conformidad con la verdadera naturaleza del caso. En efecto, el delito imposible se produce cuando el resultado querido por el agente no podía ser obtenido a través de la acción que puso en marcha. La imposibilidad se refiere, no al proceso de ejecución, que sí hubo, sino a la obtención del resultado.

Casos

La doctrina señala varios casos de delito imposible, aunque no hay aceptación unánime de todos ellos:

a) Medios no idóneos

Es la situación más clara de delito imposible y aceptada por todos los autores. El sujeto activo pone en marcha un proceso con medios que no tienen aptitud, ni absoluta ni relativa, para producir el resultado que busca. Por ejemplo, el agente espera producir un homicidio o un aborto con agua azucarada, o lesiones con actos de brujería; o pretende engañar con una tosca falsificación de billetes. Los medios no son idóneos para la obtención del resultado.

El Código ecuatoriano, al establecer el concepto de tentativa (Art. 16), se refiere a la práctica de actos idóneos conducentes a la obtención del resultado. Así, pues, este caso quedaría expresamente excluido de ser considerado como tentativa.

b) Falta de objeto

En este caso, la ejecución del acto no surte el efecto deseado, el delito no se consuma, porque no existe el objeto material en el cual debe producirse precisamente ese resultado. Por ejemplo: A pretende matar a B, pero cuando dispara sobre B, éste ha muerto previamente; el homicidio es imposible, por cuanto ya no existe la persona a la que se quería matar. Una mujer, que cree estar embarazada, toma sustancias abortivas, pero el aborto es imposible, porque falta el feto, que es el objeto material sobre el cual debe recaer la acción del delito.

Es claro, en tales situaciones, que el delito resulta absolutamente imposible: la inexistencia del objeto (que debe ser absoluta y no momentánea) conlleva este efecto. Pero algunos autores consideran que la verdadera solución a este caso no es la de delito imposible sino la de ausencia de tipicidad. No se puede ejecutar la acción nuclear del delito por falta de objeto: no se puede matar a un muerto, no se pueda causar el aborto de una mujer no embarazada, etc.

En los delitos contra la propiedad se pueden producir situaciones un tanto complejas: el ladrón, que entró a una casa para sustraer determinados bienes, no los encuentra, por cuanto fueron trasladados a otro lugar. La falta de objeto, sin embargo, no es absoluta, y por lo tanto el caso no sería de delito imposible, sino de tentativa.

c) Autor no idóneo

También suelen incluirse entre los casos de delito imposible aquellas situaciones en que el autor de un hecho carece de las calidades que la ley exige en ciertos casos para el sujeto activo de un delito; por ejemplo, no es funcionario público. Es claro que también aquí el delito sería imposible; pero, quizás más todavía que en el caso anterior, éste parece más bien identificarse como una situación de ausencia de tipicidad, más que de verdadero delito imposible.

d) El agente provocador

Esta situación también ha creado discrepancias entre los autores. Se llama agente provocador a la persona, en muchos casos un miembro de la fuerza pública, que prepara el ambiente para atrapar a un sospechoso en el momento en que está a punto de cometer un delito. En definitiva, se considera que el delito no se podrá cometer porque el agente provocador intervendrá antes de que llegue a producirse el resultado. ¿Hay en estos casos tentativa punible o delito imposible? Muchos autores consideran que no hay tal imposibilidad del delito; que muchas veces, a pesar del agente provocador, el resultado se produce y que si no se llega a verificar se estaría en un caso de tentativa. Este caso plantea además una situación de participación muy curiosa, que conviene examinar en el punto correspondiente.

Sanción del delito imposible

Tampoco hay unanimidad de criterios sobre este punto. En primer lugar, hay que recordar que sólo el primer caso es aceptado por todos los autores como una auténtica situación de delito imposible; otros aceptan también el segundo caso, pero hay quienes lo consideran, igual que el tercero, como situaciones de ausencia de tipicidad y por lo tanto no punibles. En el cuarto caso, en cambio, se estaría frente a una tentativa punible.

Bajo estos presupuestos, las opiniones se dividen. Según algunas, el delito imposible sí debe ser sancionado, por cuanto consideran que la culpabilidad del agente, desde un punto de vista **subjetivo**, es la misma que en la tentativa, si bien puede considerarse en algunos casos una eventual atenuación, por tratarse de posiciones subjetivas muy diversas: no es el mismo el caso de quien cree que se puede matar con azúcar a un no diabético, que aquel otro que administró azúcar a su víctima, creyendo por error que se trataba de un veneno. Con esta fundamento se entienden las disposiciones sobre la materia del Código alemán (Art. 23): *"La tentativa puede castigarse con una pena menor que la correspondiente al hecho consumado. Si el autor ignorase, por grosera incomprensión, que en virtud de la naturaleza del objeto sobre el cual habría de recaer el hecho o por los medios utilizados para su consecución, la tentativa no podía conducir en absoluto a la consumación, podrá el juez prescindir de la pena o atenuarla según su libre apreciación".* Como se ve, el Código alemán deja al criterio del juez el sancionar o no el delito imposible y en el primer caso atenuar o no la pena.

Otras posiciones son más terminantes y consideran que el delito imposible no debe ser sancionado, por cuanto desde un punto de vista **objetivo** el bien jurídico protegido nunca estuvo amenazado por la acción interpuesta por el sujeto activo. Así lo estima, por ejemplo, el Código italiano (Art. 49): *"La punibilidad queda excluida cuando por la inidoneidad de la acción o por la inexistencia del objeto de ésta, es imposible el*

resultado dañoso o peligroso".

El Código ecuatoriano nada dice en forma expresa, en los Arts. 16 y 46, sobre la situación creada por el delito imposible. Sin embargo, debiendo la tentativa reunir las características que la ley determina de una manera, ahí sí, expresa, y una de ellas es la idoneidad de los actos realizados, cabe concluir, en consecuencia, que el delito imposible no está penado en nuestro sistema.

13.- Desistimiento y arrepentimiento eficaz

Estas dos situaciones del íter críminis ocupan una posición paralela frente a las de tentativa y delito frustrado.

El **desistimiento** (que a veces suele llamarse **tentativa desistida**, y así podría deducirse del texto del Art. 16 de nuestro Código) exige: primero, un comienzo de ejecución; segundo, una interrupción de la ejecución y una consiguiente no producción del resultado. Hasta ahí, la situación es idéntica a la tentativa; pero, a diferencia de ésta, la interrupción la realiza voluntariamente el propio sujeto activo.

Del mismo modo, el **arrepentimiento eficaz**, paralelamente al delito frustrado, exige: primero, una ejecución completa por parte del agente; segundo, una no producción del resultado; pero, así mismo, a diferencia del delito frustrado, el resultado no se produce porque el propio agente logra voluntariamente evitar que ese resultado se produzca.

El Código ecuatoriano que, según hemos señalado anteriormente, unifica en su tratamiento a la tentativa y al delito frustrado, bajo el nombre común de tentativa, en cambio, trata separadamente estas dos situaciones y les da soluciones básicamente distintas, como se desprende de los incisos segundo y tercero del Art. 16.

Condiciones esenciales

Antes de examinar la punibilidad de estos casos y considerar la forma en que el Código los trata, detengámonos en el análisis de algunos puntos esenciales dentro de este tema:

a) El desistimiento, para ser tal, debe consistir necesariamente en un **cambio de propósito y conducta por parte del sujeto activo**. No hay tal cuando se trata simplemente de una suspensión del proceso delictivo, que se reanudará más adelante, superadas determinadas dificultades que a lo mejor se encontraron en el momento de la ejecución. No se trata de un diferimiento, sino de un abandono definitivo del propósito, cuando el sujeto activo tenía posibilidad de llegar a la consumación del delito.

b) En cuanto al arrepentimiento eficaz, éste debe consistir en un acto que realiza el autor del hecho, una vez concluida su actividad delictiva, que **consigue evitar que se produzca el resultado**. No basta por lo tanto el solo arrepentimiento, es indispensable que éste sea eficaz; pues, si a pesar de la intención de impedir el resultado por parte del sujeto activo, su arrepentimiento es tardío y el resultado de todas maneras se produce, deberá responder por delito consumado. En el caso de un envenenamiento, habrá arrepentimiento eficaz, si concluido el proceso ejecutivo, cuando la víctima ha ingerido

ya el veneno, con posterioridad el propio sujeto activo logra salvar la vida de su víctima administrándole un antídoto, haciéndole atender en un hospital, etc. Si no consigue salvarle la vida, el delito obviamente se habrá consumado.

c) Tanto el desistimiento como el arrepentimiento deben ser voluntarios. Ahí se establece la fundamental diferencia con la tentativa. En ésta, la posición mental del sujeto activo podría reflejarse en la siguiente frase: "Quiero, pero no puedo"; en cambio, en el desistimiento y en el arrepentimiento eficaz, la frase sería otra: " Puedo, pero no quiero".

Ahora bien, la voluntariedad, de la que habla nuestro Código, significa que no interesan los motivos que tuvo el agente para cambiar de conducta, lo importante es que lo haya hecho por su propia decisión. Los móviles pueden ser éticamente valiosos, como el sentimiento de piedad hacia la víctima; o no tanto, como el temor de recibir una sanción. De todos modos unos y otros son voluntarios y bastan para que se produzcan estas situaciones. Inclusive nuestro Código no utiliza la palabra espontáneos, con que algunos códigos califican estos casos.

Punibilidad

Al igual que en la tentativa, estamos aquí en situaciones que sólo pueden ser sancionadas en virtud del principio de extensión de la tipicidad y de la pena, cuya fijación se hace por el legislador atendiendo a los lineamientos de su política criminal. Por eso algunas legislaciones acentúan la severidad y otras la benignidad. Por supuesto que hay aquí un factor fundamental que debe ser tomado en cuenta: la voluntariedad de la interrupción de la ejecución o del impedimento del resultado. "A enemigo que huye, puente de plata" dice la doctrina alemana para sostener la conveniencia de un tratamiento penal benigno para quien desiste y aun para quien se arrepiente.

El Código ecuatoriano, en el mismo extenso Art. 16, sigue estos criterios. Establece dos soluciones: una para el desistimiento, muy benigna; y otra para el arrepentimiento eficaz, un tanto más severa, porque en este segundo caso el peligro corrido por el sujeto pasivo fue mucho mayor. Veamos esta doble fórmula:

Desistimiento

Según el Código no es punible, aunque la redacción del artículo 16 sea un tanto confusa. Se agrega, sin embargo, que sí habrá sanción para los actos ejecutados cuando éstos constituyan una infracción autónoma (el robo de un arma para cometer un homicidio, del cual finalmente se desistió; la violación de un domicilio, para cometer un robo del cual se desistió; se desistió del homicidio, pero se cometió lesiones; se desistió de la violación, pero se cometió un abuso sexual, etc.).

También en este punto, el legislador ecuatoriano se "inspiró" en el Código italiano; pero añadió finamente una frase que resulta un tanto enigmática: "... excepto cuando la ley, en casos especiales, califica como delito la mera tentativa". Podría entenderse esta excepción de distintas maneras. Tal vez la más lógica sea considerar que hay ciertos casos en que sí habría sanción, a pesar del desistimiento, porque la ley ha "tipificado"

los actos de ejecución como “delito” autónomo. Uno de estos casos sería el señalado en el Art. 224.

Arrepentimiento eficaz

Según el Código sí es punible, pero en forma dos veces atenuada. Efectivamente, la ley dice que en estos casos la pena será la de la tentativa, que ya es atenuada, disminuida nuevamente de un tercio a la mitad. El juez deberá hacer entonces un doble cálculo y una doble disminución de la pena: establecer primero la pena del delito consumado, disminuirla luego conforme a las reglas de la tentativa y disminuirla otra vez conforme a esta regla. Por ejemplo, si el delito consumado mereciere doce años, calculará la pena de la tentativa (entre uno y dos tercios), supongamos que la establece en seis años; de ahí la segunda disminución (de un tercio a la mitad): la pena en definitiva iría de dos a tres años.

Habrá que insistir en que, si el delito se hubiera ya consumado, no cabe arrepentimiento eficaz. Puede haber sí reparación posterior, la cual solamente se considera como una circunstancia atenuante dentro de un delito consumado.

14.- Delito consumado

Estamos en este caso frente al delito que ha llegado a su perfección jurídica, una vez cumplido todo el proceso de ejecución y producido el resultado que la ley determina. El íter críminis ha concluido.

El análisis del delito consumado debe hacerse desde una doble perspectiva:

Desde un punto de vista formal, delito consumado es aquel en el cual la conducta del sujeto activo se acomoda de una manera exacta y completa al tipo legal descrito por la ley.

Desde un punto de vista material, delito consumado es aquel que produce la lesión efectiva del bien jurídico protegido.

Este doble análisis permitirá establecer con precisión cual es el momento consumativo del delito. En la mayoría de los casos bastará la referencia a la descripción legal: el homicidio se consuma el momento en que el sujeto pasivo muere, la violación cuando se produce el acceso carnal; pero en otros casos conflictivos o de dudosa interpretación, habrá que examinar también el punto de vista material para establecer ese momento consumativo. El hurto, por ejemplo, según se tipifica en la descripción legal, se consuma con la sustracción de la cosa ajena; pero ¿en qué momento se produce la sustracción? Se producirá cuando el bien jurídico protegido, en este caso la propiedad, haya sido efectivamente lesionado por la conducta del sujeto activo.

Establecer el momento consumativo exacto tiene importancia para deslindar la consumación de la tentativa y del desistimiento; pero también para establecer el momento y el lugar del delito, situaciones que son de importancia para determinar cuál es la ley aplicable al caso, cuál es el juez competente, desde cuándo se debe contar el

plazo de prescripción, etc.

En los delitos instantáneos la consumación ocurre en un momento más o menos breve, pero la situación más curiosa se produce en los delitos permanentes (plagio, rapto) cuya consumación dura todo el tiempo en que se prolongue la violación del bien jurídico protegido, la cual puede durar días y meses. Sólo cuando termine tal situación, el delito ha dejado de consumarse.

15.- El delito agotado

Dícese que hay delito agotado cuando ha producido todos los efectos dañosos que buscaba el agente: vender la cosa sustraída, obtener el rescate pedido por la persona plagiada, torcer gracias al perjurio el recto criterio del juez, etc. Se trata en definitiva de resultados o situaciones adicionales producidos con posterioridad a la consumación del delito, pero directamente vinculados con él. Si para el agotamiento el sujeto activo ha efectuado determinados actos, éstos son indudablemente de gran importancia criminológica, pues en muchos casos permitirán apreciar su personalidad, pero ¿tendrán también relevancia penal?

El Derecho Penal se preocupa cada vez más de estas situaciones, aunque en muchos casos, desde el punto de vista legal, sea irrelevante que el delincuente haya podido obtener o no lo que se propuso más allá de la consumación. Sin embargo hay casos en que los actos de agotamiento adquieren importancia jurídica y merecen una especial consideración:

Uno de esos casos sería aquel en que el sujeto activo para agotar un delito comete otro, con lo cual los dos delitos serían conexos;

Igualmente es importante el caso en que el agente para completar su acción realiza actos que la ley considera circunstancias agravantes (huir del lugar, procurar aumentar los efectos dañosos de la infracción, etc.);

En algunos casos la propia ley ha recogido estos actos posteriores y les ha dado determinado efecto. Así, por ejemplo, el Art. 189 tipifica diversas modalidades de plagio, en relación a ciertos efectos posteriores al apoderamiento de la persona. O el Art. 550 establece que un hurto se puede transformar en robo, con posterioridad a la sustracción, si el sujeto activo de la infracción efectúa actos de violencia, para asegurar su delito.

Una conducta posterior a la consumación del delito y de indudable importancia penal es el **encubrimiento**, aunque en este caso el encubridor es necesariamente un tercero, cuya situación debe estudiarse separadamente. Por cierto que nuestro Código (Art. 41) considera al encubridor partícipe en el delito anterior.

Hay que tomar en cuenta finalmente que en ciertos casos la conducta posterior ya no va destinada al agotamiento del delito, sino que tiene por el contrario un afán reparador, gracias a lo cual debería ser considerada más bien como circunstancia atenuante.

Capítulo XI
CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO

1.- Autoría, coautoría y participación

En muchos casos, el proceso delictivo es llevado a cabo por una sola persona, que asume la totalidad de la preparación y ejecución de un delito a través de sus distintas fases. Esa persona es **el autor** del delito y debe ser sancionado con la pena establecida para el mismo. En otros casos, varias personas se ponen de acuerdo para ejecutar todos ellos un determinado delito; serán los **coautores** del mismo. O se dividen entre sí la realización de las diversas acciones (u omisiones) que ejecutadas, en cualquier momento del íter críminis, confluyen en la perpetración del delito. O, en ocasiones, intervienen con actos de diversa naturaleza e importancia dentro del proceso delictivo decidido y realizado por otro: serán **partícipes** en el delito. Finalmente también se da la concurrencia de personas que inducen, instigan, contratan u obligan a otro a realizar un delito.

Por otra parte, los estudios criminológicos revelan que cada vez son más frecuentes los casos en los que se involucran grupos muy numerosos de personas, tanto porque son necesarias en vista de la complejidad y el alcance de los actos delictivos, como también como un recurso para desviar y eludir la responsabilidad penal que corresponde a cada uno de los que intervienen en el proceso delictivo.

Todos estos casos le plantean al Derecho Penal varios complejos problemas sobre los cuales no existe unanimidad doctrinaria y legislativa. La primera cuestión que surge es la posibilidad de distinguir o no entre el autor, o en su caso los coautores, del delito, es decir entre la persona o personas que tienen **el dominio** del acto típico, antijurídico y culpable, frente a todas las demás que intervienen en el íter críminis, realizando otro tipo de actos. La posición tradicional considera que entre unos y otros hay una diferencia fundamental, pues mientras el autor o los coautores son los que realizan por sí mismos la conducta típica y de ellos depende, por lo tanto, la existencia misma del delito, la intervención de los otros depende de los primeros; participan sí, pero en el delito de otro, aun cuando su participación puede ser muy importante y hasta decisiva.

Precisamente esta posibilidad y otras que no quedan claramente establecidas en la tendencia tradicional (la situación del instigador, por ejemplo, o la del llamado autor mediato) han hecho surgir una posición distinta, según la cual se considera que es preferible no distinguir entre las diversas personas que intervienen en el delito, considerarlas a todas **partícipes** y aplicarles la pena fijada para el delito, salvo casos de excepción. Esta tendencia se conoce como el sistema noruego, porque se introdujo por primera vez en el Código de ese país, aunque luego la incorporó también el Código italiano.

Sin embargo, continúa prevaleciendo la posición tradicional que distingue entre autores, instigadores y partícipes propiamente tales, pues hay entre ellos diferencias que no se pueden desconocer: no es lo mismo matar, que instigar o ayudar a otro para que mate. O si se quiere, la responsabilidad del autor es principal y la instigación o la participación

son accesorias, pues dependen de un acto principal. Por supuesto que las legislaciones pueden regular cada caso y darle distintos alcances. Así sucede, por ejemplo, con el concepto de autor, que tiende a extenderse a otras situaciones en las cuales la persona no ejecuta por sí misma el acto, pero sí lo decide o lo induce e inclusive coopera con el autor.

2.- Requisitos generales

Un segundo problema que se plantea en esta materia es la de determinar cuando una persona concurre a la realización de un delito; o dicho de otro modo qué requisitos deben reunirse para poder sancionar a una persona como responsable, en algún grado, de un delito. Al examinar esta cuestión se ha producido, como en tantas otras, un arduo debate entre los tratadistas, que han ensayado diversas fórmulas para solucionarla. Sin ánimo de entrar a una discusión detallada de las mismas, nos limitaremos a dar un criterio básico para poder determinar, en los distintos casos, la responsabilidad de una persona en un delito determinado. Para ello, buena parte de la doctrina exige dos requisitos: uno **subjetivo** y otro **objetivo**.

a) Requisito subjetivo: consiste en la intención de intervenir en la preparación o ejecución del hecho delictivo, ya sea considerándolo como un acto propio, ya inclusive considerándolo como ajeno, pero al cual se contribuye de alguna manera. En algunos casos se dará un pacto expreso, en que aparece claramente el nexo de voluntad entre los que intervienen, autores principales o partícipes; pero, podrá haber otras modalidades a través de las cuales este requisito se manifieste. Lo fundamental es que el sujeto tenga conciencia y voluntad, de las que habla el Art. 32 del Código, aplicadas a la intervención en el proceso delictivo.

Aunque este requisito así expresado nos anticipa claramente el carácter doloso de estos actos, hay autores que sostienen que también se puede dar en los delitos culposos, en que la voluntad se dirige, no al resultado delictivo, pero sí al acto imprudente o negligente. Volveremos más adelante sobre este punto.

b) Requisito objetivo: hace falta también que la persona ejecute una acción o una omisión dirigidas, directa o indirectamente, principal o secundariamente, a la realización del delito. Es decir, por variadas que sean las conductas de los concurrentes, éstas confluyen en un hecho único: el delito. Esto es lo que algunos autores (Beling) llaman coincidencia en la identidad del tipo penal, indispensable para que se produzca el concurso. Es decir, visto desde otro ángulo: todas las acciones u omisiones están causalmente enlazadas con la realización del delito.

Así, pues, para que estemos frente a un caso de verdadera concurrencia es indispensable que se sumen los dos requisitos. En ciertas ocasiones podría haber sólo la intención que no se concreta en acto alguno; en otros casos podría haber actos realizados sin intención de contribuir a la producción del delito, pero que el autor los aprovecha para llevar adelante su propósito. En ninguna de estas dos situaciones habría responsabilidad penal, al faltar el elemento objetivo en el primer caso, y el subjetivo en el segundo.

3.- El problema de la sanción

Una tercera cuestión que se plantea en este capítulo es la relativa a la sanción aplicable a las distintas personas que concurren en el delito. Tratándose del autor del delito, es decir de quien tiene el dominio del acto típico y antijurídico, no hay problema de ninguna clase: establecida su culpabilidad, se lo sancionará con la pena del delito. Ahora bien, si se pasa del autor a otros partícipes, el asunto aparece más complejo. Los tratadistas que sostienen la tesis de que todos quienes intervienen deben ser clasificados en la misma categoría resuelven el problema afirmando que todos, salvo casos excepcionales, deben ser sancionados con la pena del delito, que ha sido el resultado de la actividad de todos ellos. Pero en realidad, no todos los concurrentes, como ya hemos dicho, intervienen de la misma manera. Los autores ejecutan el acto típico (por ejemplo, matar), otros han decidido o han instigado la realización del delito y otros han realizado conductas de cooperación de la más diversa naturaleza: dar una información, prestar un arma, proporcionar un disfraz, un vehículo, etc. Con lo cual se establece que no todos los actos son de la misma importancia y que no sería adecuado sancionar a todos con la misma pena.

Pero además surge otra dificultad: los actos distintos a los del autor no son actos típicos. No está tipificado el hecho de prestar un arma, por ejemplo, o de permitir el acceso del asesino al lugar donde duerme la víctima. ¿Cómo sancionar entonces a estos partícipes sin vulnerar el principio de legalidad? La doctrina considera que esta cuestión debe resolverse con el mismo criterio con que se resuelve el problema de la sanción en las distintas fases del íter críminis. Es decir, por un principio de extensión de la punibilidad, que en último término significa también una **extensión de la tipicidad**, a quienes, si bien no ejecutan el acto típico, sí contribuyen de diversas maneras a la ejecución del acto típico, por lo cual se los incluye dentro de la sanción penal.

4.- Clasificación legal

El Art. 41 del Código, que en este punto sigue la tradición española, clasifica a los responsables de las infracciones en **autores, cómplices y encubridores**. De esta manera la ley establece tres formas o grados de concurrencia: autoría, complicidad y encubrimiento.

En la doctrina y en otros códigos, no son éstas las únicas formas de concurrencia en el delito que suelen establecerse. Como ya se ha dicho, los Códigos noruego e italiano, por ejemplo, no clasifican en forma alguna a los partícipes; el Código alemán distingue a la **instigación** como forma especial; otros códigos clasifican a la complicidad en necesaria y no necesaria, etc. Ya veremos más adelante como nuestra legislación trata estos aspectos.

Quizá el punto más discutible en la clasificación ecuatoriana es el relativo al encubrimiento. Efectivamente, muchos autores y legislaciones consideran que el encubrimiento no es una forma de participación, sino más bien un delito autónomo, que debe ser tipificado como tal en la parte especial de los códigos. También examinaremos posteriormente las razones que se aducen a este respecto.

Por otra parte, la clasificación del Código ecuatoriano implica también una concepción gradual en cuanto a la gravedad de la conducta realizada. Así, el responsable como autor

o coautor de un delito, el primer grado de responsabilidad, merecerá la sanción que la ley establece para ese delito; luego, en segundo lugar, se considerará en forma menos grave al cómplice y en tercero y último lugar vendrá la responsabilidad del encubridor. Esto significa también que el juez, en el momento de determinar la responsabilidad penal de los concurrentes en una infracción, deberá examinar primero su eventual calificación como autores; descartada esa forma, pasará a examinar su responsabilidad como cómplices y en último término como encubridores.

5.- Casos de autoría

La autoría, es decir la forma más grave de participación, ha sido tratada en nuestro Código en el amplio y desordenado Art. 42. En este artículo se incluye en primer lugar a los autores del delito propiamente tales, o autores materiales; pero también se extiende ampliamente el concepto de autor a quienes han intervenido en el delito de otra manera: a los llamados, en la tradición penal ecuatoriana, autores intelectuales; a los instigadores e inclusive a cooperadores, a quienes más exactamente se les debe considerar partícipes en el delito.

Por esta razón, el Art. 42 comienza con una frase muy indicativa: "Se **reputan** autores..." Si la comparamos con las palabras iniciales de los Arts. 43: "**Son** cómplices..." y 44: "**Son** encubridores...", claramente se advierte el sentido de la ley, que asimila a la categoría de autores, para efectos de la sanción penal, a quienes en rigor no lo son.

Dicho artículo, en su largo enunciado, contempla varias situaciones. Veamos los casos, uno por uno:

a) Los autores materiales

Son "los que han perpetrado la infracción de una manera directa e inmediata", según el Código. Este es el caso más evidente y claro de autoría, pues se refiere a quien ejecuta directamente la acción u omisión, a quien tiene por sí mismo el dominio del acto.

Por supuesto que el acto típico puede ser realizado, según los casos, por una o por varias personas, simultánea y aun sucesivamente. Entre varias personas, por ejemplo, golpean a otro hasta matarle, o le inducen en error para estafarlo, o violan sucesivamente a su víctima. Inclusive hay delitos en los cuales la coautoría resulta indispensable, como el cohecho. En estos casos habrá obviamente una coautoría material, pues cada uno de los autores tiene dominio del acto a través de una intervención específica.

b) Los autores intelectuales

Hay ciertamente imprecisión en cuanto a la denominación de esta clase de autores, pues también han sido llamados autores morales, mediatos o motores. Muchos tratadistas los consideran simplemente instigadores. Ahora bien, cualquiera de estos nombres puede ser objetado desde algún punto de vista. Más allá de cualquier nombre, lo importante es establecer cuales son las condiciones que debe reunir el autor intelectual, según nuestro

Código, para ser tal. Del propio Art. 42 se deduce que éste debe cumplir con dos requisitos:

1) que haya decidido o determinado la realización del delito; es decir, que **tenga el dominio de la voluntad**; y,

2) que no lo haya ejecutado por sí mismo, sino que haya utilizado a otra persona para su realización; es decir, **que no tenga el dominio del acto**.

Cumplidos estos dos requisitos, para efectos de la sanción, el Código lo considera exactamente igual que el autor material. Pero además el Art. 42 establece aquí una doble alternativa:

i) que el autor intelectual se haya valido de otra u otras personas, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro **medio fraudulento y directo**. Es interesante observar que la ley considera el pago de un precio o una promesa como medio fraudulento, caso quizá el más frecuente; pero el medio podría ser un engaño, una inducción a error, etc.; y en cuanto a la orden, ésta deberá ser también fraudulenta, lo que significa que no solamente sería tal la orden falsa, sino además la que da el jefe de una banda delictiva a sus secuaces.

ii) que el autor intelectual obligue a otro a cometer la infracción mediante violencia física, abuso de autoridad, amenazas u otro **medio coercitivo**, aunque no sea irresistible la fuerza empleada.

En cualquiera de estos casos podrán presentarse dos posibilidades, insinuadas en la propia ley. Según la primera, habrá un autor intelectual y un autor material, que deberán responder ambos del delito como coautores. Según la segunda, sólo deberá responder el autor intelectual, por cuanto el ejecutor material del cual se ha valido es un inimputable (menor de edad, alienado mental), o porque el ejecutor material procedió engañado por error invencible (Art. 36), o porque la fuerza que se empleó contra él era irresistible (Art. 18). Es en estos casos que resultaría apropiado calificarlo como **autor mediato** y, por lo tanto, único del delito, ya que quien ejecutó la acción material no podría ser sancionado y sólo fue un instrumento en manos del otro.

El Código, al establecer una doble alternativa cerrada, excluye, por cierto, otras situaciones en las cuales la responsabilidad debería ser la misma: por ejemplo, varias personas que han acordado ejecutar un homicidio, deciden por sorteo quién será el ejecutor material.

No coincidencia entre lo mandado y lo ejecutado

La presencia en un delito de un autor intelectual, que decide el acto, y de un autor material, que lo ejecuta, da lugar a otro problema, cuando no se produce la plena coincidencia entre lo mandado por el autor intelectual y lo ejecutado por el material, ya sea que éste se exceda en la ejecución, ya sea que haga menos o que desista.

La doctrina examina el caso de dos maneras muy distintas, según predomine una consideración objetiva o una consideración subjetiva del mismo.

Según el **punto de vista objetivo** lo que importa es el resultado, del cual deben responder los dos, sea que éste haya sido el efectivamente ordenado, como también en el caso de que el autor material se haya excedido (exceso del que el autor intelectual se haría responsable por haber decidido el acto, como una especie de dolo eventual); pero también si ha hecho menos de lo mandado, o ha desistido (situación que le aprovecharía al autor intelectual). Se trata, en todo caso, de unificar la consideración de los dos coautores frente al resultado.

Según la **posición subjetiva**, cada uno responderá por su propia culpabilidad. Si el autor intelectual mandó a matar y el otro sólo hirió, el primero responderá por tentativa de asesinato y el autor material por lesiones. Al contrario, si sólo mandó a herir y el autor material mató, éste responderá por asesinato y el otro por lesiones.

Lastimosamente, el Código ecuatoriano no tiene disposición alguna para resolver cuestión polémica, que toca afrontar a los jueces en los casos concretos, en conformidad con la posición doctrinaria que adopten.

c) Los instigadores

Según el Código son aquellos que aconsejan o instigan a otro para que cometa un delito, siempre y cuando el consejo haya "determinado la perpetración".

Esta situación podría asimilarse a la autoría intelectual o ésta a la instigación, como sucede en otras legislaciones. Sin embargo, el Código ecuatoriano la trata separadamente, debido posiblemente a las características más bien limitativas que da a la autoría intelectual y a los matices especiales de la instigación. No se trata, en efecto, del empleo de medios fraudulentos o coercitivos que, si bien consiguen que el autor material realice la infracción, no obtienen, en cambio, que éste la considere como suya propia, como provechosa para él; sino que de todas maneras la estimará como un hecho fundamentalmente ajeno, el delito de otro. Por el contrario, la acción del instigador, que emplea medios intelectuales o morales, influye de tal modo en el ánimo del instigado que hace nacer en él la resolución de ejecutar una infracción que la considera propia, provechosa o útil para él. Esta vinculación especialísima es la que distingue a la instigación de las formas de autoría intelectual que quedan anteriormente indicadas.

De todas maneras es indispensable recalcar que el Código exige, para que se pueda considerar al instigador como autor, que el consejo haya sido "determinante", es decir, que haya sido el factor decisivo en la voluntad del instigado, por lo cual si no hubiera mediado la instigación, el instigado no habría llegado a la ejecución del acto. Parece además, por el texto de la ley, que hace falta que la instigación haya sido seguida de la ejecución del delito, por lo menos en el grado de tentativa. Quedarían excluidas, por lo tanto, las instigaciones fracasadas.

Si el instigador, por no reunir estos requisitos, no pudiera ser considerado como coautor del delito, de todas maneras podría ser acusado como autor del delito autónomo de instigación para delinquir, tipificado subsidiariamente en el Art. 386; pero en este caso hay otra exigencia: la instigación debe ser pública.

d) Los cooperadores principales

El Código los define como aquellos que han coadyuvado a la ejecución del hecho de un modo principal, es decir, con actos sin los cuales la infracción no habría podido cometerse. Aquí tenemos claramente el caso de aquellos a quienes la ley los reputa como coautores, siendo en realidad partícipes propiamente tales, que no han realizado la acción típica, ni tampoco han determinado su ejecución, ni la han instigado, sino que han colaborado de muy diversa manera en el delito de otro.

Doctrinariamente, estos actos de colaboración, ayuda o cooperación en el acto de otro, han sido calificados como actos de complicidad. Sin embargo, el Código considera que no todos los actos de cooperación tienen la misma importancia ni deben ser encasillados en el mismo molde. Por esta razón distingue aquellos actos de cooperación que pueden ser calificados como principales o necesarios de aquellos otros que solamente serían **secundarios** o **no necesarios**. Si el que colabora lo hace con actos principales se le reputará coautor; si lo hace con actos secundarios será cómplice.

Por supuesto que se deberá, en cada caso, establecer si un acto es principal o secundario en el proceso de ejecución de un hecho punible. Cómo calificar, por ejemplo, la entrega de un arma, instrumento o medio para cometer un delito, el proporcionar una información, el facilitar el acceso a un determinado lugar, etc. El juez deberá valorar la situación una vez producidos los hechos, y con estos datos tendrá que decidir qué clase de ayuda proporcionó el cooperador, en las circunstancias específicas concretas en que el delito se cometió. Es evidente que sobre esta materia no se pueden dar reglas a priori.

Para resolver la cuestión habrá que seguir la fórmula sugerida por Rodríguez Mourullo, en relación al Código español, que tiene una disposición similar a la nuestra: *"Si el autor hubiera tenido que renunciar a la ejecución o, al menos, aplazarla en espera de conseguir una colaboración equivalente o de que un cambio de circunstancias no hiciera precisa la colaboración ajena,* ***el auxilio es necesario****. Si el autor podía realizar el hecho aunque fuera recurriendo a una forma concreta de ejecución distinta, en la misma ocasión en que lo realizó, sin el concurso del cooperador ni otro equivalente,* ***el auxilio no es necesario****".* Pero este juicio, insistimos, no puede ser un juicio abstracto sobre hechos y situaciones generales, sino un análisis muy concreto referido al momento histórico en que actuó el autor del delito y recibió la ayuda del cooperador.

Por último, hay que señalar que el Código, en el mismo Art. 42, incluye otro caso de coautoría, que en rigor no es sino una variante de la cooperación necesaria: el que impide o procura impedir que se evite la ejecución de un delito. Esta conducta (por ejemplo, la de quien inmoviliza a un guardián, mientras otro efectúa el robo) no es, por supuesto, la realización del acto típico, sino también una cooperación principal para que el autor o autores puedan realizar el acto típico.

6.- Complicidad

La complicidad está cualitativamente situada inmediatamente después de la autoría. En nuestra legislación su ámbito queda bastante reducido pues, como ya se ha dicho, se ha

extendido correlativamente el de la autoría.

El primer inciso del Art. 43 determina que la complicidad se produce cuando se suman los siguientes elementos:

cooperación indirecta y secundaria en la ejecución de un acto punible ajeno. Hemos señalado que, precisamente, este tipo de cooperación sirve de límite entre la complicidad y la cooperación principal que la ley considera coautoría;

con actos anteriores o simultáneos. Este segundo elemento, que es de orden cronológico, deslinda en cambio los actos de complicidad de los de encubrimiento, que son posteriores a la consumación de la infracción.

Habrá que entender, por supuesto, que los actos de los que habla la ley pueden consistir en acciones o en omisiones.

En cuanto a la penalidad de la complicidad, el Código la regula en el Art. 47: *"Los cómplices serán reprimidos con la **mitad de la pena** que se les hubiera impuesto en caso de ser autores del delito".* Como se ve, el juez deberá, en primer término, establecer la posible pena que se le habría impuesto a tal persona en caso de ser autor y, una vez determinada esta pena, la reducirá a la mitad. Extraña la poca flexibilidad que el Código muestra en este punto, cuando en general concede al juez un margen discrecional para que gradúe la pena.

7.- Encubrimiento

Sin duda, es inaceptable considerar a los encubridores como partícipes del delito cometido por la persona a la que encubren y, por tanto, responsables de ese delito, como lo hace el Código ecuatoriano. Según se señaló anteriormente, para la gran mayoría de autores el encubrimiento no es una forma de verdadera participación sino, más bien, un delito autónomo. El fundamento de tal punto de vista es obvio: la actividad del encubridor se produce una vez consumado el delito. Por tanto, su acto ya no concurre de ninguna manera, ni principal ni secundariamente, a la producción de un delito, sino que tiene un objetivo distinto: favorecer de alguna manera al delincuente. Se trataría entonces de uno o de varios delitos autónomos, que lesionan especialmente los intereses de la justicia en su propósito de perseguir a los delincuentes. Afirman, por esta razón, que estas conductas deberían quedar tipificadas en la parte especial de los códigos, como de hecho ya lo hacen los más modernos.

Sin embargo, el Código ecuatoriano, en el Art. 41, enumera a los encubridores entre los responsables de un delito; pero simultáneamente, en varios artículos de la parte especial tipifica, como delitos autónomos, ciertas conductas de una naturaleza muy similar a las del encubrimiento. Así se lo puede comprobar con el examen de los Arts. 296 (alteración de pruebas), 439 (ocultamiento personal), 569 (ocultamiento de cosas sustraídas), etc. Tocará al juez establecer, en cada caso, si una determinada conducta debe considerarse como encubrimiento o como uno de estos delitos autónomos.

Requisitos del encubrimiento

De todos modos, al incluirse en este capítulo al encubrimiento, hay que considerarlo como una forma muy peculiar de participación, que sólo sería tal si reúne los siguientes requisitos, que están fundamentalmente señalados en el Art. 44:

Delito anterior: éste es el requisito que le da al encubrimiento su fundamental característica y le distingue cronológicamente de la complicidad. Ahora bien, si hubo acuerdo previo y actuación posterior, esta conducta tendría que ser calificada como complicidad. Resulta por lo mismo discutible si se puede dar en nuestro sistema un encubrimiento de tentativa, o si sólo sería posible de delito consumado.

No haber sido el encubridor autor ni cómplice: pues si alguien, que tuviere una de estas calidades, realizara también algún acto de encubrimiento, la condición de autor o cómplice, que es más grave, absorbería a la de encubridor, que es menos grave.

Conocimiento por parte del encubridor de la conducta punible: aun cuando no hace falta que el encubridor conozca los detalles del delito cometido, es indispensable que sepa con certeza (sin que dude) que su acto ayuda al autor o al cómplice de un delito, que conozca "la conducta delictuosa de los malhechores", como dice el Código, y, conociéndola, que tenga la **intención de ayudar**, con lo cual se cumple el requisito subjetivo, necesario en toda participación.

Actos de favorecimiento: así se concreta, en cambio, el requisito objetivo de la participación. El acto de encubrimiento favorece al delincuente, ya sea permitiéndole que aproveche de los resultados del delito, ya ayudándolo a escapar de la acción de la justicia. De acuerdo al Art. 44, parece estar excluida de nuestra legislación la posibilidad de un encubrimiento por omisión.

Casos de encubrimiento

El Art. 44 presenta además una verdadera casuística del encubrimiento, pues describe conductas específicas que son las únicas que pueden ser sancionadas. En este artículo, la ley prefiere limitar estrictamente los actos punibles y no dar una fórmula genérica, como lo hace en los diversos presupuestos de autoría y en la complicidad. Así, no están previstas como conductas de encubrimiento en la legislación ecuatoriana situaciones como la no denuncia de un delincuente o la falsa información sobre su paradero, que se prevén en otros Códigos.

Los casos de encubrimiento son los siguientes:

a) Favorecimiento personal: Consiste en suministrar alojamiento, escondite o lugar de reunión a los delincuentes. Caso muy característico de encubrimiento es éste, aunque puede causar alguna duda la referencia a "lugar de reunión", que permitiría suponer una cooperación anterior al delito, lo cual hemos dicho ya que constituiría complicidad y no encubrimiento. Este caso de encubrimiento requiere ciertamente de actos posteriores de protección personal al delincuente, escondiéndolo o alojándolo.

Pero el punto más discutido en este caso es la exigencia de nuestro Código de que haya **habitualidad** en el favorecimiento, lo cual quiere decir que debe repetirse en el tiempo

para ser incriminado. Tal requisito resulta sorprendente y tiene como efecto el que este tipo de encubrimiento no pueda ser sancionado en la casi totalidad de los casos.

b) Favorecimiento real: Este encubrimiento se refiere a aquellos actos del encubridor, que oculta, inutiliza o destruye instrumentos, huellas, señales y, en general, pruebas materiales del delito, para favorecer al delincuente. Caso bastante claro y que no deja lugar a dudas.

c) Aprovechamiento: Consiste en proporcionar al delincuente los medios para que se aproveche de los efectos del delito cometido. Este caso ha sido característicamente aplicado a los delitos contra la propiedad: la compra o negociación por parte del encubridor de los bienes sustraídos. Pero puede darse también en relación a otro tipo de delitos. Puede afirmarse, por ejemplo, que el "lavado" de dinero procedente del narcotráfico o de otra actividad delictiva, que permite a los delincuentes aprovecharse de los recursos obtenidos ilícitamente, transfiriéndolos a actividades lícitas, sería una conducta de encubrimiento. Por cierto que la gravedad que ha llegado a tener esta conducta ha llevado a las legislaciones, inclusive la ecuatoriana, a crear un delito autónomo sancionado con severidad.

d) Alteración de la verdad: Este caso consiste en ocultar o alterar la verdad, cuando el encubridor ha sido llamado, en razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito o al esclarecimiento de la verdad. Lo cual parecería suceder, aunque el Código no emplea este término, cuando el encubridor ha sido designado perito en un proceso penal.

Este es un caso novedoso, no contemplado por otras legislaciones. De todos modos resulta bastante discutible que el perito, un profesional, un médico por ejemplo, llamado a practicar la autopsia de un cadáver, y que falsea la verdad en su informe, se convierta por esto tan sólo en un encubridor. Mucho más lógico sería, de acuerdo a la gravedad de la conducta, que el perito deba responder por un delito autónomo y que reciba una sanción mucho mayor que aquella que le correspondería como encubridor. Por otra parte también aquí habría que tomar en cuenta la figura delictiva establecida en el Art. 360.

Penalidad del encubrimiento

El Art. 48 determina que el encubridor será reprimido con la **cuarta parte de la pena** aplicable a los autores, pero que en ningún caso excederá de dos años.

La menor gravedad del encubrimiento se revela en la pena menor, aunque la rigidez que señalábamos respecto a la pena del cómplice se acentúa en este caso al establecer la ley el tope máximo de dos años. También cabe advertir, aunque éste sea tan sólo un detalle, la distinta forma en que los Arts. 47 y 48 determinan el cálculo de la pena del cómplice y del encubridor, respectivamente.

Encubrimientos no punibles

Otra característica muy particular del encubrimiento en nuestra legislación es el

establecimiento de dos casos de no punibilidad:

a) Encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos: todo tipo de encubrimiento practicado para favorecer al cónyuge, al ascendiente, descendiente, hermano o pariente por afinidad hasta dentro del segundo grado, no será sancionado en ningún caso (Art. 45).

b) Encubrimiento al amigo íntimo y al benefactor: esta exención es mucho más limitada que la anterior, pues solamente se refiere al encubrimiento por ocultación (favorecimiento personal) y sólo en el caso de delitos contra las personas (Art. 49).

Estos dos casos, tan amplio el primero (que por lo mismo podría ser un tanto discutible), más restringido el segundo, parecerían ser a primera vista situaciones de simple exclusión de punibilidad o excusas absolutorias. Sin embargo, un examen más detenido de las posibles motivaciones de la ley, lleva a concluir que se trata más bien de verdaderos casos de inexigibilidad de la conducta adecuada al derecho. No porque el legislador ecuatoriano se haya planteado el asunto como una aplicación concreta de tal teoría, sino, según hemos señalado en el capítulo correspondiente, como una anticipación legislativa de una teoría que, posteriormente, encontraría su formulación doctrinaria.

8.- Comunicabilidad de las circunstancias

Este es, indudablemente, uno de los temas más discutidos en el presente capítulo. Para abordarlo, supongamos algunos casos hipotéticos:

a) El autor intelectual del delito es hijo de la víctima. Esta circunstancia de parentesco, que agrava el delito, ¿se comunicará al autor material, o al cómplice, que no tienen tal parentesco?

b) El autor material del delito realiza el homicidio con ensañamiento. ¿Esta circunstancia agravante se comunicará al cómplice? ¿Este debe responder de homicidio simple o de asesinato?

c) El autor del delito de peculado es, forzosamente, un servidor público; pero en la ejecución del delito ha intervenido un particular. Este ¿deberá responder también por peculado o por otro delito distinto?

d) Uno de los autores de un delito es reincidente. ¿Esta circunstancia agravante afectará a los otros coautores, que no son reincidentes?

Como se deduce de estos casos, no es posible dar sin más una respuesta afirmativa o negativa. No todas las circunstancias presentes en los casos expuestos son iguales y no pueden merecer el mismo tratamiento jurídico. También en este punto la doctrina ha oscilado entre posiciones objetivas y subjetivas, según se haga prevalecer la objetividad de los resultados, sancionando a todos por el mismo delito; o los aspectos subjetivos vinculados con la culpabilidad, aunque esto signifique cambiar para cada persona el título del delito. Tal vez la mejor solución sea clasificar las distintas circunstancias y encontrar para cada grupo una respuesta que al mismo tiempo sea objetivamente

adecuada y que respete el principio de culpabilidad.

Algunos códigos contienen normas destinadas a resolver esta cuestión. Así, por ejemplo, el Código italiano (Art. 117) mantiene una posición básicamente objetiva, mientras que en el Código alemán (Arts. 28 y 29) prevalece una posición subjetiva. El Código colombiano (Art. 62) incluye una fórmula más equilibrada y completa. En el Código ecuatoriano, en cambio, no tenemos disposiciones expresas para este problema. Apenas el segundo inciso del Art. 43 establece que si el cómplice quiso cooperar en un delito menos grave que el cometido por el autor, responderá solamente del acto "que pretendió ejecutar". La regla soluciona un caso importante, pero deja pendientes otras posibles situaciones. De todos modos habrá que recurrir a la doctrina, tomando en cuenta la orientación sobre la culpabilidad que, precisamente en esta norma, manifiesta el Código ecuatoriano.

Lo primero, entonces, que habrá que distinguir es el tipo de circunstancia: algunas son propias del delito, afectan a la propia acción delictiva ejecutada por el delincuente; otras, en cambio, son personales y afectan al sujeto activo de la infracción. Las primeras pueden llamarse entonces circunstancias **materiales** o **del delito**; las segundas, circunstancias **personales** o del delincuente.

a) Circunstancias materiales

Son las relativas al delito mismo, a la forma en que se lo ejecuta, a los medios empleados o a los modos. Son, por ejemplo, la alevosía, el ensañamiento, el engaño, la violencia, la fuerza, la nocturnidad o el despoblado. Parece lógico pensar que, estando ligadas estas circunstancias al delito mismo, pueden comunicarse del ejecutor material a las demás personas que intervienen en el delito. Pero, para que se comuniquen, hará falta un requisito fundamental relacionado con la culpabilidad: que sean conocidas por el otro. Si lo son, se comunican; si no lo son, no se comunican.

b) Circunstancias personales

Son las relativas al sujeto activo de la infracción: parentesco, calidad personal, función o profesión que desempeña, antecedentes, etc. Así mismo parece lógico suponer que estas circunstancias afecten exclusivamente a la persona que las posee y no sean comunicables.

Sin embargo, en este punto ha surgido una discrepancia, pues hay autores que consideran que tampoco se puede adoptar para estos casos una posición única. El debate se ha producido frente a aquellas situaciones en que el legislador ha incorporado a la tipicidad de ciertos delitos determinadas circunstancias personales. Al suceder tal cosa, como que esas circunstancias se han materializado, se han convertido de circunstancias personales en circunstancias materiales, propias del delito, como las anteriores.

Tal sucede, por ejemplo, en el delito de peculado. En estos casos, es indispensable ciertamente la calidad personal de servidor público de quien abusa de los fondos que maneja; pero cabe perfectamente que personas, que carecen de esa calidad, participen en el delito en forma más o menos importante. En tal situación parece conveniente adoptar una regla similar a la de las circunstancias materiales: es decir, que puedan comunicarse siempre que sean conocidas por el partícipe. (El caso de peculado ha sido objeto de

sentencias divergentes de la Corte Suprema, pero ha prevalecido el criterio de la comunicabilidad: ver sentencias en la Gaceta Judicial, Serie XIII, No. 13 y Serie XIV, No.9. Posteriormente, una disposición constitucional, el actual Art. 233, ha resuelto la cuestión estableciendo como regla la comunicabilidad).

En otros casos, en que las circunstancias personales no han sido incorporadas a la tipicidad, no se comunicarán. Tales serían la reincidencia, los antecedentes personales u otras análogas, que solamente afectarán a quienes las tienen.

A pesar de esta fórmula, quedan todavía situaciones especialmente discutibles, cuando se trata de determinar si alguna circunstancia personal forma parte o no de la tipicidad. Así en el parricidio se ha producido una gran controversia entre los tratadistas respecto a si es o no comunicable el vínculo de parentesco.

Aunque la discusión se ha centrado principalmente en la comunicabilidad de las circunstancias agravantes, pueden también surgir problemas con las circunstancias atenuantes. Parece que la solución más adecuada es la misma para uno y otro tipo de circunstancias.

Resumen de la comunicabilidad

En resumen, la comunicabilidad de las circunstancias a quienes intervienen en el delito podría resolverse en conformidad con el siguiente cuadro:

a) Circunstancias materiales u objetivas

- Si son conocidas **se comunican;**
- Si no son conocidas **no se comunican.**

b) Circunstancias personales

Que integran el tipo legal:

- Si son conocidas **se comunican;**
- Si no son conocidas **no se comunican;**

Que no integran el tipo legal:

- **No se comunican** en ningún caso.

9.- Problemas especiales

a) Delitos culposos

Hemos dicho, al iniciar este capítulo, que el requisito subjetivo del concurso de personas en el delito consiste en la intención de intervenir en la preparación o ejecución de un delito. Bajo esta consideración se puede concluir que no puede haber concurso de

personas en los delitos culposos, en los cuales por definición está excluido el elemento intencional.

Sin embargo, algunos autores sostienen que sí es posible el concurso en delitos culposos, cuando a un resultado dañoso confluyen culpas simultáneas o sucesivas de dos o más sujetos. Por ejemplo: varias personas se ponen de acuerdo en jugarle una broma a un individuo y le arrojan a una piscina, pero como el sujeto no sabe nadar, fallece ahogado. El resultado de muerte es consecuencia de la suma de las culpas (no del dolo directo, porque no hubo intención de matar, y posiblemente ni siquiera dolo eventual) de todos los que actuaron en el caso. Una situación muy frecuente se produce en las infracciones de tránsito, que son característicamente culposas: el resultado dañoso es, muchas veces, la consecuencia de la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de normas de dos o más conductores, o de éstos y de un peatón, etc.

En estos casos, evidentemente, no ha habido un acuerdo de voluntades para la comisión de un delito, pudo haber un acuerdo para la realización de un acto imprudente o negligente y, en ocasiones, ni siquiera eso sino una coincidencia en la falta del debido cuidado. ¿Cómo considerar entonces estas situaciones? En rigor la falta de intención delictiva impediría considerar a dos o más personas **coautores** en sentido estricto, y tampoco se podría decir que alguien **participa** en el delito de otro si no hay la intención de participar en tal delito. Hay ciertamente una concurrencia de hecho, pero no una concurrencia delictiva, por lo cual la mejor solución será que cada una de las personas que actuó culposamente responda por su acto, en conformidad con el daño que produjo.

Por otra parte, el Código en los artículos que se refieren a esta materia (Arts. 42 a 44) incluye varias frases que claramente se refieren al dolo, tanto en la coautoría como en la complicidad y el encubrimiento. Y así lo ha reconocido desde antiguo la jurisprudencia (ver Gaceta Judicial, S. V, No. 69).

También puede darse la situación de que el autor doloso de un delito, dentro del proceso de ejecución, se aproveche de la conducta negligente o imprudente de otro; pero tampoco en este caso se puede hablar de participación, aunque el que actuó en forma culposa pudiera tener independientemente responsabilidad penal. En cambio sí podrá haber concurso de personas en los delitos preterintencionales, en los cuales existe un momento inicial de carácter doloso.

b) Delitos de omisión

Cabe perfectamente. No hay razón alguna para eliminar la posibilidad de que exista un concurso de personas en este tipo de delitos: varias personas, que tienen la obligación jurídica de actuar, se conciertan para omitir todas ellas la conducta debida. El resultado se produce entonces como consecuencia de las omisiones de todas aquellas personas.

Más todavía, pueden darse otras posibilidades: que se participe con una omisión en un delito de acción, o que se participe con una acción en un delito de omisión.

c) Tentativa

Indudablemente que sí es admisible el concurso de personas en la tentativa. El hecho de que el resultado no se produzca por causa ajena a la voluntad del autor y de los partícipes nada tiene que ver con la posibilidad de que en el proceso de preparación y ejecución hayan intervenido varias personas, al menos en los grados de coautoría y complicidad (recuérdese que el encubrimiento exige delito anterior). Ahora bien, como ya se ha establecido previamente, el Art. 46 del Código determina de manera exclusiva la sanción para los autores de tentativa; por lo tanto, puede deducirse que sólo ellos serán sancionados y no los cómplices, en aplicación de las normas de interpretación de la ley penal.

d) El agente provocador o infiltrado

Ya hemos hablado anteriormente del caso del agente provocador, es decir de aquella persona que para sorprender a otra en plena ejecución del delito, prepara el ambiente, provoca la realización y pretende luego impedir la consumación del delito, a veces inútilmente. En ocasiones, el agente se infiltra dentro de asociaciones delictivas para recopilar pruebas y atrapar a los delincuentes; pero esto significará que deba actuar junto con ellos. Al margen de las discusiones éticas que se podrían abrir sobre tal conducta, ¿se le debe considerar o no como coautor o partícipe de los delitos que se puedan cometer, a pesar de él o inclusive con su intervención?

El caso hay que examinarlo desde el punto de vista subjetivo. Es claro que el agente provocador no quiere "ejecutar ni participar" en el delito; más todavía, expresamente quiere impedir su resultado, aunque en algunos casos no lo logre. Vistas así las cosas, no se le puede considerar como un verdadero autor o cómplice y sancionarlo como tal. Pero si, a pesar de todo, el delito llegare a producirse, podría haber una responsabilidad, no por dolo, sino por culpa, de quien provocó el delito y luego no pudo impedirlo.

e) Delitos de la muchedumbre

Este es uno de los casos más difíciles y controversiales que se le pueden presentar a un juez o tribunal para su juzgamiento. Las razones son múltiples: los factores que intervienen en la generación del acto violento suelen tener profundas implicaciones sociales, políticas, religiosas, económicas, aunque también pueden darse casos de móviles de escasa o ninguna significación social. La intervención de decenas y hasta centenares de personas hace que el aspecto probatorio sea complejísimo; las secuelas de un juicio a tantas personas tienen también graves repercusiones sociales; etc.

Los autores se inclinan a señalar que estos casos no son propiamente de concurso, pues el agregado inorgánico y más o menos transitorio de seres humanos que forman una muchedumbre no encaja en los presupuestos básicos del mismo: nexo de voluntades y división de funciones.

Jiménez de Asúa considera que el tema debe ser examinado desde el punto de vista de la psicología de la muchedumbre, muy distinta a la psicología individual, y sostiene que los individuos inmersos en la multitud son inimputables, pues es como si sufrieran en aquellos momentos un verdadero trastorno mental transitorio, en que predominan los

motivos ambiental es que dirigen a la muchedumbre sobre sus propias decisiones. Distingue, por supuesto, la situación de los conductores y la de los individuos sumergidos en la muchedumbre. Los primeros sí deben ser responsabilizados penalmente; aunque muchas veces la muchedumbre no tiene conductores propiamente tales, o son tan oscuros que se confunden con los conducidos, o todos integran una multitud arrastrada simplemente por los motivos que la impulsan.

Nada dice el Código ecuatoriano específicamente sobre esta materia. En algunos casos ocurridos en el país simplemente se ha aplicado la pena al delito cometido, sin eximencia ni atenuación alguna, a los individuos que se logró identificar como integrantes de la multitud que realizó el hecho. En otro caso, sucedido hace algunos años en Atuntaqui, no se llegó a dictar sentencia, por cuanto la legislatura expidió previamente una "amnistía" a favor de quienes intervinieron en tal asunto, lo cual al menos revela su profunda complejidad social.

Agreguemos finalmente que, por el contrario, algunos códigos sí incluyen normas específicas para estos casos. El código italiano, por ejemplo, atenúa la culpabilidad de quienes actúan "sugestionados" por la multitud de la que formaron parte, lo cual podría considerarse como una especie de imputabilidad disminuida.

Capítulo XII
LAS PENAS

1.- Consideraciones preliminares y delimitación de la sanción penal

Cuando el Art. 1 del Código Penal define a la ley penal, incluye en el concepto dos elementos fundamentales: el **precepto**, o sea la conducta típica prohibida, y la **pena**, o sea la sanción jurídica que establece la ley para quien incurre en esa conducta. Esta simple comprobación del texto legal nos demuestra la importancia trascendental que tiene la pena dentro del conjunto del sistema. Delito y pena son los dos componentes inseparables de esta realidad jurídica y sobre los cuales se ha construido la ciencia del Derecho Penal.

No vamos a repetir ahora las consideraciones de fondo respecto a la naturaleza de la pena. Éstas se analizaron por extenso al exponerse las diversas teorías y concepciones que tiene la doctrina acerca del Derecho Penal en general y del jus puniendi en particular. Esta materia pertenece, sin duda, a aquel ámbito de cuestiones básicas que, en cierta manera, exceden los límites del derecho y entran en el terreno de la filosofía.

En este capítulo revisaremos, amparándonos siempre en la doctrina, las formas concretas en que la legislación especifica la sanción penal, establece las distintas clases de penas, determina su aplicación y los mecanismos a través de los cuales puede modificarse. Finalmente analizaremos un tema que el Derecho Penal comparte con el Derecho Procesal: la extinción de la acción penal y de la pena.

Pero, antes que nada, conviene recordar los criterios que sirven para delimitar la sanción

penal frente a otras sanciones jurídicas u otras instituciones que podrían confundirse con ella, porque consisten también en privaciones o limitaciones de determinados bienes jurídicos, que son, o pueden ser, precisamente los mismos afectados por la pena. Para distinguir a ésta de estas otras sanciones o instituciones, habrá que tener presente el **principio de legalidad**. No se olvide que este principio se refiere tanto al delito como a la pena, y sirve también para delimitar este último concepto.

Así, pues, para que se trate de una pena, ésta debe estar:

1) establecida por la ley;
2) debe corresponder a un delito tipificado así mismo por la ley;
3) debe haberse impuesto en una sentencia condenatoria; y,
4) la sentencia debe haberse pronunciado luego de un juicio legal.

Si se reúnen estos cuatro caracteres, habrá sanción penal; en cualquier otro caso no lo habrá.

Tomando en cuenta estos aspectos, podemos entonces afirmar que no hay sanción penal en los siguientes casos, que podrían ser susceptibles de confusión:

a) Sanciones disciplinarias y correctivas, que los entes públicos y aun los privados aplican a sus miembros, por faltas de carácter administrativo o disciplinario. En ocasiones, estas sanciones (multas, por ejemplo) no han sido establecidas por la ley sino por los reglamentos (aunque la norma constitucional, Art. 76, numeral tercero, exige ahora que toda sanción, inclusive las administrativas, estén establecidas por la ley) y se imponen por una autoridad administrativa sin un juicio formal.

b) Apremios personales, que son mecanismos coactivos o de hecho a los que el juez puede acudir para exigir a una persona el cumplimiento de ciertas obligaciones. En el Código de la Niñez y Adolescencia, el caso más característico es el de los alimentos forzosos (Art. 141: detención de hasta 10 días; si hay reincidencia, hasta 30 días), pero también se dispone esta medida en los casos de no cumplimiento inmediato de resoluciones sobre tenencia (Art. 120) o cuando existe una retención indebida del hijo o la hija (Art. 125). También existen otros casos en el Código de Procedimiento Civil y Penal y asimismo lo era el ya suprimido sistema de la "prisión por deudas". En estos casos, una vez cumplida la obligación, cesa el apremio, pues el único fin de tal medida es conseguir que el sujeto apremiado cumpla con la obligación legal.

c) Medidas cautelares o preventivas, especialmente la prisión y la detención preventivas y la más recientemente establecida detención en firme (Arts. 164, 167 y 173-A del Código de Procedimiento Penal), que el juez de lo penal puede dictar para asegurar los resultados y finalidades del proceso, pero que todavía no constituyen una sanción. Lo que sí sucederá es que, si el detenido preventivamente resultare luego condenado, el tiempo de la detención o prisión se le imputará a la condena.

d) Medidas de seguridad, que los sistemas legales prevén frente a personas que sufren ciertos estados de peligrosidad pre o post-delictual, y cuya finalidad es evitar que se cometan en el futuro actos delictivos o dañosos para la sociedad, aunque las personas sean inimputables (alienados mentales, menores) y, por lo tanto, no puedan ser sancionados penalmente.

2.- Clasificación de las penas

Las penas pueden clasificarse de muchas maneras; pero vamos a limitarnos a tres clasificaciones:

A) Clasificación legal

Esta clasificación la formula el Art. 51 del Código Penal, que en forma muy discutible clasifica las penas, según el tipo de infracción al que son aplicables:

a) Penas peculiares del delito;
b) Penas peculiares de la contravención;
c) Penas comunes a ambos tipos de infracción.

B) Clasificación por la autonomía

a) Penas principales: cuando se aplican en forma autónoma, sin depender de otra. Las penas privativas de la libertad son de esta clase;

b) Penas accesorias: cuando se aplican en función y dependencia de una pena principal. Las penas interdictivas, por ejemplo, que se aplican siempre y cuando haya una pena privativa de la libertad, y no por sí solas.

C) Clasificación por el bien jurídico afectado

Siendo la pena en su naturaleza, una sanción que consiste en afectar al condenado en un bien jurídico personal, esta clasificación es la que tiene una mayor sustentación científica. A lo largo de los siglos, las distintas legislaciones han estructurado el sistema de penas afectando a bienes jurídicos de la más diversa naturaleza. Haremos nuestro análisis siguiendo precisamente los lineamientos de esta clasificación:

a) Pena de muerte o capital: afecta a la vida del condenado;
b) Penas corporales: afectan a la integridad física del condenado;
c) Penas infamantes: afectan al honor de la persona;
d) Penas privativas de la libertad: afectan a la libertad individual en diversos grados y de diversas maneras;
e) Penas interdictivas: afectan a la capacidad jurídica del condenado;
f) Penas pecuniarias: afectan a su patrimonio;
g) Otras penas.

3.- Pena de muerte, penas corporales e infamantes

Aunque estas penas están actualmente excluidas de nuestro sistema penal, es conveniente hacer alguna referencia sobre ellas, pues rigieron en largas etapas de

nuestra historia y la pena de muerte sobre todo provoca todavía un gran debate doctrinario.

A) La pena de muerte

Esta pena rigió en el Código Penal común hasta 1897 y en el Código Penal Militar hasta 1906. La Constitución de ese año eliminó la pena de muerte y esta norma ha sido mantenida por todas las constituciones que han regido con posterioridad. La actualmente vigente, en el Art. 66 numeral 1, recoge también este mismo principio.

No han faltado, sin embargo, opiniones que en determinados momentos de alarma social, han reclamado la reimplantación de esta pena. En este aspecto, en el Ecuador se han producido las mismas controversias que han surgido en aquellos países que en determinado momento la abolieron. La discusión teórica sobre la supresión, el mantenimiento o el restablecimiento de la pena de muerte, según los casos, ha sido abundante. Hasta el siglo XIX prácticamente todos los países la mantenían, inclusive para delitos de mediana gravedad. Fue la escuela clásica la que empezó a discutirla y obtuvo que se reservara exclusivamente para delitos de especial gravedad y hasta su abolición en buena parte de los códigos.

Ahora la situación es muy variada. En Europa y América, la mayoría de legislaciones no establecen ya la pena de muerte, aunque hay por supuesto algunas e importantes excepciones. Francia y España la mantuvieron hasta décadas recientes; Bélgica la conserva pero no la aplica; los países de Europa oriental han empezado a revisar sus legislaciones en este punto tras la caída de los regímenes comunistas. En Estados Unidos, como las leyes penales tienen un carácter estadual, algunos estados la contemplan, otros no; pero, en todo caso, es el país occidental que más frecuentemente la aplica en medio de una gran polémica. Los países asiáticos y africanos, con diferentes sistemas jurídicos y culturales, incluyen en su gran mayoría la pena de muerte en sus legislaciones.

Las nuevas formas delictivas aparecidas en los últimos años (el terrorismo o la violencia vinculada al narcotráfico) han reactivado el debate, dándoles nuevos argumentos a quienes la consideran necesaria.

El debate

Los defensores de la pena de muerte encuentran su fundamental argumento en el efecto preventivo de esta pena, tanto en el orden general como en el individual. Sostienen que en ciertas etapas de la vida social, la amenaza de la pena de muerte es la única manera de contener el crecimiento de determinadas olas delictivas; o de eliminar a delincuentes especialmente peligrosos, con quienes han fracasado todos los sistemas rehabilitadores. En estos casos se justificaría la aplicación de esta pena, manteniendo siempre su carácter excepcional y extremando las exigencias legales para su aplicación.

Los contrarios a la pena de muerte, o abolicionistas, refutan la supuesta eficacia de los efectos disuasivos de la pena de muerte: ¿qué amenaza es capaz de disuadir a un terrorista? Sostienen que no se ha demostrado jamás que una sociedad que ha eliminado la pena de muerte haya sufrido un aumento de la criminalidad por este solo hecho, ni

tampoco que los países que la mantienen tengan porcentajes menores de delincuencia. El aumento o disminución de la criminalidad dependen de muy diversos factores, antes que del temor de los delincuentes potenciales a la pena de muerte o, en general, a las penas muy severas. En cuanto a los casos individuales, en rigor bastaría el contar con cárceles suficientemente seguras, para evitar evasiones de los condenados de alta peligrosidad y, en último término, la pena de privación perpetua de la libertad, aunque por supuesto también hay serias objeciones contra este tipo de pena.

Pero el argumento fundamental de los abolicionistas consiste en negar el derecho del estado a privar de la vida a uno de sus integrantes. No puede haber razón alguna, por importante que fuere, suficiente para legitimar un acto mediante el cual una persona pierde el bien básico de la vida, a través de un mecanismo regulado por el sistema jurídico. Si la pena es un mal que se inflinge al delincuente, la aplicación de este mal se justifica por razones superiores de conveniencia social, que no existen en el caso de la pena de muerte. Más bien, su aplicación despierta los instintos morbosos de una sociedad y promueve nuevas formas de violencia.

Son razones adicionales para oponerse a la pena de muerte, las gravísimas consecuencias de los errores judiciales, inevitables en toda administración de justicia y mucho más frecuentes en países con sistemas judiciales tan débiles, como los latinoamericanos; las posibles desigualdades de su aplicación, por razones políticas, sociales, económicas, raciales; la comprobación de que muchos de los crímenes más graves en rigor no son tales pues son realizados por alienados mentales, a los cuales no se les puede sancionar; etc.

B) Las penas corporales e infamantes

En general, las legislaciones modernas han eliminado este tipo de penas, que aparte de un supuesto efecto expiatorio, no cumplirían los fines que se propone actualmente el régimen penal. Sin embargo algunas sociedades, pertenecientes a sistemas jurídicos no occidentales, todavía las conservan. La más típica de las penas corporales fue la aplicación de azotes, cuyo número variaba según la gravedad del delito cometido; pero también ha habido penas de mutilación, marcas, permanencia durante cierto tiempo en cepos o grillos y otras.

Nuestra legislación republicana nunca contempló la aplicación de penas corporales. En cambio, la legislación colonial sí las tenía y las usaba con frecuencia.

En cuanto a las penas infamantes propiamente tales, los sistemas penales las utilizaban en ocasiones combinándolas con las penas corporales, como ocurría por ejemplo con la exhibición pública del condenado. En el ámbito penal militar se ha utilizado con frecuencia la degradación pública del condenado.

4.- Penas privativas de la libertad

A) Naturaleza

Estas penas limitan en diversos grados la libertad individual del condenado. La forma actualmente más común consiste en recluirlo en edificios especiales destinados a este objetivo y someterlo a un régimen especial de vida. Pero la restricción de la libertad individual tuvo modalidades antiguas, como fueron la deportación, el destierro o el confinamiento en determinado lugar. En los últimos tiempos muchos países han recurrido a penas alternativas que restringen la libertad individual de diversas maneras, sin llegar a privarla en forma completa: prisión nocturna, detención de fin de semana, arresto domiciliario, limitación o prohibición de residencia, sometimiento a la vigilancia de la autoridad, etc.

Las penas privativas de la libertad cumplen generalmente dos finalidades, cuya primacía dependerá de los criterios doctrinarios predominantes en una determinada legislación: o se busca fundamentalmente segregar y mantener aislados a individuos peligrosos (función preventiva especial negativa); o, más bien, se trata de crear una oportunidad para la reforma de los delincuentes, a fin de que puedan retornar a la vida social como personas útiles (función preventiva especial positiva o rehabilitación).

B) Importancia

Las penas privativas de la libertad constituyen la piedra angular de los actuales sistemas penales. Aun en aquellos países que conservan la pena de muerte, ésta tiene un carácter excepcional, por lo cual la mayor parte de las infracciones de cierta gravedad son sancionadas con este tipo de penas. De la misma forma en la legislación ecuatoriana, las penas privativas de la libertad son, en casi todos los casos, las penas principales, mientras las demás penas son accesorias.

La importancia que estas penas han llegado a tener ha dado lugar inclusive a la aparición y desarrollo de una rama del derecho que ha adquirido ya cierta autonomía: el **Derecho penitenciario** y a una legislación especial, cuyas disposiciones regulan los diversos aspectos relacionados con la ejecución de este tipo de penas.

Sin embargo, paradójicamente, las penas privativas de la libertad han entrado en crisis en los últimos años. En efecto, se considera que los fines preventivos que teóricamente se les asigna no han podido ser cumplidos y que, más bien, se han creado centros casi monstruosos, las cárceles, generadores de nuevos problemas para las distintas sociedades.

C) Evolución

Las penas privativas de la libertad no estuvieron difundidas en la antigüedad. Las cárceles servían solamente para alojar a los procesados que esperaban su sentencia; o a detenidos sin fórmula de juicio por razones políticas, religiosas o de otro orden. Cuando el liberalismo clásico emprendió su tarea de humanizar la aplicación del Derecho Penal, entonces surgió la prisión en sustitución de la pena de muerte o de las penas corporales.

También ha sufrido una gran evolución el sistema de aplicación de estas penas. En un principio, las cárceles contaban solamente con celdas comunes, en las que los

condenados se hacinaban en condiciones deplorables. Tal situación provocó, entre otras, la célebre protesta de John Howard, en su libro sobre las cárceles inglesas. Frente a tal situación se difundió como alternativa extrema el llamado sistema filadelfiano (apareció en la ciudad norteamericana de Filadelfia), que se caracterizaba por el aislamiento celular permanente. En este caso el condenado debía pasar todo el tiempo de su condena encerrado en su celda, prácticamente sin contactos externos.

Posteriormente se han ensayado soluciones mixtas, que combinan el aislamiento celular nocturno con el recreo y el trabajo comunitarios, para eliminar los problemas provocados por el aislamiento permanente y por las celdas comunes. Ultimas tendencias, surgidas como hemos dicho por la crisis universal de la cárcel tradicional, propugnan soluciones muy novedosas, aunque de difícil aplicación práctica, pues exigen, no sólo una infraestructura física distinta, sino también un cambio de mentalidad en toda la sociedad y en especial en las personas encargadas de la administración carcelaria. Sistemas como el progresivo, en que el condenado va reintegrándose paulatinamente a la vida ordinaria; o el de prisión abierta, en que desaparece el concepto tradicional de cárcel como un edificio encerrado entre murallas, y se levantan poblaciones en zonas especiales, etc.

Estas alternativas han tratado de ser una respuesta a la crisis, que se ha acentuado en los últimos años. El crecimiento de la población carcelaria, las situaciones de cada vez más difícil manejo que se producen dentro de las penitenciarías, la heterogeneidad de los internos, llevan a los penalistas a plantear fórmulas distintas, sosteniendo inclusive algunos autores que la era de las penas privativas de la libertad como sistema básico está llegando a su fin.

5.- Penas privativas de la libertad en la legislación ecuatoriana

Según el Código Penal, las penas privativas de la libertad son **prisión correccional y reclusión**, a las que se agregaría una pena de carácter restrictivo que es la **sujeción a la vigilancia de la autoridad**.

- La prisión correccional va de 1 a 30 días, como pena peculiar de la contravención; y de 8 días a 5 años, como pena del delito..

- La **reclusión** se divide en **menor y mayor**; la primera se divide en **ordinaria y extraordinaria**, y la segunda en **ordinaria, extraordinaria y especial** (creada por la reforma de septiembre del 2001), de acuerdo al siguiente esquema:

Reclusión menor:

ordinaria:

3-6; 6-9 años;

extraordinaria:

9-12 años;

Reclusión mayor:

ordinaria:

4-8; 8-12 años;

extraordinaria:

12-16 años;

especial:

16-25 años.

Según el Art. 59, para computar el tiempo de la condena, la duración de un día es de veinticuatro horas y la de un mes, de treinta días.

Lo primero que llama la atención en esta clasificación es lo complejo de la misma. La distinción entre prisión y reclusión, que en principio podría ser aceptable, se complica por las divisiones que tiene la reclusión, cinco en total, y por cuanto la duración de las distintas penas provoca una superposición de unas con otras. Así, por ejemplo, un lapso de cuatro años lo mismo puede corresponder a prisión correccional, a reclusión menor ordinaria o a reclusión mayor ordinaria.

Hace falta, evidentemente, una simplificación del sistema, como ya lo establece el Código de Ejecución de Penas (que sin embargo no ha podido aplicarse en este punto), unificando la denominación y dando fundamental importancia a la duración de las penas, antes que a otros factores, que aunque están indicados en la ley, en la práctica no se cumplen.

Diferencias entre prisión y reclusión

Los Arts. 53, 54, 55 y 56 del Código señalan las diferencias establecidas por el legislador entre la prisión correccional y la reclusión. Sin embargo de que algunas de estas diferencias podrían ser justificadas, las más importantes quedan simplemente como enunciadas de la ley, pues las condiciones materiales en que se cumplen las condenas impiden su real aplicación.

a) Lugar de cumplimiento de la condena: Las penas de reclusión se deben cumplir en los centros de rehabilitación social; las de prisión, en las cárceles cantonales o provinciales, o en secciones especiales de las penitenciarías (que han dejado de tener tal denominación).

Esta diferencia, que hace relación a la mayor o menor seguridad de los establecimientos,

según la gravedad de los delitos cometidos por los condenados, resulta impracticable. En los distintos establecimientos del país se alojan indistintamente condenados a una u otra pena, y aun solamente sindicados, cuya responsabilidad penal por lo tanto no ha sido todavía establecida en sentencia firme; y éstos últimos son la mayoría. Es decir, el internamiento en un lugar u otro no depende de lo dispuesto por la ley sino de otros factores muy diversos.

b) Régimen: Decía el Código, antes de la última reforma, que los condenados a reclusión mayor debían estar sometidos a un régimen celular más estricto; mientras los condenados a reclusión menor y prisión (la disposición legal se mantiene) deben trabajar en talleres comunes y el aislamiento sólo puede darse por castigos reglamentarios, los que no excederán de ocho días. En todo caso los condenados deben estar sujetos a trabajos de reeducación.

Esta ha sido, sin duda, una de las normas más teóricas del Código, pues en realidad ningún régimen se cumple y menos todavía se realizan los trabajos de reeducación. La realidad de nuestras cárceles echa por tierra las buenas intenciones que pudo haber tenido el legislador.

c) Penas accesorias: En general las penas accesorias corresponden a la reclusión, mientras que, por lo común, la prisión no las tiene. Hay sin embargo excepciones en ambos casos.

d) Aspectos procesales: Las antiguas normas procesales establecían procedimientos diferentes, según se trataba de delitos sancionados con prisión o reclusión. El actual Código de Procedimiento Penal unifica el trámite, pero hay todavía una significativa diferencia: la concesión de libertad bajo caución (Art. 175), que sólo procede cuando el delito pesquisado es sancionado con prisión.

e) Otros aspectos: El propio Código Penal establece algunas otras diferencias de diversa importancia, según se trate de delitos que merezcan una u otra pena. Veamos algunas:

el plazo de prescripción de la acción penal, según el Art. 101, es distinto si se trata de delitos sancionados con reclusión (plazo mayor) o prisión (plazo menor);

si la persona es mayor de sesenta y cinco años, aunque se le sancione con reclusión, seguirá el régimen propio de la prisión, según lo establece el Art. 57. (Este artículo, de dudosa redacción y que ha sufrido algunas reformas, ha sido aplicado en ocasiones equivocadamente en el sentido de que, en cualquier c aso, la pena no podrá exceder de cinco años). Una última interpretación, hecha por ley, señala que la llamada prisión correccional deberá entenderse como lugar especializado para la rehabilitación de adultos mayores;

la condena condicional (Art. 82) sólo es aplicable cuando el delito tiene pena de prisión, cuyo máximo sea seis meses.

También en estos casos nos encontramos con algunas disposiciones que, aunque revelan la buena intención del legislador, se tornan en la práctica inconsistentes, inútiles o inaplicables.

Sujeción a la vigilancia de la autoridad

Esta pena es restrictiva y no privativa de la libertad, puesto que limita la libertad individual del condenado y le impone determinadas condiciones en su actividad. En el Código se la prevé en casos de muy variada naturaleza y en la práctica esta pena no se aplica, o mejor dicho, los jueces no la utilizan, seguramente por la escasa eficacia de las disposiciones legales.

En términos generales, esta pena se regula de la siguiente manera (Arts. 61 y 62):

Es una pena accesoria de la reclusión, pero excepcionalmente puede serlo de la prisión; y se debe cumplir una vez terminada la pena de privación de la libertad, cuando el condenado sale de la cárcel. En esto consiste precisamente su principal dificultad, pues alarga el cumplimiento de la condena de una manera excesivamente prolongada. Algunos sistemas la tienen más bien como una pena sustitutiva de la privación de la libertad;

Es facultativo para el juez imponerla o no;

- Puede extenderse entre cinco y diez años, y en caso de reincidencia, puede durar toda la vida;

Consiste en la prohibición de que el condenado, una vez salido del establecimiento carcelario, se presente en determinados lugares, en tanto que debe comparecer ante la autoridad de policía del lugar de su residencia; no puede salir de ese lugar sin autorización previa; y hasta se le puede fijar ocupación y método de vida;

Si incumple estos requisitos, se le impondrá una nueva pena privativa de libertad (Art. 438);

En el Código de Ejecución de Penas (Art. 57), se determina, tal vez con más lógica, que corresponde al director del establecimiento carcelario el precisar los detalles del cumplimiento de esta pena.

6.- El Código de Ejecución de Penas

La expedición del Código de Ejecución de Penas y de Rehabilitación Social (Registro Oficial 282, de 9 de julio de 1982) modificó sustancialmente el régimen de penas privativas de la libertad. Sin embargo, el propio Código determinó que estas reformas no entrarán plenamente en vigencia hasta tanto no se reformen a su vez las normas del Código Penal, para armonizarlas con el nuevo sistema. Esto ha traído como consecuencia el que, en gran parte, este Código pertenezca por lo pronto al ámbito de las buenas intenciones. Hay que destacar, de todos modos, el espíritu positivo que alienta a la mayoría de disposiciones de esta legislación. Entre los aspectos que aquí nos interesan destacamos los siguientes:

a) La reforma fundamental introducida por el Código de Ejecución en cuanto a las

penas, consiste en eliminar la pena de reclusión y sus distintas clases y unificar todas las penas bajo el nombre de prisión. Por esta razón hace falta una reforma sustancial del Código Penal y de otras leyes penales.

b) En cuanto a la ejecución misma de las penas, el Código establece el sistema progresivo, que presupone una individualización en el tratamiento de la persona que ha recibido la condena. Los **centros de rehabilitación social** se clasifican en establecimientos de seguridad máxima, media y mínima, y el condenado irá al que le corresponda, no por la pena que se le haya impuesto, sino por el análisis integral de su personalidad y el grado de peligrosidad que muestre y el avance en el proceso de rehabilitación. Podrá luego pasar por una fase de prelibertad y otra de libertad controlada. También la ley regula las rebajas por buena conducta que pueden obtener los condenados.

c) Originalmente el Código colocó todo el sistema de ejecución de penas en el ámbito administrativo, ubicándolo como una dependencia del Ejecutivo. Las reformas de marzo del 2006 le otorgaron personalidad jurídica y autonomía al organismo (Consejo Nacional de Rehabilitación Social) que tiene a su cargo el manejo del sistema. En todo caso sacándolo del ámbito jurisdiccional. Pero, al crearse los jueces de garantías penitenciarias, se les atribuyó la facultad de sustanciar los procesos relativos a rebajas, libertad controlada y cualquier otra modificación de las penas impuestas. Las reformas de julio de 2008 incorporaron al Código estos criterios indispensables para mantener la independencia judicial en un aspecto especialmente significativo: el cumplimiento de las condenas.

7.- Penas interdictivas

Son aquellas que afectan a la capacidad jurídica del condenado, limitándola en determinados aspectos. Su mantenimiento en los Códigos es actualmente muy discutido, pues algunos autores consideran que estas medidas son ajenas a lo propiamente penal y corresponden más bien a otros efectos de distinta naturaleza. Sin embargo el Código ecuatoriano las mantiene y las regula expresamente, según las normas que se señalan a continuación.

A) Interdicción civil

Está regulada por el Art. 56 del Código y tiene las siguientes características:

a) Es pena accesoria forzosa de la reclusión mayor, de la menor extraordinaria (nada se ha previsto respecto a la reclusión mayor especial) y aun de la menor ordinaria, en casos de reincidencia o concurrencia de delitos;

b) Priva al condenado de la capacidad de disponer de sus bienes, a no ser por acto testamentario. Esta disposición resulta un tanto extraña, pues las interdicciones civiles en general privan al interdicto hasta de la capacidad de administrar sus bienes. En este caso no es así;

c) Hace falta, por tanto, nombrar un curador para el condenado, y se lo hará siguiendo

las reglas del Código Civil respecto a la curaduría del disipador;

d) La interdicción durará todo el tiempo que dure la condena de privación de la libertad a la cual accede.

Además de esta interdicción civil, debe tomarse en cuenta la existencia de otros efectos civiles que son consecuencia de una condena penal y que están especificados en numerosas disposiciones del Código Civil. Tales son, por ejemplo: ser causal de divorcio, producir la emancipación de los hijos menores, crear inhabilidades especiales para ser testigo de matrimonio, de celebración de testamentos, para ser designado tutor o curador, etc.

Las reformas de junio del 2005 establecen que, en el caso de delitos sexuales o de trata de personas, los autores perderán la patria potestad o la representación legal, en su caso, de las víctimas de tales delitos.

B) Interdicción política

Está regulada en el Art. 60, en conformidad con las siguientes disposiciones:

a) Es una pena accesoria de toda condena a prisión o reclusión;

b) Consiste en la suspensión del ejercicio de los derechos políticos del condenado. Estos derechos, según la Constitución (Art. 61) son principalmente los siguientes: elegir y ser elegidos, ser consultado, presentar proyectos de iniciativa popular normativa, desempeñar empleos y funciones públicos, fiscalizar los actos del poder público, revocar los mandatos de los dignatarios de elección popular; conformar partidos y movimientos políticos;

c) La duración de esta pena es la misma que la de la condena a prisión o reclusión. El Código señala que excepcionalmente puede extenderse más allá de ese tiempo, lo cual parece incompatible con la disposición constitucional ya citada;

d) En algunos casos de especial connotación, el Código prevé efectos de carácter político más graves. Estos casos son:

- En los delitos de traición (Art. 122), el condenado perderá la nacionalidad ecuatoriana. Esta norma contradice las normas internacionales sobre derechos humanos;

- En los delitos de terrorismo y sabotaje (Art. 166), al condenado se le cancelará la carta de naturalización, si fuere ecuatoriano por naturalización;

- En los delitos de peculado (Art. 257), el condenado quedará en incapacidad perpetua para el desempeño de un cargo público;

- En la Ley que reprime los delitos de lavado de activos (Art. 17) se establece para el funcionario público que haya sido condenado, la incapacidad perpetua para el desempeño de una función pública;

- El Código Tributario (Art., 323) establece la sanción de destitución de cargos públicos a quienes hayan participado en los delitos tipificados en dicho Código.

e) La Constitución determina, (Art. 113, numeral 2) que las personas que hayan recibido sentencia condenatoria por delitos sancionados con reclusión, o por cohecho, enriquecimiento ilícito o peculado, quedan inhabilitadas para ser candidatas a dignidades de elección popular.

C) Privación del ejercicio profesional

Aunque esta pena está enumerada entre las peculiares del delito (Art. 51), no hay en la parte general del Código norma alguna que regule su aplicación de una manera amplia y completa, como parece necesario por la gravedad que puede tener la participación de profesionales en actos delictivos. Solamente en la parte especial, en unos pocos artículos, se establece esta sanción. Tales casos son los siguientes:

Abogados

Los Arts. 288 y 359 establecen, respectivamente, que si un abogado se dejare cohechar siendo juez, o sobornare a un testigo, quedará privado del ejercicio profesional. El Art. 283 señala que el abogado que favoreciere la actuación de tinterillos será suspendido en el ejercicio profesional durante el tiempo de la condena. Recuérdese, por otra parte, que el Art. 150 de la Ley Orgánica de la Función Judicial determina que los abogados no pueden ejercer la profesión durante el tiempo en que estuvieren cumpliendo una condena, a no ser en su propia defensa, de sus cónyuges y de sus parientes cercanos.

Profesionales médicos

Las reformas de junio del 2005 establecen como sanción para los autores de los delitos de extracción y tráfico ilegal de órganos, la inhabilitación permanente para el ejercicio de la profesión médica, obstétrica o afín.

Facultativo

El Art. 359 establece que el facultativo que, siendo nombrado perito en una causa, diere un informe falso, será privado del ejercicio profesional.

Empleo, profesión u oficio

La Ley 2005-2, que tipificó el delito de pornografía infantil, incluye entre las penas aplicables a este delito la inhabilidad (¿perpetua?) para el desempeño de empleo, profesión u oficio.

La Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (Art. 123) establece como penas aplicables a las infracciones de tránsito la revocatoria o suspensión de la licencia para conducir.

En todos estos casos habrá que entender que la privación del ejercicio profesional es

accesoria de la pena privativa de la libertad correspondiente a estos delitos.

Hay que advertir que no deben confundirse estos casos, que son sanciones penales, con las sanciones disciplinarias que cualquier profesional puede recibir por infracciones a la ética profesional, acordadas por los respectivos colegios gremiales.

8.- Penas pecuniarias

Son aquellas que afectan al patrimonio del condenado. En nuestro sistema penal son dos: la multa y el comiso especial.

A) La multa

a) Naturaleza

La multa consiste en el pago de una suma de dinero, establecida en sentencia, que el condenado está obligado a realizar a favor del estado. Es la naturaleza pecuniaria de esta sanción la que produce una permanente confusión entre las multas penales y las que tienen un carácter puramente administrativo, disciplinario o correctivo. En las primeras hace falta, como en toda pena, que sean establecidas por la ley, que correspondan a una infracción penal y que sean determinadas luego de un juicio en una sentencia condenatoria. Las otras multas no cumplen necesariamente con estos requisitos.

b) Ventajas

Algunas tendencias penales modernas son muy partidarias de la pena de multa, sobre todo en sustitución de las penas cortas de privación de la libertad, que precisamente por ser tales no cumplen con ninguna de las finalidades que se asignan en general a las penas privativas de la libertad. También la legislación de algunos países (Alemania, por ejemplo) la considera esencial. La preferencia se fundamenta en varias razones:

las penas de multa no tienen el carácter estigmatizante para la personalidad del condenado que tiene la prisión y no constituyen, por lo tanto, ningún obstáculo para la rehabilitación;

la naturaleza de la multa permite su aplicación con gran flexibilidad, acomodando la pena al caso particular del condenado;

esta pena significa ingresos y no egresos para el estado, como en forma cuantiosa representan las penas privativas de la libertad.

c) Desventajas

Sin embargo, hay un sector de la doctrina que duda de la eficacia de estas penas y advierte serias desventajas que pueden generar, en especial en países como el nuestro, de grandes desniveles económicos:

la multa como sanción penal da una importancia inadecuada al poder económico, y por lo tanto la sanción tiene una diferente significación en relación a la situación económica del condenado, lo cual termina por hacerla discriminatoria. Una multa que es muy cuantiosa para una persona, para otra puede tener escaso valor, y más todavía cuando las multas son establecidas en las leyes mediante cifras absolutas. Esto sucedió, por ejemplo, en el Código Penal ecuatoriano, pues las multas que en él se señalaban, que tal vez tuvieron en algún momento importancia económica, debido a los procesos inflacionarios, se tornaron absolutamente insignificantes. Una vez producida la dolarización, el legislador estableció el valor de las multas en dólares de los Estados Unidos (Ley 2002-75);

la multa puede ser pagada por un tercero y no por el condenado, con lo cual pierde el carácter de sanción personalísima que tiene la pena. En muchos casos, por ejemplo, especialmente al tratarse de delitos con implicaciones económicas, las multas pueden ser pagadas por las empresas, con lo cual el efecto sancionador frente al individuo se pierde totalmente;

por otra parte, en muchos casos, los condenados son insolventes y no tienen posibilidad de pagar las multas, con lo cual las penas no se cumplirían, a menos que se estableciera la convertibilidad de la pena de multa en prisión, solución que tampoco resulta satisfactoria.

d) Posibles alternativas

Frente a estas dificultades se sostiene la necesidad, primero, de que las leyes no fijen las multas con cifras absolutas, sino que utilicen un criterio de indexación, a fin de que el monto de las mismas se vaya acomodando a la situación económica de la sociedad. Tal podría ser, por ejemplo, el establecer la multa en relación al salario mínimo vital, cifra que va cambiando con mayor flexibilidad. Pero sobre todo, que la multa esté en relación con el patrimonio y los ingresos de cada sujeto (**multa-día de trabajo**), de tal manera que no se produzcan estos efectos tan diferentes, como sucede cuando la multa es igual para todos los condenados.

e) Clases

En nuestro Código la multa es, básicamente, una pena accesoria de las penas privativas de la libertad; pero en algunos casos (contravenciones de primera clase y algunos delitos) es pena principal. En otros casos es pena alternativa, pues la ley deja al juez la posibilidad de sancionar un delito con multa, con prisión o con ambas penas simultáneamente (Art. 73).

f) Reglas de aplicación

En los Arts. 63 y 64, el Código determina la forma en que se debe aplicar la multa:

se impondrá individualmente a cada uno de los condenados por la misma infracción;

se cobrará por apremio real, no por apremio personal;

el juez podrá autorizar el pago por cuotas, según la condición económica del condenado;

cuando los bienes del condenado no fueren suficientes, antes que la multa se atenderá primero al pago de los daños y perjuicios y de las costas procesales.

B) El comiso especial

a) Naturaleza

El comiso consiste en la pérdida del dominio de ciertos bienes del infractor, cuya propiedad pasa al estado. Antiguamente, en cambio, solía darse la confiscación de todos o parte de los bienes del condenado, sistema que ha desaparecido de los códigos modernos. Ahora el comiso se denomina especial, porque se limita a ciertos bienes.

b) Qué bienes

La doctrina considera que los bienes que pueden ser comisados deben reunir dos condiciones:

- ser de propiedad del condenado;
- tener alguna vinculación con el hecho delictivo.

Concretamente el Art. 65 del Código señala cuáles son los bienes que pueden ser comisados:

- las cosas que fueron objeto de la infracción (bienes introducidos en contrabando);
- las que sirvieron o fueron destinadas a cometerla (armas o instrumentos);
- las que han sido producidas por la infracción misma (sustancias estupefacientes, billetes falsos).

Hay que insistir que el comiso procede únicamente cuando los bienes son de propiedad de los infractores. Cuando el Código, en este artículo, al referirse a los bienes que sirvieron para cometer la infracción, señala que deben ser del autor o del cómplice, no abre la posibilidad de que en los demás casos se comisen bienes de terceros. La frase del Código simplemente debe entendérsela en el sentido de que en tales casos se podrá comisar también los bienes del encubridor.

c) Cuándo procede

El comiso es una pena accesoria de las penas privativas de la libertad y aun de la multa, cuando ésta es principal.

Generalmente se la entiende como opcional para el juez, pero hay casos en que su aplicación es forzosa; esto ocurre precisamente en los delitos aduaneros y de narcotráfico, en que además puede tener una gran significación económica. La actual ley de estupefacientes extiende el comiso inclusive a bienes que han sido obtenidos con los beneficios de la actividad delictiva (Art. 86.). También la Ley que reprime el lavado de activos establece el comiso obligatorio de los bienes que han sido objeto de tales

operaciones (Art.17).

Sin embargo el Art. 266 del Código excepcionalmente establece el comiso como sanción única para el delito que cometen ciertos funcionarios públicos que realizan negociaciones incompatibles con su función.

C) Otras sanciones

El Art. 71 establece la obligación del condenado de publicar a su costa la sentencia cuando la publicación constituye el medio de reparar el daño no pecuniario ocasionado por el delito.

También el Art. 568, en el caso de delitos contra la salud pública y para ciertas defraudaciones, dispone que se publique la sentencia por la prensa y mediante carteles, y prevé una especie de medidas cautelares, como cierre de fábricas, tiendas, bodegas y almacenes.

La Ley 2005-2 estableció el cierre de empresas en el caso de delitos de turismo con explotación sexual. Y en el Código Tributario (Art. 323) se establecen varias sanciones de carácter económico: clausura del establecimiento o negocio, suspensión de actividades, supresión o cancelación de inscripciones o patentes, e incautación definitiva de bienes.

9.- Penas alternativas

Las modernas tendencias penales, que desconfían cada vez más de la eficacia de las penas privativas de la libertad, al menos para los casos menos graves, y que tampoco son partidarias de las multas, proclaman la necesidad de que los regímenes penales prevean otras penas de carácter alternativo, que impliquen una carga para el condenado pero que no tengan los aspectos negativos característicos de las otras penas.

Entre estas penas alternativas estarían la prestación de trabajos de utilidad social o pública, el cumplimiento de instrucciones en el ámbito educativo, sanitario o laboral; la amonestación, la satisfacción a la víctima u otras similares. Nuestra legislación carece, por ahora, de normas que se alineen dentro de esta perspectiva.

10.- Individualización de las penas.- Su aplicación y modificación

Una vez establecido el cuadro completo de las penas que prevé el Código Penal, toca examinar la forma en que éstas deben ser aplicadas en cada caso. Para ello los jueces tomarán en cuenta, sin duda, los análisis de la personalidad del delincuente que dispongan, pero también las diversas circunstancias del caso que les permitan modificar la pena en uno u otro sentido.

El problema es especialmente complejo respecto a las penas privativas de la libertad, base del sistema, cuya estructura ya es en sí complicada y que se agrava más todavía en

el momento de su aplicación.

En definitiva, el juez o tribunal deberá hacer las siguientes consideraciones, o si se quiere, dar los siguientes pasos, para determinar con qué pena concreta sancionará al responsable de un delito:

1.- **Escoger entre el máximo y el mínimo** de la pena señalada para cada infracción. En este punto el juzgador tiene absoluta discrecionalidad para tomar una decisión, aunque es obvio suponer que lo hará por causas que haya podido apreciar en relación al condenado.

2.- **Modificar las penas cuando encuentre una situación relativa al íter críminis**. Esto especialmente en los casos de tentativa, desistimiento y arrepentimiento eficaz, en los cuales el Código da reglas expresas, según se ha visto anteriormente.

3.- **Aplicar la pena que corresponda a cada uno de los partícipes**, según el grado de su responsabilidad: autores y coautores, cómplices y encubridores.

4.- **Modificar la pena según se hayan comprobado circunstancias atenuantes y agravantes,** conforme lo veremos de inmediato.

5.- **Modificar la pena si encuentra algún caso de reincidencia.**

6.- **Considerar si hay concurso o concurrencia de delitos** para determinar la pena única aplicable. También veremos más adelante esta situación.

En esta materia, como en muchas otras, las modernas tendencias son más amplias, pues consideran que la individualización y modificación de las penas no concluyen en el momento de dictar la sentencia, sino que van más allá. Para ello los jueces de ejecución podrían, en cualquier momento, sustituir la pena que está cumpliendo un condenado por otra que sea más apropiada a sus circunstancias personales.

11.- Circunstancias atenuantes y agravantes

Estas circunstancias inciden especialmente en la fijación de las penas a los responsables de un delito. Como vamos a ver a continuación, su naturaleza se vincula sobre todo al grado de culpabilidad del sujeto activo de la infracción, disminuyéndola o aumentándola.

El Código ecuatoriano se refiere a este punto en los Arts. 29 y 30, en los cuales:

i) se establecen los criterios fundamentales para que el juez o tribunal puedan decidir sobre el carácter de determinadas circunstancias y darles el efecto correspondiente; y,

ii) se incluyen además una enumeración ejemplificativa de circunstancias atenuantes, en el Art. 29, y agravantes, en el Art. 30. Pero esta enumeración, como no es taxativa, le permite al juez, utilizando los criterios respectivos, dar el carácter de atenuante o agravante a otras circunstancias que no constan en la enumeración.

a) Los **criterios** que señalan estos artículos se refieren a la naturaleza de las circunstancias, las mismas que pueden estar vinculadas a:

- las causas impulsivas de la infracción, es decir a los motivos que le llevaron al sujeto activo a cometer o participar en la infracción;
- el estado y la capacidad física e intelectual del sujeto activo;
- su conducta con respecto al acto y sus consecuencias.

Tomando en consideración estos datos, se determinará si las circunstancias son atenuantes o agravantes, según:

- disminuyan o aumenten la gravedad o malicia de la infracción;
- disminuyan o aumenten la alarma social;
- establezcan la alta, escasa o ninguna peligrosidad del delincuente.

b) En cuanto a la **enumeración**, ésta es, como dijimos, **ejemplificativa**, lo cual se deduce de la propia frase del Código: "... como en los casos siguientes..." Entre los ejemplos se enumeran circunstancias de muy variada naturaleza y referidas a los criterios básicos ya indicados: motivos, estado y capacidad de la persona, conducta. Señalemos algunos de estos ejemplos constantes en los Arts. 29 y 30.

Art. 29 (**atenuantes**): haber delinquido por temor o provocación, obrar por motivos de especial valor moral o social, rusticidad del delincuente, tener más de sesenta años de edad, presentarse voluntariamente a la justicia, la confesión espontánea y verdadera, etc.

Art. 30 (**agravantes**): ejecutar la infracción con alevosía; por precio, recompensa o promesa; por medio de inundación, naufragio, incendio; con ensañamiento o crueldad; prevaliéndose el autor de su condición de autoridad; aprovechándose de una calamidad pública o privada; buscando de propósito la noche o el despoblado, etc.

Las reformas de junio del 2005 introdujeron varias novedades en este punto:

en el caso de delitos sexuales y de trata de personas, sólo serán atenuantes la presentación voluntaria a la justicia y la colaboración eficaz en la investigación del delito;

se aumentó como agravante la ejecución de la infracción por motivos de discriminación;

se agregaron, en un artículo innumerado a continuación del 30, agravantes específicas para delitos sexuales y de trata de personas;

se reformó el Art. 31 determinando que el hecho de ser la víctima cónyuge, conviviente o pariente cercano del ofensor será siempre un agravante. El texto anterior determinaba que esta vinculación podía considerarse como atenuante o agravante, según la naturaleza y accidentes de la infracción.

También la Ley reformatoria, que incorporó al Código Penal el Título relativo a los delitos cometidos en función policial y militar introdujo, a continuación del Art. 30, circunstancias agravantes específicas para estos delitos.

Reglas para la modificación de las penas

Una vez establecida la existencia de circunstancias atenuantes y/o agravantes, el Código señala las reglas para modificar las penas por la existencia de las mismas:

Deben haberse probado dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, en cuyo caso las penas se rebajarán en la forma indicada en los Arts. 72 y 73 (por ejemplo, la pena de 12 a 16 años de reclusión mayor extraordinaria se rebajará a reclusión mayor ordinaria de 8 a 12);

Debe haberse probado siquiera una atenuante de carácter trascendental y el sujeto no tener antecedentes de peligrosidad y ninguna agravante, con lo cual, según el Art. 74, también procederán las rebajas.

Como se ve, el Código combina, para considerar la situación, los dos tipos de circunstancias. Las atenuantes tendrán su efecto siempre y cuando no haya agravantes; si hay una sola de éstas, el efecto queda eliminado. En cambio, las agravantes por sí solas no empeoran la situación del condenado.

Pero hay un punto adicional que debe ser aclarado. El Código, en los artículos ya indicados, al referirse a las agravantes, dice que deben ser de aquellas que no sean **constitutivas o modificatorias** de infracción. Es decir que si son de esta clase, las atenuantes sí operan. Entonces debe precisarse cuáles de las circunstancias agravantes son constitutivas o modificatorias de infracción. Estas son las que el legislador ha incluido en la tipicidad de los distintos delitos, en la parte especial del Código. La alevosía, por ejemplo, es agravante enumerada en el Art. 30; pero también es circunstancia constitutiva del delito de asesinato, según el Art. 450. Entonces, en un caso de homicidio, la alevosía, elemento constitutivo del asesinato, ya no puede ser considerada nuevamente como agravante, porque se le estaría dando un doble efecto negativo; y, por lo tanto, ya no puede anular el valor de las atenuantes. En definitiva, habrá que examinar en cada caso, qué clase de circunstancia agravante es la que ha quedado probada, para establecer su posible efecto.

Circunstancias atenuantes especiales

Además de las circunstancias atenuantes del Art. 29, cuya función ya hemos señalado, el Código establece otras circunstancias especiales, cuyo efecto es mucho más importante, pues tienen un carácter privilegiado y producen una gran rebaja de la pena.

Estas circunstancias son las llamadas por el Código **de excusa**, que se determinan en los Arts. 25 y 26 (que son en definitiva variantes muy discutibles del exceso en la legítima defensa). En este caso (Art. 75) la pena se rebajará, por ejemplo, de 12-16 años de reclusión a 1-5 años de prisión.

También hay atenuantes especiales en los casos de imputabilidad disminuida: trastorno mental incompleto, embriaguez fortuita incompleta y sordomudez.

12.- La reincidencia

A) Naturaleza

En términos generales se puede considerar a la reincidencia como una circunstancia agravante, relativa a los antecedentes del sujeto activo. Sin embargo, las legislaciones, sobre todo las clásicas, suelen darle un tratamiento muy especial, por considerarla de extremada gravedad, pues significa, en teoría, que la condena que recibió una persona no tuvo efecto alguno sobre ella, ni en el orden preventivo ni en el de rehabilitación. Esa es precisamente la posición de nuestro Código. La reincidencia recibe un tratamiento especialmente severo (Arts. 77 a 80), como se verá en seguida. Los códigos modernos no le dan a la reincidencia la misma importancia.

Reincidencia es, en términos jurídicos, la comisión de un delito después de que el sujeto activo ya fue condenado por otro anterior. Como se ve, el elemento fundamental de la reincidencia es la condena anterior; si no la hubo, no puede darse un caso de reincidencia.

B) Características

En nuestro sistema legal, la reincidencia tiene las siguientes características:

es **genérica**; es decir no importa la clase de los delitos cometidos. Pueden ser los mismos, de la misma especie o totalmente distintos. Sin embargo, en algunos casos se establece reincidencia específica: delitos de explotación sexual (Ley 2005-2), abigeato (Art. 555). También se establece la reincidencia específica tratándose de delitos militares, según la regla establecida en el Art. 79 y en la Ley de Tránsito.

es **ficta**; es decir, no importa que el reincidente haya cumplido o no la primera condena; basta que haya sentencia condenatoria ejecutoriada.

es **imprescriptible**; no importa tampoco el tiempo transcurrido desde la primera sentencia. Sólo en el caso de las contravenciones, el Código establece un lapso de noventa días dentro de los cuales se podrá dar la reincidencia.

se toma en cuenta las **sentencias extranjeras** para su existencia.

C) Reglas para la aplicación de las penas

Una vez establecida la reincidencia, la ley prevé (Art. 80) cuatro alternativas básicas en todas las cuales se agrava la situación del condenado:

a) Si la primera condena fue de reclusión y comete un segundo delito sancionado también con reclusión, la pena por el segundo delito se aumentará en un grado;

b) Si la primera condena fue de reclusión y comete un segundo delito sancionado con prisión, se aplicará el máximo de la pena;

c) Si la primera condena fue de prisión y el segundo delito también está sancionado con prisión, se aplicará el máximo de la pena;

d) Si la primera condena fue de prisión y el segundo delito merece reclusión, no se tomarán en cuenta las atenuantes.

Si el reincidente estuviere con libertad condicional (o controlada, según el Código de Ejecución de Penas), se revocará ésta y deberá cumplir, además del tiempo del segundo delito, el que le faltaba cumplir de la primera condena.

La Ley 2005-2 determina que la reincidencia en el delito de pornografía infantil será penado con veinticinco años de reclusión mayor especial.

D) Reincidencia como delito

La ley reformatoria de marzo de 2010 agregó un inciso al Art. 78, conforme al cual se determina que la reincidencia en la contravención de hurto (Art. 607, numeral primero) "será considerada" como delito. La sanción sería la prevista en el Art. 548.

13.- Concurso o concurrencia de delitos

A) Naturaleza

Finalmente, el juez también deberá tomar en cuenta la posible existencia de un concurso o concurrencia de delitos. Esta situación se produce cuando un mismo sujeto activo, dentro de un mismo proceso delictivo, ejecuta una pluralidad de hechos punibles: dos asesinatos; robo, violación y homicidio; asociación ilícita, estafa y falsedad documental, etc. La vigente norma procesal establece que en estos casos de delitos conexos entre sí, el mismo juez debe instaurar un solo proceso por todos estos hechos y el tribunal, al momento de sancionar, establecerá la pena única por todos los delitos (Art. 21.4 del Código de Procedimiento Penal).

No se trata, en estos casos, de aquellos delitos complejos, creados por el legislador y que engloban en un solo delito, varias lesiones de bienes jurídicos: violación con muerte o robo con muerte. Estos casos se resuelven según los criterios establecidos para el concurso aparente de leyes. En cambio, aquí nos encontramos con un concurso real de delitos, cada uno con su propia pena, por lo cual hace falta determinar cuál será la pena única que el condenado deba cumplir.

B) Criterios

Para atender esta situación la doctrina ha postulado tres criterios:

a) **Acumulación matemática:** cada delito tiene una pena; se suman las penas de todos

los delitos cometidos y esa será la pena que se imponga, sin límite alguno. Con este criterio las penas pueden llegar en ciertos casos a exceder la duración de una vida y aun a centenares de años. Este es el sistema más severo, aunque es sostenido por quienes son partidarios de dar al sistema penal la mayor dureza posible.

b) **Absorción:** habiendo varios delitos, cada uno con su pena correspondiente, la pena del delito más grave absorbe a las penas de los demás delitos, y esa será la que deba cumplir el condenado. Este es, en cambio, el sistema más benigno.

c) **Acumulación jurídica:** las penas se acumulan, pero en ningún caso se puede sobrepasar los límites máximos establecidos en la ley. Este sistema quiere encontrar un punto de equilibrio entre los extremos de severidad y benignidad de los otros criterios.

C) Reglas de aplicación

El Código ecuatoriano (Art. 81) contiene las reglas que deben ser aplicadas en estos casos. Hasta las últimas reformas, predominaba el sistema de absorción, aunque también se preveían casos de acumulación jurídica. Ahora esta acumulación se debe aplicar también a los casos de concurrencia de delitos sancionados con reclusión mayor especial.

Este es el sistema general del Código:

Si se trata de varios delitos sancionados con prisión, las penas se acumulan hasta un máximo de seis años;

Si se trata de varios delitos sancionados con reclusión, o con prisión y reclusión, las penas son absorbidas por la pena del delito más grave;

Si se trata de delitos sancionados con reclusión mayor especial, las penas se acumulan por un máximo de treinta y cinco años;

Las multas se acumulan hasta el doble de la mayor;

Las penas de comiso se acumulan;

Las penas de contravención se acumulan hasta el máximo de la pena de policía (siete días de prisión y 28 dólares de multa).

Nuevas reformas han establecido casos adicionales de acumulación jurídica:

En el caso de delitos sexuales y de trata de personas, las penas se acumulan hasta un máximo de treinta y cinco años;

En el caso de delito concurrentes con el tráfico ilegal de migrantes, las penas se acumulan hasta un máximo de veinticinco años de reclusión mayor especial.

La ley sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicas (Art. 90) incluye un régimen de

acumulación jurídica de las penas de reclusión, que pueden sumarse hasta alcanzar veinticinco años.

D) Delitos inconexos

Si un individuo ha cometido diversos delitos, inconexos entre sí, y ha recibido por ellos varias penas impuestas en distintos procesos, surge también la inquietud de determinar cuál es la pena que debe cumplir. No hay una norma expresa sobre esta materia, pero habrá que entender, como lo determinaba en forma expresa el anterior Código de Procedimiento Penal (Art. 464), que se aplicarán las mismas reglas ya indicadas.

14.- Extinción de la acción penal y de la pena

En materia penal, se produce una doble posibilidad de extinción: de la acción penal y de la pena.

Se extinguirá la acción penal cuando todavía no se ha dictado sentencia condenatoria por un delito. En tal caso, los mecanismos establecidos por la ley, para someter al responsable de la infracción a las consecuencias jurídicas correspondientes, ya no pueden ejercerse por los organismos pertinentes. Por lo tanto, el infractor ya no podrá ser sancionado.

Se extinguirá la pena, en cambio, cuando ya se ha dictado una sentencia condenatoria, pero el condenado ya no la sufrirá, ni las autoridades correspondientes podrán exigirle que la cumpla.

Son varias las formas que, doctrinaria y legalmente, se han establecido para producir este efecto de extinción. Las examinaremos, una por una.

A) La muerte

Teniendo la responsabilidad penal y la pena un carácter personalísimo, la muerte del sindicado o del condenado extingue la acción penal o la pena, según el caso (Arts. 96 y 97).

B) La amnistía y el indulto

Estos son modos de extinción de carácter extraordinario, tanto por los organismos del estado que los conceden (extraños a la función judicial) como por las razones por las cuales operan. Su naturaleza no ha sido clarificada suficientemente e inclusive se ha dudado de su pertinencia. Sin embargo las legislaciones de los distintos países mantienen tales instituciones y aun, como en el caso ecuatoriano, se las ha incorporado a la Constitución.

a) Qué extinguen

La amnistía: la acción penal y la pena, según el caso, y todos los efectos derivados de la pena;

El indulto: sólo la pena, que puede ser perdonada, rebajada o conmutada.

b) Qué delitos

- la amnistía: por delitos políticos, según la Constitución (Art. 120, numeral 13); la Ley Orgánica de la Función Legislativa (Art. 99) agrega que también cabe amnistía por delitos conexos con los delitos políticos;

- el indulto. La misma norma constitucional no determina para que tipo de delitos.

- la Constitución excluye expresamente los delitos contra la administración pública, genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia.

c) Quién las concede

- la amnistía: la Asamblea Nacional, cuando lo justifiquen motivos humanitarios;

- el indulto: la Asamblea Nacional, también por motivos humanitarios;

- aunque la Constitución no lo dice, parece lógico que tanto la amnistía como el indulto deben tener un carácter general y no particular;

- el indulto particular (gracia): según la Constitución (Art. 147, numeral 18) y la Ley de Gracia, el presidente de la República, que a pedido del condenado, puede perdonar, rebajar o conmutar la pena.

d) Trámite

La Constitución no determina de manera expresa cuál debe ser el trámite a seguirse para amnistías e indultos generales. Por los efectos que producen (suspensión de la vigencia de la ley penal), podría sostenerse que hace falta el trámite propio de la expedición de una ley; sin embargo la Constitución concede esta facultad a la Asamblea Nacional, dentro de la diversidad de actos legislativos, sin ninguna especificación, pero exige que deben adoptarse con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes.

La Ley Orgánica de la Función Legislativa determina (Arts. 96-100) que en uno y otro caso se otorgarán, previo informe favorable de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado, por resolución que debe ser aprobada por las dos terceras partes del pleno de la Asamblea.

El indulto particular o gracia lo concede el presidente por decreto ejecutivo, luego de recibir informes de varios organismos.

C) La prescripción

La prescripción opera por el solo paso del tiempo. Aunque algunos tratadistas consideran inaceptable este mecanismo dado el carácter público del Derecho Penal, ésta es una institución universalmente aceptada, por cuanto permite subsanar jurídicamente situaciones que no pueden quedar sin resolverse en forma indefinida, tomando en cuenta además que el tiempo transcurrido produce una disminución de los efectos morales del delito y de la alarma social.

a) Prescripción de la acción penal

Tres factores toma en cuenta el Código (Art. 101) para determinar los plazos y formas en que opera la prescripción de la acción penal:

- si el delito es de acción pública o de acción privada;
- si está sancionado con prisión o reclusión;
- si se ha iniciado o no el correspondiente enjuiciamiento.

Combinando estos factores, se establecen los siguientes casos:

Delitos de acción pública

- delitos sancionados con prisión: cinco años;
- delitos sancionados con reclusión: diez años;
- delitos sancionados con reclusión mayor especial: quince años.

El plazo se contará desde la fecha en que se cometió el delito; pero si se ha iniciado enjuiciamiento, se interrumpe la prescripción y el plazo empezará a contarse nuevamente desde la fecha en que se expidió el autocabeza de proceso (esta providencia ya no está prevista en el vigente Código de Procedimiento Penal). Si el indiciado se hubiese presentado voluntariamente a la justicia, los plazos se reducirán a cuatro. ocho y diez años, según se trate de prisión, reclusión o reclusión mayor especial.

Delitos de acción privada

- si no se ha iniciado el juicio: ciento ochenta días contados desde la fecha del delito;
- si se ha iniciado el juicio: dos años contados desde la fecha en que se citó al acusado con la querella.

La acción penal, en las contravenciones, prescribe en treinta días

Las reformas de junio del 2005 establece que el plazo de prescripción en los delitos sexuales será el doble de la pena máxima prevista para cada infracción sin que exceda de cincuenta años.

La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas contiene una regla especial para la

prescripción de la acción penal: el plazo será el doble de la pena máxima prevista para cada delito, pero no más de veinte y cinco años.

b) Prescripción de la pena

Si hay sentencia condenatoria, las reglas de la prescripción (Art.107) son mucho más sencillas. Las penas privativas de la libertad prescriben en un tiempo igual al de la condena; pero en ningún caso en menos de seis meses. El plazo se contará desde la fecha en que la sentencia quedó ejecutoriada, y se imputará a este tiempo el que pasó detenido, preso o recluso el favorecido con la prescripción.

Las penas accesorias prescriben en el mismo tiempo que la principal. Si se impusiere una multa como pena principal, ésta prescribirá en un año. La pena de la contravención prescribe en noventa días.

Las reformas de junio del 2005 también aumentaron el plazo de prescripción de la pena en los delitos sexuales: el doble del tiempo de condena, pero no más de treinta y cinco años y no menos de cinco. La Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas tiene una norma especial: la pena prescribirá en un tiempo igual al doble de la condena, pero no más de cuarenta años ni menos de cinco.

c) Interrupción de la prescripción

Tanto en el caso de la acción penal como en el de la pena, la prescripción se interrumpe por la comisión de otra infracción que merezca igual o mayor pena, antes de vencerse el tiempo para la prescripción (Art. 108). Queda por determinar si para la interrupción hace falta que se haya dictado sentencia sobre la nueva infracción o si solo se requiere que se haya iniciado el proceso para establecer su existencia. Parece necesario que haya sentencia, aun cuando esté pendiente un recurso, para evitar la eventual manipulación que podría producirse con el simple expediente de presentar una denuncia.

d) Imprescriptibilidad

Excepcionalmente las legislaciones admiten la imprescriptibilidad. Tal es el caso de los delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia, peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, daños ambientales, en que la acción y la pena son imprescriptibles (Arts. 80, 233 y 396 de la Constitución de la República).

La reforma de mayo de 2010 (Art. 114.6) establece la imprescriptibilidad para varios delitos cuando son cometidos por servidores militares o policiales: genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, tortura y crímenes de agresión contra un Estado.

D) La remisión o perdón del ofendido

El perdón del agraviado como forma de extinción sólo cabe en los delitos de acción privada (Art. 98). En los de acción pública, aunque hubiera el perdón del agraviado, la

acción penal continuará impulsada por el ministerio público y por el juez.

En los delitos de acción privada el perdón puede manifestarse de varias maneras: de una manera expresa, haciéndolo constar así dentro del proceso ya instaurado, pero también puede operar simplemente si el agraviado se abstiene de presentar la querella o abandona la acusación. Si alguna de estas situaciones se produce, la acción penal quedará extinguida.

Ahora bien, si el juicio ha llegado a su culminación y se ha dictado sentencia condenatoria, cabe inclusive el perdón de la pena ya impuesta, pero en un solo caso: cuando se trata de delitos de injurias calumniosa y no calumniosa (Art. 113). Pero, para que este perdón opere, hacen falta dos condiciones: que si hubiere varios agraviados el perdón lo hayan extendido todos ellos; y que, si se perdona a un condenado, este perdón aprovecha a todos.

E) El cumplimiento de la condena

Suele afirmarse que el cumplimiento de la condena es también una forma de extinción; pero esto sólo podría entenderse en el sentido de que una persona que ha sido condenada no puede volver a ser procesada ni condenada por los mismos hechos (Código de Procedimiento Penal, Art. 5).

Por cierto que deben entenderse como formas de cumplimiento de la condena, los casos de condena condicional que puede imponer un tribunal (Art. 82); y debe computarse como tiempo de condena el transcurrido, en caso de prisión preventiva, bajo libertad controlada y los períodos de rebaja, regulados por el Código de Ejecución de Penas.

El caso en que realmente el cumplimiento de la condena pudiera entenderse como una forma de extinción es el establecido en el inciso noveno del Art. 101: el pago voluntario del máximo de la multa, en cualquier estado del juicio, si el delito está reprimido sólo con multa.

F) La rehabilitación

Tampoco puede decirse en rigor que ésta sea una forma de extinción. Lo que sucede cuando se presenta un recurso de revisión, que ha sido aceptado por la Corte Suprema, es que se reconoce que la primera sentencia fue equivocada y por tanto queda sin validez alguna. La posibilidad de la revisión existe aunque haya fallecido el condenado injustamente y el recurso lo hayan intentado sus herederos y la rehabilitación, en ese caso, la hará la Asamblea Nacional (el Senado, dice el Art. 100 del Código Penal).

15.- Las medidas de seguridad

Fueron los positivistas los que introdujeron en el debate penal la posibilidad de establecer ciertos mecanismos de prevención, a los que se llamó medidas de seguridad, aplicables a personas que manifestaban un estado de peligrosidad. A diferencia de las penas, no se pretendía con ellas **sancionar**, no sólo porque en ciertos casos las personas

no habían cometido ningún acto típico y antijurídico, sino también porque en otras ocasiones se trataba de personas a quienes, por ser inimputables, no se les podía hacer el reproche de culpabilidad, característico de la sanción penal.

Mucho se ha discutido posteriormente sobre estas medidas; y en especial se han advertido los riesgos que pueden correr los derechos humanos, especialmente cuando se trata de medidas de seguridad aplicadas pre-delictualmente, o sea cuando las personas no han cometido todavía ningún acto típico. En cambio, parece aceptable el utilizar medidas de seguridad post-delictuales, es decir con posterioridad a la comisión de actos típicos por parte de aquellas personas y, de cualquier manera, con sujeción a los principio de legalidad y proporcionalidad; es decir que las medidas concretas y los casos en que puedan aplicarse deben estar previamente determinados por la ley.

Muchas legislaciones han recogido el asunto y regulan con cierta extensión la aplicación de medidas de seguridad, sobre todo a personas inimputables, que han realizado actos tipificados como delitos, pero que no pueden ser sancionadas penalmente. La legislación penal ecuatoriana, en cambio, no contiene normas expresas sobre esta materia, aunque podríamos decir que sí establece, así sea en forma embrionaria, algunas medidas de seguridad.

Podemos, en confirmación de lo dicho, citar las siguientes situaciones previstas en nuestra legislación, aunque no se las denomina expresamente medidas de seguridad:

la disposición de enviar a un hospital psiquiátrico a las personas a las que se ha calificado de alienados mentales (Art. 34);

la colocación del sordomudo que ha cometido un delito en una casa de "educación adecuada" hasta por diez años (Art. 39);

las medidas socio educativas que pueden adoptarse respecto a menores, en conformidad con el Código de la Niñez y la Adolescencia;

el tratamiento al que deben someterse los "adictos" al consumo de estupefacientes o drogas psicotrópicas.

16.- La tercera vía

El Derecho Penal sanciona la comisión de delitos mediante la imposición de penas a las personas imputables; en tanto que a las inimputables se les aplicará medidas de seguridad. Una parte de la doctrina llama a este doble forma de enfrentarse al delito **sistema de doble vía**. Y ha surgido últimamente una tendencia para establecer una **tercera vía** de respuesta del sistema penal frente al delito: la reparación de los daños causados a la víctima por parte del autor del hecho.

La aplicación de esta nueva vía se produciría en delitos de menor gravedad, sobre todo de carácter patrimonial, cuando el autor ha reparado el daño en forma espontánea, lo que traería como consecuencia la exención de su responsabilidad penal. De esta manera se restablecería el orden jurídico con un menor costo social.

Esta reparación es distinta por cierto a las indemnizaciones civiles, que son consecuencia de la condena impuesta al autor de un delito, que se examinarán a continuación.

17.- Las indemnizaciones civiles

Se ha dicho ya que un acto delictivo, además de las consecuencias penales que acarrea, tiene también efectos civiles. El delito causa perjuicios a las personas, naturales o jurídicas, y éstas pueden pretender la reparación de tales perjuicios. Tanto el Código Civil (Art. 2214) como el Código Penal (Art. 67) reconocen este doble efecto. Por desgracia nuestra legislación no contiene normas suficientemente amplias y claras para resolver esta problemática, atendiendo la diversidad de situaciones que pueden producirse. Por ejemplo: en algunos casos la reparación civil no debe consistir únicamente en el pago de daños y perjuicios, pues hará falta declarar la nulidad de un acto o contrato, o la restitución de determinados bienes, etc.

Recordemos, en todo caso, los principios generales que regulan en nuestra legislación esta materia:

Para obtener las reparaciones civiles dentro del propio proceso penal, hace falta que el agraviado intervenga en el proceso como acusador particular, reclamando daños y perjuicios. Si el agraviado no se presentó como acusador particular, podrá reclamar las indemnizaciones ante el juez civil (Código de Procedimiento Penal, Arts. 69 numeral 7 y 31 numeral 1);

Será necesario que el juez o tribunal hayan dictado sentencia condenatoria;

Con el antecedente de esta sentencia, la acción de daños y perjuicios se tramitará, en forma verbal sumaria, ante el presidente del tribunal de lo penal y se contraerá a liquidar la indemnización. De esta sentencia se podrá interponer recurso de apelación. En el caso de reclamarse la indemnización ante el juez civil, se seguirán las reglas generales;

La liquidación de los daños y perjuicios se hará en conformidad con las reglas del Código Civil, incluidas las relativas al daño moral;

El cobro de las indemnizaciones se hará por apremio real;

El pago de las indemnizaciones es solidario entre los condenados por el mismo delito;

Las indemnizaciones serán preferidas a cualquier otro pago en el caso de que sean insuficientes los bienes del condenado;

La obligación de pagar estas indemnizaciones no se extingue por las causas de extinción de la acción penal o de la pena, sino por las formas establecidas en el Código Civil.

PARTE ESPECIAL

INTRODUCCIÓN

1.- Criterios básicos sobre la parte especial

La parte especial del Derecho Penal ecuatoriano, que debe estudiarse en relación directa con el Libro Segundo del Código Penal, aborda el análisis de los delitos en particular ahí tipificados.

En rigor en este Libro deberían incluirse también los delitos que se encuentran tipificados, tanto en leyes especiales que tienen de alguna manera un carácter marcadamente penal, aunque no exclusivo (tránsito, sustancias estupefacientes); como en aquellas otras que regulan materias de la más variada especie, pero que contienen normas que tipifican delitos, como ocurre, por ejemplo, en materia financiera, bursátil, propiedad intelectual y otras. Una adecuada reforma penal debería unificar en el Código todos los delitos dispersos en tales leyes, no sólo por razones de utilidad práctica, sino para garantizar la aplicación del principio de unidad penal.

Antes de entrar al estudio del contenido del Libro Segundo del Código, conviene tener en cuenta ciertos criterios básicos que orientarán debidamente este análisis. Estos criterios son los siguientes:

1.1.- Evolución histórica

Las leyes penales más antiguas fueron generalmente aquellas que establecían delitos y penas, es decir las mismas que hoy integran la parte especial de los códigos. Así mismo los primeros comentarios doctrinarios, especialmente los formulados por los glosadores y prácticos medievales, versaron sobre delitos en particular. Posteriormente, con la aparición de la escuela penal clásica y el movimiento codificador, que surgen hacia finales del siglo XVIII, los estudios penales se orientaron principalmente a formular reglas y principios de carácter general sobre la ley penal, la teoría del delito y de la pena. De esta manera fue cobrando cuerpo el conjunto de normas que integran la llamada parte general del Derecho Penal, que se incluyó como libro primero en los flamantes códigos penales.

Este fenómeno fue tan intenso que trajo como consecuencia cierta despreocupación doctrinal sobre la parte especial, bajo la idea de que, establecidos los principios básicos, lo que correspondía simplemente era aplicarlos a los delitos en concreto. Sin embargo, hoy día se advierte que el tema no es tan simple, que el estudio de la parte especial no puede descuidarse y que es indispensable profundizar en el análisis y en la revisión de los delitos en particular, que plantean cuestiones muy importantes, tanto desde el punto de vista de la teoría, como también de gran trascendencia práctica.

1.2.- Política criminal

Siendo el Derecho Penal eminentemente finalista y valorativo, su misión es determinar

qué bienes e intereses jurídicos merecen protección penal y consecuentemente qué conductas deben ser calificadas como delitos. Y esta tarea es parte esencial de la política criminal que una sociedad debe delinear y conforme a la cual se criminaliza una conducta, o se la despenaliza; se aumentan o disminuyen las penas, según sea necesario para garantizar con eficacia tales bienes e intereses. Por eso es tan directa la vinculación entre la parte especial y la política criminal.

Por cierto que en la vida cotidiana de los estados, esta política criminal, que debería sustentarse básicamente en criterios ético-culturales, está también poderosamente influenciada por factores de diverso origen, ideológicos, religiosos, económicos, sociales, pragmáticos, propagandísticos, que muchas veces presionan sobre el legislador y le llevan a exageraciones, contradicciones e incoherencias. Todo lo cual se refleja de inmediato en la parte especial, conforme tendremos oportunidad de comprobarlo más adelante.

1.3.- Principio de legalidad

También es fundamental la relación entre la parte especial y el principio de legalidad (no hay delito ni pena sin ley previa), medular del Derecho Penal moderno, y que es además una garantía básica para los ciudadanos. En efecto este principio se concreta a través de la tipicidad (y así lo establece expresamente la Constitución, en el numeral tercero del Art. 76) y, mediante ésta, se van describiendo los distintos delitos en particular, que constan en el Libro II. Legalidad, tipicidad y delitos en particular son conceptos que van juntos.

Sin embargo, como se ha señalado en tantas ocasiones, no faltan los casos en que el legislador, por carencia de una correcta técnica jurídica, o por otras razones de diversa índole, no tipifica adecuadamente una conducta, la describe en forma incompleta o ambigua, recurre en exceso a las llamadas leyes penales en blanco e inclusive utiliza fórmulas que abren la posibilidad y hasta obligan al juez a realizar interpretaciones analógicas. Son errores que toca corregir al propio legislador, pues su mantenimiento es proclive a causar peligrosas violaciones del principio de legalidad.

1.4.- Leyes penales más características

Las leyes que integran el Libro Segundo son, sin duda, las leyes penales más características, porque son aquellas que tipifican delitos y establecen penas. Es decir son las leyes preceptivas que están definidas por el Art. 1 del Código: "Leyes penales son todas las que contienen un precepto sancionado con la amenaza de una pena". Esta definición, innecesaria por cierto en un Código, solamente resulta aplicable a aquellas leyes que establecen una conducta prohibida (el precepto) y determinan la pena correspondiente para quien incurra en tal conducta (la sanción).

Al clasificar las leyes penales se establece que además de las leyes preceptivas, hay leyes normativas, que constan en la parte general (Libro Primero) y que solamente entran en funcionamiento en conexión con las leyes de la parte especial. Así, por ejemplo, las disposiciones generales del Código sobre los efectos de la ley penal, las causas de justificación, las personas responsables o las formas de modificar las penas,

sólo son aplicables cuando al cometerse un homicidio, una violación o cualquier otro delito, el juez deba tomarlas en cuenta al momento de dictar su sentencia.

1.5.- Carácter fragmentario

La forma como la parte especial se ha ido configurando a lo largo de los años, siempre sujeta a presiones y modificaciones legislativas de muy variado origen, ha traído como consecuencia su carácter fragmentario y poco sistemático.

Esto aparece claro en varios aspectos del Código ecuatoriano. Uno es la falta de homologación de términos y conceptos. Así, por ejemplo, no existe la debida coordinación entre los conceptos y términos de la parte general con los de la parte especial; y en ésta, tampoco se encuentra la indispensable uniformidad. Hay innumerables conceptos de constante utilización en la parte especial, pues son aplicables a distintos delitos y, sin embargo, el legislador no se ha preocupado de establecer criterios uniformes para su inteligencia y aplicación. Expresiones como violencia, fuerza, intimidación, engaño, fraude, honra, empleado público y otros, deberían tener un sentido único a lo largo de todo el Código y no sucede así. Ni siquiera términos claves, como dolo o culpa son utilizados con precisión y claridad en la parte especial. Lo mismo puede decirse de ciertos elementos integrantes de la tipicidad o circunstancias que deberían ser considerados de la misma manera en los distintos casos en que el legislador las ha incorporado al texto legal.

1.6.- Principios de excepción

Finalmente hay que tomar en cuenta que si bien los principios generales establecidos en el Libro Primero del Código (parte general) son ordinariamente aplicables a los distintos delitos del Libro Segundo (parte especial), sin embargo en algunos casos en este Libro se han establecido normas de excepción que, por tener un carácter especial, prevalecen sobre los principios generales. Tal ocurre, por ejemplo, con la prescripción en los delitos de peculado (Art. 257), que ha sido tácitamente reformada por la Constitución; o la reincidencia en el abigeato (Art. 555), etc.

2.- Clasificación de los delitos y división de la parte especial

¿Cómo clasificar los diversos delitos? Aunque se han sugerido varias fórmulas, inclusive la de no hacer clasificación alguna y ordenar los delitos alfabéticamente, la que los códigos utilizan mayoritariamente es la de agrupar los delitos, en títulos y capítulos, atendiendo a los distintos bienes jurídicos lesionados. Por cierto que en muchos casos la ubicación de un delito en determinado título o capítulo es discutible, como se comprueba frecuentemente en el Código ecuatoriano. Esto se advierte especialmente en aquellos casos en que determinados delitos afectan simultáneamente a más de un bien jurídico y no resulta claro establecer cuál es el bien jurídico preponderante; o en aquellos otros en que es discutible la naturaleza misma de determinados bienes jurídicos.

En todo caso, una vez determinados los bienes jurídicos, para ordenar la parte especial de los códigos se han adoptado también diferentes fórmulas. Los códigos más modernos clasifican primero los delitos contra los derechos individuales y, posteriormente, colocan los delitos contra el estado y la comunidad. Los códigos más antiguos que continúan vigentes proceden en forma inversa.

La parte especial, Libro Segundo, del vigente Código ecuatoriano, desde que se expidió en 1938, estuvo dividida en **diez títulos**, situando en primer término aquellos delitos que se dirigen contra el Estado; luego ubica los delitos contra la comunidad y finalmente los delitos contra las personas en sus diversos derechos. Pero en mayo de 2010, se agregó al Libro II un nuevo título, relativo a los delitos cometidos en "función" militar o policial, simultáneamente con la derogatoria de los códigos penales militar y policial que rigieron hasta esa fecha. .

En este estudio se seguirá precisamente el orden establecido en el Código, aunque el contenido del Libro Segundo merece iguales o mayores críticas que las que se pueden hacer al Libro Primero: obsolescencia de buena parte de sus disposiciones, incongruencias, vacíos, que exigen una revisión a fondo de todo el texto legal.

Habría que agregar, para completar la revisión de la estructura del Código, que este tiene un Libro Tercero, que trata en forma concreta y exclusiva de las contravenciones. En primer término, tipifica las distintas contravenciones, clasificándolas en cuatro clases, no en relación a los bienes jurídicos lesionados sino a su distinta gravedad; y, luego, da algunas disposiciones especiales respecto a ellas.

3.- Metodología

El estudio de la parte especial del Derecho Penal no puede hacerse utilizando una metodología similar a la empleada en el estudio de la parte general, que se estructura a través de sus instituciones fundamentales: la ley penal, el delito y la pena.

En la parte especial, inevitablemente, deberá emplearse un método exegético, siguiendo el orden de los títulos establecido en el propio Código Penal, aunque su contenido no siempre responda a un criterio sustentable en la doctrina, lo cual deberá ser advertido en cada caso.

Capítulo I
DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL ESTADO

1.- Denominación y bien jurídico

El Código ecuatoriano, siguiendo la tradición clásica, inspirada en los códigos francés y belga del siglo XIX, ubica en el título inicial del Libro Segundo, los delitos en que el Estado, como ente jurídico-político, es el sujeto pasivo de estas infracciones.

A pesar de que todos los códigos incluyen este tipo de infracciones, no guardan un criterio unánime en cuanto a la estructura del título correspondiente y a su

denominación. El código italiano, por ejemplo, que anteriormente utilizó la misma expresión que el ecuatoriano, emplea ahora la frase "delitos contra la personalidad del Estado". El francés agrupa varios delitos que afectan a "los intereses fundamentales de la nación". El español dedica un título al delito de traición y a los delitos contra la paz y la independencia del Estado y otro a los delitos contra la Constitución. El colombiano también tiene dos títulos, uno que tipifica los delitos contra la existencia y la seguridad del Estado, y otro que incluye los delitos contra el régimen constitucional y legal. Igualmente el argentino, en un primer título prevé los delitos contra la seguridad de la Nación, y en un segundo, los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional. Basten estos ejemplos para advertir la variedad de fórmulas utilizadas.

La seguridad del Estado, bien jurídico del cual éste es titular, puede ser afectada de diversas maneras según se especifica en los distintos artículos del Título. Podría decirse en concreto que las distintas conductas vulneran, actual o potencialmente, aun su propia supervivencia, su soberanía, su integridad territorial, la paz con otros Estados y en general sus relaciones internacionales; pero además la paz interna, el orden constitucional y la estabilidad política e institucional.

Hay que agregar que este Título ha sido reformado en varias ocasiones por las dictaduras militares que gobernaron en el Ecuador entre 1963 y 1966 y entre 1972 y 1979. Tales reformas se caracterizan por su indudable carácter represivo, dentro de una concepción política de la seguridad nacional, que prevalecía en aquellos años en América Latina; pero también por la escasa técnica legislativa con la que fueron formuladas, como se indicará en su oportunidad.

2.- Clasificación

Cuatro capítulos integran este Título: 1.- Delitos que comprometen la seguridad exterior del Estado; 2.- Delitos que comprometen la paz y la dignidad del Estado; 3.- Delitos contra la seguridad interior del Estado; 4.- Delitos de sabotaje y terrorismo. Este Capítulo fue agregado en 1965 y reformado en 1974, siguiendo la tendencia de muchas legislaciones de tipificar específicamente este tipo de conductas, a pesar de las dificultades que pueden encontrarse para hacerlo.

Tres observaciones generales se pueden hacer sobre el contenido del Título. En primer lugar, varios delitos que deberían estar ubicados en este título, han sido colocados en otros, los delitos relativos al sufragio, por ejemplo. En segundo lugar, el caso inverso, delitos incluidos en este Título, pero cuya mejor ubicación sería en Títulos diferentes a éste. Y en tercer lugar, la discutible colocación de algunos delitos en los distintos Capítulos de este Título, especialmente del segundo, en el cual se ha reunido, casi indistintamente, conductas de diversa naturaleza. Todo ello se señalará oportunamente.

3.- Delitos políticos

Buena parte de la doctrina (ya, en su momento, así lo sostenía Pérez Borja) considera que las infracciones de este título son de aquellas que se califican como delitos políticos.

Como en su oportunidad se señaló (Parte general de este Manual), determinar la naturaleza de los delitos políticos es una cuestión especialmente polémica y frente a la cual se plantean respuestas discrepantes. Para algunos autores la calificación debe hacerse con un criterio objetivo, atendiendo fundamentalmente a la naturaleza política del bien jurídico lesionado; para otros, la calificación dependerá de la intencionalidad política de la conducta. No faltan tampoco las posiciones mixtas que aceptan los dos criterios, como lo hace expresamente el código italiano (Art. 8).

El Código Penal ecuatoriano, ni en este Título ni en ningún otro lugar, emplea siquiera la expresión "delito político"; pero la cuestión tiene importantes repercusiones jurídicas en relación a instituciones como la extradición o la amnistía. Por esta razón conviene clarificar la cuestión y, en particular, determinar si los delitos que afectan a la seguridad del Estado pueden ser considerados delitos políticos.

La única norma del derecho positivo vigente en el Ecuador que se aproxima a la cuestión es el numeral segundo del Art. 5 de la Ley de Extradición. Dicha norma mantiene el criterio de que no se concederá la extradición cuando se trate de delitos de carácter político, pero agrega que no se considerarán delitos políticos los actos de terrorismo, los crímenes contra la humanidad ni el atentado contra la vida de un jefe de Estado; tampoco los delitos comunes aun cuando hayan sido cometidos con móviles políticos. Según esto, aunque tales delitos podrían en rigor ser calificados como políticos, no se considerarán como tales para los efectos previstos en dicha Ley. Se trata, como se ve, de un criterio excluyente, que descarta la calificación subjetiva, pero que no contesta a la pregunta ¿cuáles son entonces los delitos políticos?

Ahora bien, de los delitos que se incluyen en los diversos capítulos de este título, es claro que son los delitos contra la seguridad interior del Estado (Capítulo III) los que pueden considerarse políticos en un sentido estricto, porque afectan a la estructura jurídica del Estado y de sus instituciones. En cuanto a los de terrorismo y sabotaje (Capítulo IV), aunque pudieran calificarse subjetivamente como tales, han sido excluidos expresamente por la Ley de Extradición de las eventuales ventajas que la calificación podría traer. Respecto a los delitos que comprometen la seguridad exterior del Estado (Capítulo I), especialmente el de traición, no pueden tener tal calificación, ni objetiva (por la naturaleza del bien jurídico lesionado) ni subjetivamente (por la intención); y lo mismo puede decirse de algunos de los delitos que comprometen la paz y la dignidad del Estado (Capítulo II), aunque otros sí podrían encuadrar en ella.

4.- Traición y otros delitos contra la seguridad exterior

Es indudable que el delito de traición es la figura capital entre los delitos que afectan al Estado en su seguridad exterior, aunque en el capítulo correspondiente se incluyen otras conductas, que se examinarán más adelante. Sin embargo el Código no usa esta palabra al tipificar las distinta conductas, pero sí la utiliza en el Art. 122, al determinar ciertos efectos de la sentencia condenatoria, que solo serían aplicables si efectivamente el delito cometido fuese el de traición.

Concretamente el Código tipifica las diversas formas de traición en el Art. 116 y en los nueve numerales del extenso Art. 117, cuyos elementos típicos se señalan a

continuación. Consisten básicamente en actos que ponen en riesgo la existencia misma del Estado, su integridad territorial o el pleno goce de sus derechos como país soberano.

4.1.- El sujeto activo

Los dos artículos citados señalan expresamente que el sujeto activo debe ser un ecuatoriano. Esta calidad de nacional del Estado afectado es la que, a lo largo de la historia, ha llevado a las legislaciones penales a acentuar la gravedad del delito, pues se trata de un quebrantamiento de los deberes primarios de un ciudadano con su país: lealtad, fidelidad, defensa.

Los ecuatorianos, según la Constitución (Art. 6), lo son por nacimiento o por naturalización y allí mismo se determinan cuáles son los casos que pueden darse en cada una de estas categorías (Arts. 7 y 8). Para la tipicidad del delito es indiferente la una u otra condición. Y seguirán siendo ecuatorianos, según la norma constitucional (Art. 6), aunque adquieran otra nacionalidad.

Hasta mayo del año 2010 estuvo vigente el Código Penal Militar, en el que se tipificaba también el delito de traición, cuyo sujeto activo debía ser un militar. Al derogarse este Código e incorporarse al Libro Segundo el Título XI, que tipifica los delitos de servidores militares, el delito de traición cometido por estos servidores aparece ahora tipificado en el Art. 602.25, que se analizará en su momento.

4.2.- Estado de guerra

Tanto en el Art. 116 como en los distintos numerales del 117, la ley emplea la palabra "enemigo": bandera enemiga, potencia enemiga, armas enemigas, etc. La calificación de enemigo exige, necesariamente, que otro país se encuentre en situación de guerra con el Ecuador. Lo cual se confirma inclusive con la frase que consta en el numeral octavo del Art. 117, "en tiempo de guerra internacional": un país extranjero no es enemigo, aunque no se mantengan relaciones con él o se las haya roto expresamente por conflictos de cualquier naturaleza.

La exigencia de un estado de guerra internacional implica también que no se podrá cometer este delito en casos de enfrentamientos armados de carácter interno.

Solo excepcionalmente, como se verá más adelante, en los casos de los numerales segundo, sexto y noveno del Art. 117, podría haber delito sin haber un estado de guerra internacional. Y habría que establecer si en tal caso, el delito puede ser calificado con exactitud como traición. La doctrina debate el asunto desde que la Constitución de los Estados Unidos (Art. 3, Tercera Sección) estableció que: "La traición contra los Estados Unidos solo consistirá en hacer la guerra en su contra o en unirse a sus enemigos, impartiéndoles ayuda y protección"; y aunque a la última frase se le ha dado en ese país un sentido extensivo, la solución técnicamente más correcta limita el delito de traición a un estado de guerra internacional.

En el Título XI, al que ya hemos hecho referencia, se utiliza más bien la expresión "conflicto armado".

4.3.- Las conductas

Los Arts. 116 y 117 establecen en forma casuística las distintas conductas a las que se considera traición. Esta modalidad, en vez de utilizar una fórmula genérica comprensiva de las distintas conductas punibles, acarrea el riesgo de que pudieran haberse omitido actos igualmente merecedores de sanción. Ciertamente que no resulta sencillo encontrar esta fórmula genérica, que sí la utilizan, por ejemplo, el Código colombiano (Art. 455), o el argentino (Art. 214): "Todo argentino o toda persona que deba obediencia a la Nación por razón de su empleo o función pública, que tomare las armas contra ésta, se uniere a sus enemigos o les prestare cualquier ayuda o socorro".

La conducta prevista en el Art. 116 es la siguiente:

- Hacer armas contra la República bajo bandera enemiga. Aunque la expresión "hacer armas", tomada de las legislaciones francesa y belga, es un tanto ambigua, la doctrina la ha interpretado en el sentido de que el delito exige el tomar parte en operaciones militares del Estado extranjero en guerra con el Ecuador. No siendo suficiente por tanto el enrolarse en el ejército de ese Estado o el tomar parte en actividades no militares.

En el Art. 117 se establecen los siguientes casos:

- Facilitar a los enemigos la entrada o la marcha en el territorio del Estado (numeral primero). Aunque el verbo facilitar tiene un sentido amplio, deberá entenderse que la conducta debe tener la suficiente idoneidad para que el enemigo alcance o esté en posibilidad de alcanzar los resultados que la ley prevé: la entrada o la marcha en el territorio del Estado.

- Entregar al enemigo ciudades, fortalezas, plazas, puertos, fuerzas, almacenes, arsenales, planos o diseños militares, buques, embarcaciones o aeronaves pertenecientes al Estado (numeral segundo).

- Suministrar a la potencia enemiga auxilios de soldados, hombres, guías, dinero, víveres, caballos o vehículos, armas, municiones u otros objetos útiles (numeral tercero).

- Favorecer el progreso de las armas enemigas: 1) corrompiendo la fidelidad de oficiales, soldados, marinos u otros ciudadanos: 2) dando aviso referente al número, estado o movimiento estratégicos de las fuerzas ecuatorianas; 3) dirigiendo como prácticos las fuerzas enemigas; o 4) dando intencionalmente falso rumbo o falsas noticias a las Fuerzas Armadas ecuatorianas (numeral cuarto).

- Ocultar o hacer ocultar a espías o soldados enemigos, conociéndolos como tales (numeral quinto).

- Revelar maliciosamente a una potencia enemiga las medidas tomadas contra ella, el secreto de una negociación e expedición, de la que esté encargado o instruido por razón de su empleo u oficio. Ahora bien, si la persona tenía esta información por razón distinta a su empleo u oficio, no será culpable de este delito, pero podría responder por

un delito culposo, según se señala más adelante.

- Destruir o incendiar almacenes, parques, armas, municiones, buques, aeronaves, fortalezas, sembrados u otros objetos de que podían aprovecharse las fuerzas de la República, con el fin de favorecer al enemigo (numeral séptimo). Las destrucciones materiales y el incendio son delitos que vulneran la seguridad pública (Título V), pero el objeto material de tales conductas y la intención del sujeto activo determinan que en este caso se conviertan en delitos contra la seguridad exterior del Estado.

- Impedir a las tropas de la República, en tiempo de guerra internacional, recibir auxilios de caudales, armas, municiones de guerra o de boca, equipos, embarcaciones o aeronaves, o planos, instrucciones o noticias convenientes para el mejor progreso de la guerra (numeral octavo).

- Entregar mapas o documentos comprobantes del dominio de la República sobre terrenos fronterizos disputados. En este caso, la ley distingue si la entrega se ha hecho a potencia enemiga o no; y en esta segunda alternativa la pena se atenúa (numeral noveno).

4.4.- Elemento subjetivo

La naturaleza del delito, en sus diversas modalidades, y su contenido de deslealtad e infidelidad determinan, sin lugar a dudas, que debe cometerse con dolo, es decir con conocimiento de las obligaciones que tiene como ciudadano del Estado y del alcance lesivo de su conducta para la seguridad del país. Los casos culposos o imprudentes son impunes, salvo las excepciones que se señalan más adelante.

4.5.- Potencia no enemiga

En el mismo Art. 117 se establece como delito, con una sanción menor, la entrega dolosa, expresamente exigida, de planos, diseños militares, mapas, documentos, o la revelación de secretos relativos a negociaciones o expediciones, a potencia distinta de la enemiga. En este caso ya no sería necesario el estado de guerra, y propiamente el delito ya no sería traición.

4.6.- Formas culposas

En tres de los casos señalados, entrega de planos, diseños militares (Art. 117 numeral segundo), mapas o documentos (numeral noveno) y revelación de medidas, negociaciones o expediciones (numeral sexto), se sanciona con atenuación si los actos han sido cometidos culposamente, es decir, en este caso, imprudentemente, sin ánimo de perjudicar a la República en su seguridad exterior. Y la entrega o revelación culposas deben haberse hecho a potencias extrañas en general o a sus agentes.

Por esta razón, e igual que en el caso anterior, el delito ya no sería traición.

4.7.- Nación aliada

El Art. 119 extiende la responsabilidad penal a quienes cometieren las infracciones previstas en los Arts. 116 y 117 contra una "nación aliada" del Ecuador, palabra que nos lleva a entender que el hecho debe cometerse también en estado de guerra; y aunque el delito ya no sería propiamente de traición, la pena será la misma.

4.8.- Inducción a declaratoria de guerra

El Art. 115 tipifica la conducta de quien "conspire" contra la seguridad exterior de la República, induciendo a una potencia extranjera a declarar la guerra al Ecuador. La inducción puede haber sido hecha dentro del territorio de la República o fuera de él. Esta conducta se realiza precisamente cuando no se ha producido una situación de guerra internacional, y por ello es dudoso que pueda ser calificada como delito de traición, aunque así lo hacían los códigos anteriores.

El mismo artículo prevé dos efectos de la inducción: que ésta haya provocado la ruptura de hostilidades, o no. En este segundo caso, la pena será menor. Puede afirmarse que el delito siendo inicialmente de peligro, si se producen hostilidades, llegaría a ser de daño efectivo.

Hay que señalar que el verbo conspirar que se emplea en este artículo no está utilizado en el sentido con que se define a la conspiración en el Art. 17, como una de las resoluciones manifestadas dentro del íter críminis. Aquí más bien la palabra debe entenderse como el uso de "maquinaciones", destinadas a inducir a la potencia extranjera a la declaración de guerra, como decía el Código de 1872, palabra que sí consta en el segundo y en el tercer inciso del artículo.

4.9.- Conspiración

En cambio, el Art. 118 sí utiliza la palabra conspiración en el sentido previsto en el Art. 17: concierto de dos o más personas para la ejecución de un delito, que, como queda dicho y así lo considera la doctrina, constituye una resolución manifestada. Es decir, como un momento inicial del íter críminis.

Se trata de uno de los pocos casos en que el Código sanciona la conspiración como tal. El legislador lo ha decidido tomando en cuenta la gravedad de los delitos cuya ejecución se prepara: los casos de traición previstos en los artículos 115, 116 y 117, que han sido examinados previamente.

Para regular la pena aplicable, la ley toma en cuenta si, con posterioridad a la conspiración, se han realizado o no actos preparatorios, circunstancia que hará variar la pena aplicable a los conspiradores.

Lo que resulta singular del análisis de estas disposiciones es la mayor sanción que recibe la conspiración, seguida o no de actos preparatorios, que aquella que sería

aplicable a la tentativa de traición. La tentativa es una fase más avanzada del íter críminis, pero que, en conformidad con la regla de regulación de la pena del Art. 46, contradictoriamente recibiría una pena menor: entre un tercio y dos tercios de la pena aplicable al delito consumado.

4.10.- Delitos cometidos por extranjeros

El Art. 120 determina que las conductas previstas en los Arts. 115, 117, 118 y 119, cometidas por extranjeros en el territorio de la República, serán sancionadas con las mismas penas establecidas en tales artículos.

De los casos analizados previamente, la ley ha excluido el de hacer armas contra la República, que constituye un delito si lo comete un ecuatoriano, pero obviamente no un extranjero. Igualmente se excluye de la tipificación penal si los hechos se realizan en el extranjero.

De todas maneras los delitos cometidos por un extranjero ya no son traición, aunque según el Código se los sancione con la misma pena. Y aquí cabe una pregunta que surge con la lectura del párrafo segundo de este mismo artículo: ¿estos delitos se pueden calificar como espionaje? A continuación se examinará este tema.

4.11.- Espionaje

El Código no define al espionaje, aunque emplea esta palabra en el segundo párrafo del Art. 120: *"El extranjero convicto de espionaje será reprimido con la pena señalada en el Art. 115"*. Pero ¿qué es el espionaje?

La doctrina y algunos códigos que sí definen el espionaje (el italiano, el español, el colombiano y el peruano, por ejemplo), consideran que la conducta consiste, en términos generales, en obtener información secreta relativa a la defensa nacional, cuya revelación pone en riesgo la seguridad exterior del Estado. El Código francés, al enumerar las distintas modalidades del delito de traición, señala que tal delito solo puede ser cometido por franceses, pero si los mismos actos son cometidos por extranjeros, constituirán el delito de espionaje. Para algunas legislaciones, basta la obtención de la información; para otras, es necesaria la revelación a potencia extranjera, ya sea en estado de guerra o no. Por cierto que, salvo para la legislación francesa, el espionaje puede ser realizado por nacionales o extranjeros.

Con estos elementos se puede concluir que algunas de las formas de traición que prevé el Art. 117 podrían considerarse técnicamente como espionaje: entrega de planos, diseños, mapas, revelación de informaciones; casos en que se sanciona aunque la entrega o las revelaciones se hayan hecho a potencia no enemiga.

Los delitos del Art. 117 son cometidos por ecuatorianos, pero la amplia remisión que hace el Art. 120 respecto a los extranjeros, determina que también estos recibirán la misma sanción si realizan cualquiera de los actos descritos en ese artículo.

Por estas razones se puede concluir que la referencia constante en el párrafo segundo del

Art. 120 es inoficiosa.

Agreguemos que al tipificarse en el Título XI los delitos cometidos en función militar, sí se describen puntualmente (Art. 602.28) las conductas que constituyen el delito de espionaje; pero tal delito sólo puede ser cometido por militares ecuatorianos.

4.12.- Correspondencia

Otro delito contra la seguridad exterior del Estado, cuyo sujeto activo puede ser un ecuatoriano o un extranjero, está previsto en el Art. 121.

El delito, que puede calificarse como de peligro abstracto, consiste en mantener correspondencia con súbditos de otra nación que tenga por resultado el suministrar a los enemigos del Ecuador o de sus aliados, instrucciones perjudiciales a su situación militar; pero que se ha realizado sin tener en mira ninguna de las infracciones previstas en los Arts. 115 y 117, es decir sin la intención de inducir a una guerra o favorecer al enemigo. Esta circunstancia, relativa al aspecto subjetivo del delito, si bien excluye el que se trate de una traición, pone en duda si exige dolo eventual o culpa.

En este artículo se plantea una vez más la cuestión relativa a la interpretación que debe darse a palabras cuyo significado ha ido progresivamente ampliándose en virtud de descubrimientos científicos o innovaciones tecnológicas. Se trata en este caso de la palabra "correspondencia", que en su sentido original se refería a comunicaciones escritas, cartas o documentos similares; pero que actualmente comprende otras formas de comunicación, las telefónica y radiales e inclusive las realizadas a través de medios informáticos.

4.13.- Penas y medidas adicionales

Tradicionalmente el delito de traición ha sido uno de los más severamente sancionados por las legislaciones. En los códigos ecuatorianos del siglo XIX merecía pena de muerte. El Código vigente lo sanciona con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, que fue durante mucho tiempo, casi un siglo, la mayor pena privativa de la libertad de nuestro sistema; pero ya no lo es al haberse creado, para otros delitos, la pena de reclusión mayor especial. La misma pena merece el extranjero, aunque, como ya se dijo, el delito no pueda calificarse como traición.

Encontramos, sin embargo, en este capítulo algunas variantes:

- Si las conductas características de la traición, en los casos previamente indicados, hubieren tenido como destinatario una potencia no enemiga, la pena será de reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años.

- Si las conductas fueren culposas, en los casos en que se prevé esta alternativa, la pena será de prisión de uno a cinco años.

- Si a la inducción a potencia extranjera, para declarar la guerra al Ecuador no hubiere seguido ruptura de hostilidades, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años.

- La conspiración para cometer las infracciones del Capítulo merece una pena de ocho a doce años de reclusión mayor, si se hubiere ejecutado un acto preparatorio, y cuatro a ocho años si no se lo hubiere ejecutado. Se ha señalado ya que tales penas excederían las penas aplicables a la tentativa, lo cual constituye un contrasentido.

Pero además de las penas privativas de la libertad señaladas, se establecen para el delito de traición las penas adicionales de sujeción a la vigilancia de la autoridad por diez años y la inhabilitación por el mismo tiempo para el ejercicio de los derechos políticos (el Código habla de derechos de ciudadanía).

Adicionalmente, el Art. 122 contiene dos disposiciones relativas a la sentencia condenatoria por traición: la obligación de resarcir a la nación por los daños y perjuicios causados y la pérdida de la nacionalidad ecuatoriana.

En cuanto a lo primero, la regla general es que la indemnización al agraviado es una secuela de la sentencia condenatoria. Así lo establecen los Arts. 67 del Código Penal y 69 numeral séptimo del Código de Procedimiento Penal. Antes de la expedición de la legislación procesal actualmente vigente, era necesario que el agraviado u ofendido, como lo llama el Código, interviniera en el proceso como acusador particular. Ahora puede formular su reclamación ante un juez civil sin cumplir tal exigencia. La regla del Art. 122 establece que necesariamente en la sentencia condenatoria debe imponerse la obligación de indemnizar. Podría entenderse que, en este caso, el Código no exige que se haya presentado una acusación particular; pero cabe preguntar si es pertinente que, tratándose de este delito, se pueda presentar tal acusación, a menos que lo haga a nombre del Estado, el Procurador General.

La pérdida de la nacionalidad ecuatoriana, norma que se mantuvo en el texto constitucional hasta las reformas de 1998, que sustituyeron la palabra nacionalidad por ciudadanía, podría dejar al condenado con el status de apátrida, situación jurídica expresamente prohibida por las convenciones internacionales de derechos humanos, que establecen el derecho de toda persona a tener una nacionalidad, y que conforme al actual texto constitucional, no sería procedente.

4.14.- Extraterritorialidad

El Art. 5 del Código determina, entre otros casos, que el nacional o extranjero que cometiere fuera del territorio nacional delitos contra la "personalidad del Estado" será reprimido conforme a la ley ecuatoriana.

En la parte especial del Código no se utiliza la expresión "personalidad del Estado", tomada posiblemente del Código italiano, pero habrá que entender que se trata de aquellas conductas que afectan a la seguridad del Estado, especialmente exterior. Precisamente estos son casos en que, con fundamento en el principio de defensa, se acude a una aplicación extraterritorial de la ley penal.

Hay que anotar también la contradicción en que incurre el Código, pues mientras el Art. 5 extiende la extraterritorialidad al extranjero, el Art. 120 dice expresamente que el

extranjero sólo será sancionado si comete los delitos en el territorio de la República, norma restrictiva, que deberá ser aplicada por ser más favorable.

5.- Delitos que comprometen la paz y la dignidad del Estado

El Capítulo II de este Título (Arts. 123 a 129) incluye conductas que podrían efectivamente afectar las relaciones pacíficas y dignas del Estado con otros países; pero también otras infracciones cuya naturaleza, como se verá oportunamente, no guarda relación con el enunciado del capítulo.

5.1.- Violación de treguas, armisticios o tratados

La violación de treguas o armisticios (Art. 123) presupone la existencia de un estado de guerra, dentro del cual se ha acordado una suspensión temporal y restringida de las hostilidades (tregua) o un convenio de cesación general de las mismas (armisticio). La violación consistiría en la reanudación de las hostilidades o en el quebrantamiento de las condiciones acordadas. Se exige expresamente dolo y la pena es de prisión de tres meses a un año.

El artículo agrega como conducta punible la violación dolosa de un tratado vigente celebrado con otra nación. La norma peca por su amplitud e inclusive por su ambigüedad, pues no especifica a qué clase de tratados se refiere, de los innumerables que el país en toda clase de materias, ni qué tipo de violación merece una sanción penal, pues es evidente que no en todos los casos se atentaría contra la paz y la dignidad del Estado.

Nada se dice en este artículo sobre el sujeto activo de la infracción, lo cual significa que puede ser cualquier persona. Sin embargo, la naturaleza misma de las conductas tipificadas lleva a concluir que hace falta que tal persona ejerza una función pública, inclusive de cierta jerarquía, para poder realizare los actos sancionados: violar treguas, armisticios o tratados vigentes.

5.2.- Hostilidades contra una potencia extranjera

La palabra hostilidades tiene en el Art. 124 un sentido diferente al que tiene en el Art. 115, en donde significa dar principio a una guerra. Aquí, en cambio, cometer hostilidades debe entenderse como atacar, agredir o molestar a una potencia extranjera o a sus súbditos, acepciones ambas aceptadas por el Diccionario. Pero para que tales actos constituyan el delito tipificado en el Art. 124, deben tener idoneidad suficiente para provocar una declaración de guerra o represalias por parte de la potencia extranjera, aunque de hecho no se siga ese efecto. Por eso el Código distingue los dos casos: si tales reacciones se han producido, la pena será de ocho a doce años de reclusión mayor; y si no se han producido, de prisión de dos a cinco años.

En todo caso, estos actos de hostilidad deben haberse realizado sin conocimiento y autorización del gobierno de la República, pues de haber autorización, la

responsabilidad por las consecuencias la tendrán las autoridades que así procedieron; y si hubo conocimiento, pero no autorización, podría haber para ellas una responsabilidad por omisión. Este requisito lleva a la conclusión de que la persona que actuó en tales condiciones quedaría exento de responsabilidad.

5.3.- Atentados contra jefes de estado extranjeros

El Art. 126 sanciona a quien en el territorio del Ecuador atentare contra la vida, la inmunidad o la libertad personal de un jefe de estado extranjero. Varias cuestiones plantea esta norma.

Se trata, en primer término, de una conducta pluriofensiva, puesto que lesiona simultáneamente bienes jurídicos individuales y el bien jurídico propio de este capítulo: la paz del Estado puesta en peligro por el atentado.

¿Cómo entender el verbo atentar? Por el contexto del artículo debería entenderse como la realización de actos de tentativa, pues, según dice la norma, si el acto tuviere como resultado la muerte del jefe de estado, la pena se agravará considerablemente (reclusión mayor especial). Pero esta interpretación no sería aplicable a los otros atentados, contra la inmunidad y la libertad, pues la ley nada agrega respecto a los resultados producidos por tales actos, por lo que nos inclinamos a pensar que la sanción que se establece (reclusión mayor de ocho a doce años) es aplicable también a los casos en que los atentados contra la inmunidad o la libertad se hayan consumado. Se trata sin duda de otro vacío de la legislación.

No queda duda sobre la naturaleza de las conductas atentatorias contra la vida y la libertad, pero ¿en qué consistirían los atentados contra la inmunidad? Esta palabra, en el Derecho Internacional (Convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares) y en el Derecho interno (Ley sobre inmunidades, privilegios y franquicias diplomáticas, consulares y de los organismos internacionales), se refiere a quienes desempeñan funciones diplomáticas o consulares y que, en tal virtud, tales personas son inviolables, como lo son también su residencia, sus documentos, correspondencia y archivos; además no están sometidas a la jurisdicción penal, civil y administrativa del país en que ejercen sus funciones. Debe entenderse que los jefes de estado extranjeros, por idéntico principio de Derecho Internacional, gozan de los mismos privilegios (en materia penal, lo reconoce expresamente el Código de Procedimiento Penal, Art. 18 numeral primero) y esta norma lo confirma al considerar que es un delito atentar contra su inmunidad.

Si se toma en cuenta que expresamente la ley especifica los atentados contra la vida y la libertad de los jefes de estado, que afectarían su inviolabilidad personal, los atentados contra la inmunidad consistirían en violaciones de la residencia, correspondencia, documentos; en la iniciación de enjuiciamientos o en la expedición de medidas judiciales previas o derivadas de tales enjuiciamientos.

Esta figura penal se vincula al carácter personal del sujeto pasivo de la infracción, un jefe de estado extranjero, expresión que debe interpretarse en el ámbito del Derecho Constitucional, y en conformidad con las formas de gobierno adoptadas por los distintos países. En los países de régimen presidencial, el presidente de la república es el jefe de

estado y al mismo tiempo jefe de gobierno; en los países de régimen parlamentario, uno es el jefe de estado, monarca o presidente, y otro el jefe de gobierno, designado por el parlamento. Habrá, pues, que distinguir en cada caso a quien corresponde esta denominación, y solamente tal persona reúne la condición prevista en la ley.

El último requisito que la norma agrega es que el delito se cometa en el territorio del Ecuador.

Forma menos grave (seis meses a dos años de prisión) es la ofensa al honor o prestigio de un jefe de estado extranjero que visite al Ecuador.

El Art. 127 agrega que estas disposiciones serán aplicables a los mismos actos cometidos en contra de los representantes de estados extranjeros acreditados en el Ecuador, siempre que tengan la calidad de jefes de misión diplomática.

5.4.- Los otros delitos del capítulo

Como ya se señaló, en este capítulo se prevén otros delitos que no corresponden al enunciado del mismo, sino que lesionan otros bienes jurídicos, como se señalará a continuación.

5.4.1.- En el Art. 125 se sanciona con seis meses a dos años de prisión a quien indebidamente levantare planos de fortificaciones, buques, aeronaves, establecimientos, vías u otras militares o se introdujere clandestina o engañosamente en tales lugares. Se trataría más bien de un delito contra la seguridad exterior del Estado.

5.4.2.- El Art. 128, agregado por las reformas introducidas por el gobierno de facto en 1965, prevé diferentes conductas que se sancionan con prisión de seis meses a tres años y cuya ubicación en este capítulo es, al menos, discutible:

- Separatismo: quien incitare o fomentare el separatismo. El separatismo pretende segregar del Estado una parte de su territorio, sea para constituir otro Estado o para anexarla a un Estado extranjero. Aunque la conducta que se sanciona es solamente la incitación o el fomento, las consecuencias podrían ser gravemente atentatorias contra la integridad nacional y su ubicación más lógica sería entre los delitos contra la seguridad exterior del Estado.

- Ofensas a las instituciones públicas: quien ofendiere o vilipendiare a las instituciones públicas o a la Fuerza Pública. Esta norma, inspirada en el Código italiano Rocco (que solo utiliza el verbo vilipendiar), podría ser interpretada con criterios subjetivos (la calificación de la ofensa, pues al menos la palabra vilipendio tiene un sentido más preciso y grave: desprecio, denigración) y manipulada políticamente en contra de los opositores de un régimen, por el torcido pero fácil recurso de confundir crítica o censura con ofensas o vilipendio. Esta norma plantea la cuestión más polémica en el ámbito de los delitos políticos, que se examinará más adelante: ¿hasta dónde debe llegar la utilización de la ley penal en defensa de las instituciones del sistema político? ¿En qué momento la legítima defensa del sistema deriva en persecuciones indebidas? En todo caso este delito es distinto de los desacatos tipificados como delitos contra la administración pública en el Título III y que afectan en forma personal a los diversos

funcionarios públicos.

- Burla o desacato a los símbolos nacionales: quien cometiere cualquier burla (acciones o palabras con que se procura poner en ridículo a alguien o algo) o desacato (injurias) contra la bandera, el escudo o el himno de la Patria. La Constitución (Art. 2, inciso primero) dice que la bandera, el escudo y el himno establecidos por la ley son los símbolos de la patria, por lo cual se puede concluir que los actos realizados contra ellos afectan al Estado mismo en su dignidad, lo cual correspondería al enunciado de este capítulo. La figura existe en algunas legislaciones, que determinan de distinta manera el acto típico (ultraje, vilipendio, menosprecio), por lo cual, si se da el caso, deberá precisarse con especial preocupación el alcance de las palabras burla y desacato.

En todo caso el objeto del delito son los símbolos nacionales y no los locales o regionales.

5.4.3.- El Art. 129, que tiene el mismo origen que el anterior, sanciona con prisión de uno a tres años y multa a quien impida ilegalmente el libre tránsito de vehículos, personas o mercaderías por las vías públicas del país. La ubicación más lógica de este delito sería entre aquellos que atentan contra la seguridad pública.

6.- Delitos contra la seguridad interior del Estado

Se señaló previamente que las infracciones que se incluyen en este Capitulo son, en principio, aquellas que la doctrina ha calificado objetivamente como delitos políticos, pues afectan a la estructura del Estado y de sus instituciones.

La cuestión crucial en este punto es precisar el derecho del Estado, como tal, a defender su institucionalidad apelando al recurso penal, cuando determinadas conductas ponen en riesgo el mantenimiento de la estructura democrática vigente.

Por cierto que los gobiernos dictatoriales y, en general, los de carácter autoritario han utilizado profusamente el arma penal para perseguir a sus opositores y críticos. Tal empleo, sin duda desmesurado, ha desprestigiado esta herramienta jurídica; pero queda en pie la cuestión: ¿pueden las democracias utilizar idéntico mecanismo cuando sus enemigos atentan contra su supervivencia? Y si la respuesta es positiva, surgen otras preguntas: ¿cómo impedir que esta fórmula se manifieste en acciones contra los derechos básicos de los ciudadanos? ¿cuáles son los límites democráticamente aceptables dentro de ese accionar?

Las democracias más sólidas mantienen en sus códigos penales normas punitivas especialmente severas (el Código español prevé penas de quince a veinticinco años) para sancionar los actos que atentan contra sus instituciones; pero las han reservado para aquellos casos de especial gravedad, precisamente para equilibrar la defensa de la seguridad interior del Estado con los derechos de los ciudadanos a la disensión, a la crítica y a la libre expresión del pensamiento. Se sancionan entonces, fundamentalmente, las sublevaciones realizadas con violencia.

El Código Penal ecuatoriano, por el contrario, mantiene tipos penales inadecuados, incluye fórmulas abiertas y, en general, criterios represivos, impropios en la legislación

penal de un Estado democrático. También aparecen en este capítulo casos de discutible ubicación, todo lo cual se señalará oportunamente.

6.1.- Alzamiento

La norma del Art. 130 (cuyo texto actual surgió en las reformas de 1965) puede ser considerada como la fundamental en este capítulo, pues en ella se tipifica el acto de "alzarse contra el Gobierno" con varios posibles objetivos: desconocer la Constitución, deponer al Gobierno constituido, impedir la reunión del Congreso o disolverlo. El artículo señala finalmente el propósito de "provocar la guerra civil", frase agregada en 1965 y que, al parecer se inspiró en el Código italiano de 1930, pero que no guarda una forzosa relación con la naturaleza de la figura, pues la guerra civil que se provocaría podría estar vinculada a situaciones de la más variada especie, que no necesariamente tendrían que ver con un ataque a la estructura constitucional del Estado, aunque efectivamente la afecten.

Sin embargo de que la norma busca la protección de un bien jurídico de trascendental importancia, que es en definitiva el sistema constitucional del Estado, extiende la sanción al que se alzare "en cualquier forma o por cualquier medio", frase también agregada por el gobierno de facto en 1965. De esta manera podría sancionarse actos con mínima o ninguna relevancia, como serían expresiones verbales o escritas, manifestaciones públicas de escasa significación, gritos callejeros o actos similares. En estos casos faltaría, sin duda, idoneidad en la conducta para obtener el objetivo propuesto, pero permitiría la utilización política de la norma. Como se examinará de inmediato, tratándose de una conducta que, teniendo la naturaleza de una tentativa se considera como delito, deberá tomarse en cuenta el requisito de idoneidad de los actos realizados, de los que habla el Art. 16, para que puedan ser sancionados.

En otras legislaciones se exigen, para sancionar estas conductas, que el alzamiento cumpla algunas condiciones: que sea violento (Códigos español y francés), o con armas (Códigos italiano, argentino, colombiano, chileno y peruano). Según comentario del tratadista argentino Soler, debe haber una irrupción ostensible, con cierta organización para alcanzar los fines que el alzamiento se propone. Es extendida la opinión de que el delito exige actos materiales, hechos, como decía el Código de 1906, y, por tanto, no estaría tipificada la conducta, si solamente se han producido expresiones habladas o escritas.

Como queda dicho, en rigor este delito constituye una tentativa. El alzamiento, para ser punible, no requiere el que sus objetivos hayan sido alcanzados, y así lo expresa, aunque con lenguaje críptico, el segundo inciso del artículo: "El acto existe desde que hay tentativa punible". Por la misma razón, y aplicando la parte final del segundo inciso del Art. 16, el desistimiento no se tomaría en cuenta como circunstancia de exención de la pena, como ocurre con la generalidad de las tentativas de delito.

Ahora bien, si el alzamiento hubiere alcanzado sus objetivos, se habría roto el orden constitucional y los "alzados" habrían llegado de facto al ejercicio del poder. Esta situación plantearía un problema de aplicación de la norma. Esta es claramente aplicable cuando los objetivos del alzamiento no fueron obtenidos y se inicia el correspondiente proceso penal. Pero tal aplicación de ninguna manera podría excluir el caso de quienes

alcanzaron el poder mediante un golpe de estado. De hecho no se los juzgará, por razones políticas, mientras mantengan el poder, pero deberán serlo cuando dejen el poder y no haya tales obstáculos para su juzgamiento y seguramente no por este artículo sino por el Art. 137, que se examinará de inmediato. Lo que no es aceptable es que el alzamiento quede impune.

El delito se sanciona con una pena de reclusión mayor de cuatro a ocho años; pero además el Art. 131 sanciona la conspiración realizada para alcanzar los mismos objetivos con prisión de seis meses a tres años. Por el contrario, el Art. 145 exime de pena, en una situación de excusa absolutoria, a los conspiradores que revelaren a la autoridad la existencia de la conspiración, siempre que no se haya ejecutado ningún acto preparatorio punible.

6.2.- Alteración del orden constitucional

Como ya se señaló, el Art. 137 sancionaría a quienes, habiendo protagonizado un golpe de estado, consiguieron el objetivo de alterar el orden constitucional, desconociendo al Gobierno, al Congreso Nacional o a la misma Constitución de la República.

En este supuesto, la ley sí exige expresamente que la alteración se haya producido a través de una acción armada y organizada militarmente, lo cual en principio es obvio tratándose de tal resultado; pero que excluiría el caso en que la alteración del orden constitucional haya sido consecuencia de levantamientos populares sin armas o con ellas, pero sin organización militar, como copulativamente requiere la ley.

Pero es claro que la organización militar, a la que alude la ley, no implica necesariamente que estén de por medio las Fuerzas Armadas o que intervenga personal de las mismas. El delito puede ser cometido por medio de grupos irregulares armados y organizados.

La pena en este caso es ligeramente superior a la del caso anterior: reclusión menor de seis a nueve años. La razón es que en este caso el objetivo sí fue alcanzado.

6.3.- Ataque a la Constitución

Una de las normas más criticables de este capítulo es la que consta en el Art. 132: atacar, de palabra o por escrito, de manera subversiva a la Constitución o a las leyes de la República. Como comentaba oportunamente Pérez Borja: de lo draconiano se ha pasado a lo ridículo.

Para que las palabras constituyan delito es indispensable que el bien jurídico protegido penalmente pueda ser afectado en forma efectiva por tales palabras. Tal efecto puede producirse en los casos de injurias (Arts, 489 y siguientes) o intimidación (Art. 378); pero no parece posible que la seguridad del Estado y el orden constitucional puedan ser lesionados por discursos o escritos en que se ataquen las normas jurídicas que nos rigen, aunque tal ataque pudiera calificarse de subversivo (escritos subversivos son aquellos que incitan a la rebelión, expresaba el Art. 418 del Código de Procedimiento Penal de 1983).

Lo subversivo, por tanto, podría asimilarse mejor a la segunda alternativa de este artículo: incitar a la desobediencia de la Constitución o de las leyes; aunque tampoco parece justificable el recurrir al ámbito penal para enfrentar tales hechos. En todo caso la incitación a la desobediencia solo podría ser punible cuando efectivamente se haya producido tal resultado o sea inminente que se vaya a producir esa acción.

Por otra parte, este delito, como otros que consisten en emisión de opiniones, ponen en serio riesgo el derecho constitucional a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas y manifestaciones (Art. 66 numeral sexto).

6.4.- Lecciones pastorales y sermones

Igualmente criticable es la conducta que se tipifica en el Art. 133, que no es otra cosa que un rezago de los enfrentamientos político-religiosos surgidos luego de la revolución liberal de 1895.

El delito, sancionado con prisión de seis meses a dos años, consiste en este caso en pronunciar o difundir lecciones pastorales, prédicas o sermones, encaminados a presentar a la autoridad como contraria a los dogmas, disciplina o intereses religiosos de alguna iglesia o culto.

El Art. 134 establece situaciones agravantes. La pena será de uno a cinco años de prisión, si el propósito fuere desobedecer la Constitución, las leyes o las órdenes de la autoridad; de tres a cinco años de prisión, si el objetivo fuere sublevar al pueblo o provocar la guerra civil. Y más aún, si efectivamente se hubiere producido la sublevación o la guerra civil (reclusión menor de tres a seis años), conducta que por otra parte ya se prevé en el Art. 130.

6.5.- Actos militares

El Art. 138 tipifica y sanciona con prisión de uno a tres años, tres delitos de una naturaleza estrictamente militar: tomar ilegítimamente un mando de un cuerpo de ejército, de tropas, buques, aeronaves, plazas, puertos; retener el mando contra la orden del gobierno; o mantener reunido un ejército o tropa después de haberse expedido la orden de licenciar esa fuerza.

Es discutible, por decir lo menos, la ubicación de este artículo en este capítulo. Si, como parece lógico, el delito ha sido cometido por militares en servicio activo, se trataría de una infracción profesional que debería sancionarse en conformidad con el Título XI de este Código. Si, excepcionalmente, el delito fuera cometido por personas diferentes, debería constar en este capítulo, aunque la conducta debería más bien considerarse como una usurpación de funciones, agravada si se quiere.

6.6.- Participación en facciones

Facción es, según el Diccionario, una parcialidad de gente amotinada o rebelde; un

bando, una pandilla. El Art. 139 tipifica el haberse "puesto a la cabeza" de facciones armadas o el haber ejercido en ellas una función o mando cualquiera, siempre que el objetivo haya sido algunos de los establecidos en el mismo artículo:

a) apoderarse de caudales públicos;

b) invadir propiedades, fortalezas, puestos de guardia, almacenes, arsenales, puertos, buques, embarcaciones o aeronaves pertenecientes al Estado;

c) saquear o repartirse propiedades públicas o nacionales o de una generalidad de ciudadanos;

d) atacar o resistir a la fuerza que obra o persigue a los autores de estos delitos.

Del texto del artículo se establece que la conducta constituye un delito de peligro, que se consuma con la sola formación de la facción, aun cuando no se hayan realizado los objetivos que se tuvieron en mente.

Para este delito se establece la sanción única de nueve años de reclusión menor, pues se dice que será el máximo de la pena señalada en el Art. 137.

El Art. 140 determina que la misma pena se aplicará a los que hubieren dirigido la "asociación", levantado o hecho levantar, organizado o hecho organizar la facción.

En cambio, los que hubieren formado parte de la facción, sin ejercer ningún mando o empleo, tendrán una pena inmediatamente inferior a la que deba imponerse a los "comandantes" o "directores" de la facción (Art. 142). Y no serán reprimidos de ninguna manera (caso de excusa absolutoria) si se hubieren separado espontáneamente de la facción, o a la primera amonestación de la autoridad (Art. 143).

Por otra parte se establece (Art. 141) que si la facción cometió uno de los delitos mencionados en el Art. 130 (alzarse contra el gobierno), se aplicará la pena prevista en tal artículo para todos los que formaron parte de la facción y fueron aprehendidos en "el lugar de la reunión sediciosa". Esta norma resulta innecesaria, pues es claro que los delitos previstos en el Art. 130 exigen, forzosamente, la existencia de un grupo, asociación, facción o como quiera llamárselo, formado para llevar adelante el alzamiento. El alzamiento, para constituir un acto idóneo, no puede llevarse adelante por una sola persona.

En cuanto a los otros objetivos que la facción pudo tener previsto realizar, es decir apoderarse con violencia de caudales o bienes, invadir propiedades o resistirse a la fuerza pública, cabe preguntarse si corresponden a la naturaleza de los que doctrinariamente constituyen delitos contra la seguridad interior del Estado. Como ya se ha señalado, los códigos en estos capítulos incluyen aquellas conductas que se califican generalmente como delitos políticos, calificación que no parece ser pertinente para las conductas señaladas. Más bien, si, posteriormente, las conductas previstas llegaran a realizarse, se habría cometido otros delitos sancionados en diversos lugares del Código, en concurrencia con el tipificado en el Art. 139.

6.7.- Incitación a la rebelión

El Art. 146, agregado en 1965 (como los siguientes hasta el Art. 155), sanciona el delito de incitar a la rebelión o a la indisciplina a la fuerza pública, que merece una pena de prisión de dos a cinco años y multa; pero la pena se agravará si a consecuencia de la incitación estallare un conflicto en el cual se produjeren lesiones (reclusión menor de tres a seis años y multa) o muerte de personas (reclusión menor de seis a nueve años y multa).

Nuevamente encontramos aquí un verbo, "incitar", que puede ser interpretado con excesiva amplitud hasta incriminar actos puramente verbales con escasa o ninguna capacidad de provocar la rebelión o indisciplina. Por cierto que la situación sería diferente, si la incitación llegara a provocar un conflicto.

6.8.- Organización de guerrillas

El Art. 147 tipifica la promoción, dirección o participación en guerrillas, comandos, grupos de combate, grupos o células terroristas, destinadas a subvertir el orden público, sustituir a la fuerza pública, atacarla o interferir en su normal desenvolvimiento. Se sanciona con reclusión mayor de cuatro a ocho años y multa.

Llama la atención que este artículo no haya sido incluido en el Capitulo IV de este Título, que agrupa a los delitos de sabotaje y terrorismo, y que fue creado por la misma reforma penal. Pero lo más criticable de este artículo es la equiparación que se hace entre promoción (un acto previo), dirección o simple participación en la organización.

La pena se agrava a reclusión mayor de ocho a doce años, si las actividades se ejecutan con armas (¿pueden organizarse guerrillas o grupos de combate sin armas?), obedeciendo instrucciones foráneas o con la intervención, apoyo o auxilio económico del extranjero.

6.9.- Difusión de propaganda

Otra conducta igualmente proclive a peligrosas interpretaciones y a una eventual utilización política es la que consta en el Art. 148, a más de estar, al menos potencialmente, en pugna con el derecho constitucional a la libertad de opinión y de expresión. Textualmente este artículo sanciona con prisión de seis meses a dos años y multa, la difusión por cualquier medio o el envío al exterior de propaganda, noticias o informaciones falsas, destinadas a alterar el orden público o que afecten al honor nacional.

Como se puede apreciar claramente, la norma contiene una serie de elementos que permitirían su aplicación extensiva: la difusión por cualquier medio, la calificación de falsedad de la propaganda (?), de las noticias o la información, la determinación del objetivo de alterar el orden público, el concepto mismo de honor nacional y de su afectación.

6.10.- Manifestaciones

El Art. 153 convierte en delito, y lo sanciona con prisión de uno a tres meses y multa, la promoción, dirección u organización de desfiles o manifestaciones públicas, en calles, plazas u otros lugares públicos, sin permiso escrito de autoridad competente.

Igualmente criticable es la presunción que se establece en el segundo párrafo del artículo: se reputarán promovedores, directores u organizadores a quienes aparezcan como tales por los discursos que pronunciaren, los impresos publicados, las palabras de mando emitidas, las insignias que luzcan, las contribuciones de fondos realizadas o cualquier otro hecho significativo.

Son agravantes el realizar el desfile o la manifestación en contra de la prohibición emanada por la autoridad, así como el participar en manifestaciones portando armas.

La sola enunciación de estas normas permite concluir que, si la intención del legislador de facto fue el disuadir a los ciudadanos de la realización de tales actos, realizados obviamente en oposición al régimen, el objetivo no se ha alcanzado ni la norma ha sido aplicada.

6.11.- Invasión de edificios

El mismo espíritu está presente en la norma prevista en el Art. 155: invasión de edificios, instalaciones o terrenos públicos o privados, con el fin de alterar el orden público; acto que se sanciona con especial severidad: reclusión menor de tres a seis años y multa.

Aunque la conducta podría tener alguna similitud con el delito de violación domiciliaria, lo que caracterizaría a esta conducta es el elemento subjetivo, es decir la intención de alterar el orden público. Esta frase puede ser interpretada muy discrecionalmente, que es, como se ha dicho, la razón por la cual la tendencia más democrática del Derecho Penal considera que los delitos de carácter político deben reducirse al mínimo necesario.

6.12.- Otros delitos

Finalmente el Capítulo incluye otros tipos delictivos de discutible contenido y ubicación, que examinaremos brevemente.

6.12.1.- Establecer o mantener depósitos de armas o municiones de uso militar o policial, "y de cualquier otro tipo similar" sin autorización legal (Art. 149); entendiéndose que hay depósito cuando existan tres o más de dichas armas, cualquiera sea su modelo o clase, aun cuando se hallen en piezas desmontadas (Art. 150). Se sanciona, luego de la reforma de marzo del 2006, con reclusión mayor de cuatro a ocho años y multa.

Tómese en cuenta que existe una ley, también expedida por una dictadura, que regula la fabricación, importación y exportación, comercialización y tenencia de armas, municiones, explosivos y accesorios. Esta ley contiene una norma de carácter penal (Art. 31), que sanciona, entre otras conductas, la tenencia de municiones, coincidiendo con lo previsto en el Art. 149.

6.12.2.- Introducir al país dinero o valores con fines subversivos (Art. 151), que deberán entenderse como destinados a alterar el orden constitucional, o para alterar el orden público. Se sanciona con prisión de tres meses a dos años y multa. Norma abierta también a la interpretación subjetiva.

6.12.3.-Favorecer el ingreso al país, la permanencia, el ocultamiento o la evasión de agentes subversivos extranjeros, con conocimiento de su condición (Art. 152). Se trata en definitiva de una modalidad de encubrimiento, que se sanciona con prisión de dos a cinco años y multa.

6.13.- Daños y perjuicios

El Art. 144 determina que toda sentencia condenatoria por las infracciones previstas en este capítulo impondrá la obligación de resarcir los daños y perjuicios ocasionados al "fisco". Esta regla, similar a la del Art. 122, implica que no hace falta acusación particular del ofendido para que se ordene ese pago. Por cierto que estaría por verse si en estos delitos cabe, procesalmente, que se presente un acusador particular a nombre del Estado.

7.- Delitos de sabotaje y terrorismo

Ya se señaló que el Capítulo IV de este Título, que incluye los delitos de sabotaje y terrorismo, fue agregado por las reformas de 1965 y que, dos de sus artículos claves (el 160 y el innumerado que consta a continuación) se incorporaron con lamentable técnica legislativa con las reformas de 1974, y en ambos casos por gobiernos dictatoriales.

Frente a la fórmula que el legislador de facto adoptó, crear un capítulo especial, podría sostenerse que es innecesario hacerlo, pues las distintas conductas que configuran tales delitos están ya previstas y penadas en varios de los títulos y capítulos de los códigos. Sin embargo, hay opiniones que estiman que la fórmula es la más aconsejable desde un punto de vista técnico y práctico o, al menos, la más frecuentemente utilizada. Así lo han hecho, por ejemplo al expedirse los Códigos francés en 1992 y español en 1995 en que el terrorismo se tipifica en capítulos especiales. Por su parte, los Códigos de Suiza y Suecia, aunque no emplean la palabra, dedican capítulos a delitos que afectan a la paz pública, el primero o crean un peligro general, el segundo.

Sin embargo, en la denominación del Capítulo, se sumaron al terrorismo, los delitos de sabotaje, sin que exista exposición de motivos o, al menos, considerandos que aclaren si se tuvo la intención de establecer dos tipos diferentes de delitos, próximos pero diferentes; o si las palabras se usaron simplemente como sinónimos. Examinadas en concreto las distintas conductas, nos inclinamos por la primera solución. Por ello deberán analizarse separadamente unas y otras conductas.

7.1.- Delitos de sabotaje

Al no tener la ley un concepto de sabotaje, debemos recurrir al Diccionario, conforme al cual consiste en: (El) *"daño o deterioro que en las instalaciones, productos, etc., se hace como procedimiento de lucha contra los patronos, contra el Estado o contra las fuerzas de ocupación en conflictos sociales o políticos"*.

De las tres alternativas previstas en el Diccionario, es claro que la ley ha tipificados conductas que implican una lucha contra el Estado, y por esa razón constan en este título; pero cuya naturaleza no necesariamente se ajusta a lo que constituye la esencia del sabotaje: daño o deterioro a bienes materiales, como instalaciones, productos u otros bienes.

En efecto, las conductas que corresponderían a sabotaje, y que constan en los Arts. 156, 157 y 159 (el 158 parece encuadrarse más claramente dentro del terrorismo), tipifican actos de perturbación de actividades de carácter público, destinadas a proteger a la sociedad en determinados eventos. Se trata, por cierto de conductas que lesionan bienes jurídicos, que podrían incluirse en la denominación orden público o seguridad pública, que seguridad del Estado.

El Art. 156 sanciona a médicos, enfermeras, practicantes, empleados en casas de salud, propietarios de farmacias o droguerías que, desobedeciendo órdenes de autoridad, paralizaren los servicios o se abstuvieren de prestar su colaboración; y a quienes incitaren a la comisión de estos hechos.

El Art. 157 sanciona a quienes, con ocasión de un incendio, inundación, naufragio u otra calamidad, sustrajeren, ocultaren o inutilizaren cualquier objeto material u otro medio destinado a socorro, salvamento o para combatir el peligro.

El Art. 159 sanciona a quienes impidieren, desorganizaren o perturbaren la recolección, producción, transporte, almacenaje o distribución de materias primas, productos elaborados o extraídos, maquinarias u otros medios necesarios para la producción.

En todos los casos debe entenderse que existe un elemento subjetivo especial: los actos se realizan como un mecanismo de presión contra el Estado, de lucha, dice el Diccionario. Y el objetivo será alcanzar determinadas reivindicaciones, que no necesariamente se confundirían con las de una organización terrorista.

Las sanciones varían entre prisión de uno a cinco años, en los casos del Art. 156; tres a seis años de reclusión menor en los del Art. 157; seis a nueve de reclusión menor, si en estos casos se produjeren lesiones y reclusión especial de dieciséis a veinticinco años, si se produjere la muerte de una persona; y uno a tres años de prisión, en los casos del Art. 159.

7.2.- Terrorismo

Uno de los fenómenos que más ha preocupado a la comunidad internacional en los

últimos años es la presencia del terrorismo, cuyas manifestaciones han llegado a límites extremos de violencia. Por eso no es de extrañarse que este fenómeno haya sido objeto de amplios estudios desde muy diversos ángulos. Tal vez ha predominado la óptica política, pero también se lo ha examinado desde puntos de vista sociológicos, religiosos, económicos e, indudablemente, jurídicos.

En este último escenario, el tema se ha trasladado al ámbito del Derecho Penal. Los especialistas en esta disciplina se han preguntado cómo afrontar y resolver los casos de terrorismo; cuál debe ser, frente a las conductas terroristas, la respuesta de la legislación, específicamente, de la penal.

Aunque los atentados contra monarcas, jefes de estado y otros personajes públicos, fueron frecuentes durante el siglo XIX y los comienzos del XX (en buena parte como expresiones de una postura anarquista), la expresión "delitos de terrorismo" aparece por primera vez en la III Conferencia para la unificación del Derecho Penal (Bruselas, 1930). Años después, en 1937, la Sociedad de Naciones expidió la primera Convención para la prevención y represión del terrorismo.

Pero el camino recorrido desde entonces ha estado rodeado de dificultades de todo tipo. Más todavía cuando en las últimas décadas las expresiones del terrorismo han alcanzado cotas de singular gravedad. Y por eso han surgido posiciones que pretenden crear fórmulas jurídicas excepcionales para su tratamiento. Aquí cabe mencionar el llamado "derecho penal del enemigo" (Jakobs), que se caracterizaría por un adelanto de la punibilidad por hechos futuros, una desproporcionada elevación de las penas y una flexibilización, si no desaparición, de las garantías procesales.

Frente a tales propuestas, también extremas, hay que rescatar los principios básicos del Derecho Penal y hacer el necesario esfuerzo, dentro de esa línea, para determinar los elementos característicos del terrorismo, indispensables para proceder a una adecuada tipificación de la conducta punible.

7.3.- Elementos constitutivos del terrorismo

Por cierto que no es fácil establecer cuáles son los actos constitutivos del delito, o delitos, de terrorismo. Cuando el Diccionario define al terrorismo habla simplemente de la sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror. Al decir "sucesión", se señala una condición de continuidad; y al utilizar la expresión genérica "actos de violencia", se hace una referencia explícita a la naturaleza multiforme del terrorismo, que se manifiesta de muy variadas maneras.

En los numerosos congresos científicos y estudios dedicados al tema, se ha llegado a concluir en forma general que el terrorismo se caracteriza por reunir los siguientes elementos:

- Actos de violencia dirigidos contra las personas (en algunos casos, previamente determinadas; en otros, contra personas indeterminadas), los bienes (igualmente determinados o no) o servicios públicos;

- Delitos pluriofensivos, pues afectan de manera simultánea a varios bienes jurídicos: la

vida, la integridad física y la libertad de las personas; la propiedad, la seguridad pública; y, en último término, la seguridad del Estado. Los titulares de estos bienes jurídicos son los sujetos pasivos de los delitos;

- Propósito de provocar terror o intimidación general en la población (fin inmediato);

- Un móvil, principalmente político, pero que puede presentar, alternativa o simultáneamente, matices ideológicos, sociales, religiosos o de otro carácter (fin mediato).

En cuanto al sujeto activo de tales delitos, se ha establecido que en la mayor parte de los casos, debe pertenecer a una organización que, precisamente reivindica un móvil. Así mismo en general estos delitos se cometen por varias personas que actúan en conjunto y en forma sistemática. Sin embargo puede haber casos de actos realizados aisladamente por una sola persona, aunque también con un objetivo reivindicatorio.

7.4.- Terrorismo y delito político

Como se señaló previamente, aunque los delitos de terrorismo podrían ser calificados, desde el punto de vista subjetivo, como delitos políticos, la tendencia internacional, acentuada en los últimos años, se inclina por no considerarlos como tales, con el objeto de excluir a los terroristas de los posibles beneficios que acarrea esta calificación. Así se ha previsto en tratados internacionales destinados a la persecución del terrorismo.

Siguiendo esta tendencia, la Ley de Extradición expresamente (Art. 5) dice que para los efectos previstos en dicha ley, no se considerará al terrorismo como delito político. El mismo principio se ha mantenido inclusive en tratados de extradición, como los celebrados por nuestro país con España y Perú.

7.5.- La tipificación del terrorismo

Dadas las características del terrorismo son evidentes las dificultades para tipificarlo. Estas se producen por la heterogeneidad de las conductas, que no solo adoptan múltiples formas, sino que también constituyen delitos, por lo cual son los fines inmediato y mediato los que les confieren un carácter particular. Por eso, se ha sugerido una fórmula que consistiría en agravar los delitos, ya preestablecidos, cuando se cometan como parte de un plan terrorista.

El Código español, por ejemplo (Arts. 571 a 580), utiliza una fórmula de este tipo. Bajo el concepto general de conductas cuya finalidad consista en subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, se establecen sanciones agravadas según la naturaleza de la conducta realizada. Así se prevén sanciones para los casos de incendios y estragos, muerte, lesiones o secuestro de personas, detención ilegal, depósitos de armas, municiones u otras sustancias; atentados contra el patrimonio, actos de colaboración, provocación, conspiración y proposición.

No deja de ser curiosa la solución que adopta la Convención Interamericana contra el

Terrorismo: establecer que estos delitos son aquellos que han sido establecidos en varias convenciones internacionales.

7.6.- El terrorismo en el Código

También se advirtió con anterioridad que las reformas penales de 1965 y 1974 se elaboraron con una lamentable técnica jurídica, en especial al momento de tipificar las conductas de terrorismo. Posiblemente tratando de salvar las dificultades que hemos señalado, se apeló a recursos inadecuados: una extensa enumeración casuística de conductas, profusas referencias a medios, a objetos, a propósitos, utilizando inclusive fórmulas vedadas en materia penal, como el uso de la palabra "etcétera", para finalmente recurrir a fórmulas analógicas con el carácter de supletorias.

El artículo clave, y en el que aparecen con mayor relieve las deficiencias técnicas, es el innumerado que consta a continuación del 160. Examinemos su contenido:

- El núcleo del delito está dado por la frase cometer "delitos contra la seguridad común de las personas o de grupos humanos de cualquiera clase o de sus bienes", frase que comienza con una inaceptable redundancia (el delito consiste en cometer un delito), pero que además, con su evidente amplitud, podría ser suficiente para calificar de terrorista cualquier acto de violencia.

Luego o se agregan otros verbos, enumerando distintas acciones que podrían ejecutarse sobre diversos bienes, establecimientos u objetos: asaltar, violentar o destruir, allanar, invadir, sustraer, apoderarse, secuestrar, ocupar por la fuerza, levantar barricadas u obstáculos. Concluye la enumeración con la frase genérica: "atentando en cualquier forma" en contra de la comunidad, de sus bienes y servicios.

- El delito puede cometerse individualmente o colectivamente. En este caso, el artículo señala que la asociación formada puede de seis clases (guerrilla, asociación, pandilla, comando, grupo terrorista o montoneras), pero luego agrega la frase consabida "o alguna otra forma similar".

- Los objetivos o "pretextos" del acto violento pueden ser, así mismo, de muchas clases: patrióticos, sociales, económicos, políticos, religiosos, revolucionarios, reivindicatorios proselitistas, raciales, localistas, regionales; y a esta larga enumeración se añade la palabra "etc.", la cual vuelve inútil la enumeración. En efecto, cualquiera que sea el objetivo o pretexto, el acto quedaría comprendido en la tipificación.

Cualquiera de los actos tipificados en el artículo será sancionado con pena de reclusión mayor de cuatro a ocho años y multa; pero se agravará la pena si producen lesiones o muerte y, en este caso, será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años. Cabe señalar que en este artículo, como en los demás del capítulo, cuando se agrava la pena por el resultado de lesiones, no se distingue para este efecto la distinta gravedad que pudieran tener las lesiones.

7.7.- Los otros delitos de terrorismo

Además del artículo innumerado, que, por su amplitud, podría ser suficiente, en el Capítulo se incluyen otros artículos que tipifican otros actos de terrorismo, en los que se emplea el mismo estilo casuístico.

Art. 158: Destruir, deteriorar, inutilizar, interrumpir o paralizar servicios públicos o privados, instalaciones, depósitos y bienes, que se enumeran largamente, aunque al final se agrega la frase "o cualquier otro tipo de abastecimiento, siempre con el propósito de producir alarma colectiva. La pena de ocho a doce años de reclusión mayor y multa, se agrava, igual que en el caso anterior, si, a consecuencia del hecho, resultaren lesiones o muerte de personas.

Hay que señalar que en este artículo, la ley se refiere al elemento subjetivo que, como fin inmediato, debe existir en los delitos terroristas: "producir alarma colectiva". Y es precisamente la falta de tal intención la que permitió a la Corte Suprema descartar en una sentencia (la única que conocemos en esta materia), que se tratara del delito previsto en este artículo: *"El elemento esencial del delito tipificado en el artículo 158 del Código Penal, es ?interrumpir o paralizar servicios públicos con el propósito de producir alarma colectiva?… aspecto sobre el cual las declaraciones… permiten apreciar que fueron varias las personas, entre las que no se nombra al procesado, las que impedían la apertura de la puerta del referido dispensario, como medida de presión para cambiar al auxiliar de enfermería, lo que lógica y racionalmente no puede sostenerse que provocó o tuvo el propósito de provocar alarma colectiva"* (Registro Oficial 381, 1 de agosto del 2001).

Art. 160: Fabricar, suministrar, adquirir, sustraer, arrojar, usar o introducir al país, armas, municiones, bombas, materias explosivas, asfixiantes o tóxicas, o materiales destinados a su preparación, con el fin de cometer delitos contra la seguridad común de las personas o de los bienes, frase que permite considerar a esta conducta como un delito de peligro. Se sanciona con reclusión mayor de cuatro a ocho años y multa; la pena se agrava hasta reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, si del hecho resultaren lesiones o muerte de personas.

Art. 161: Introducirse injustificadamente en dependencias, cuyo acceso al público o a particulares esté prohibido; o en bases, naves, aeronaves, transportes, cuarteles, fábricas, depósitos militares o policiales o, en general, en zonas de seguridad. Se sanciona con prisión de seis meses a dos años y multa, y como en los casos anteriores, la pena se agrava hasta doce a dieciséis años de reclusión mayor, si del hecho resultaren lesiones o muerte de personas.

Se advierte que en este artículo no se incluye frase alguna que vincule la conducta con un propósito de causar alarma general o de atentar contra la seguridad común, como consta en los casos anteriores, y que son, en definitiva, el elemento subjetivo que permite identificarlos como actos terroristas. Sin embargo la ubicación del delito en este capítulo exige la presencia de tal objetivo.

Art. 163: Impartir o recibir instrucción militar sin permiso de la autoridad competente. Se sanciona con prisión de seis meses a un año y multa. Lo mismo que se señaló anteriormente: el propósito final del acto deberá ser participar en acciones terroristas. Como se advierte esta es una especie de norma penal en blanco, pues prevé la existencia

de normas no penales que determinan la necesidad de una autorización para impartir o recibir instrucción militar.

7.8.- Agresión y amenaza terroristas

El capítulo concluye con dos artículos que "tipifican", si cabe usar este término, delitos de una estructura abierta y, por tanto, claramente lesionadores del principio de legalidad.

El Art. 164 sanciona la agresión terrorista contra funcionarios o empleados públicos o sus bienes; pero no se determina en qué consistiría la agresión (¿será necesario que se emplee la violencia física, aunque sea mínima?) ni cómo se establecería la calidad de terrorista, para diferenciar esta agresión de otras que pueden tener orígenes muy diversos. La sanción será de tres a seis años de reclusión menor y multa, siempre "que el hecho no constituya delito más grave". Pero en el mismo artículo se establece como circunstancia agravante el resultado de lesiones o muerte de personas llegando a sancionarse con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

El Art. 165 sanciona la amenaza terrorista "por cualquier medio que se haga" con prisión de tres meses a un año y multa. Al menos las amenazas están definidas en el Art. 596 como *"los medios de apremio moral que infunden el temor de un mal inminente"*, pero tampoco se determina cómo establecer el carácter terrorista del acto.

7.9.- Financiamiento del terrorismo

Al reformarse la Ley que reprime el lavado de activos (diciembre de 2010), se incluyó en este Capítulo un artículo innumerado que sanciona actividades destinadas a financiar la comisión de delitos de terrorismo.

Las conductas previstas en este artículo consisten en proporcionar, ofrecer o recolectar fondos o activos para tal financiamiento. La norma agrega que las conductas pueden ser colectivas o individuales, directas o indirectas y por cualquier medio; y el financiamiento puede ser total o parcial.

En forma expresa se exige dolo, lo que en este caso debe entenderse que se actúa a sabiendas del destino de los fondos o activos.

Finalmente se señala que este delito, para efectos de su juzgamiento, se considerará autónomo de otros delitos de terrorismo; sin embargo se lo sancionará con la pena establecida para el delito financiado.

7.10.- Cancelación de la carta de naturalización

El Art. 166 establece una pena única en la legislación ecuatoriana. Dice que si uno de los delitos del Capítulo fuere cometido por un "extranjero naturalizado" (debería decir por un "ecuatoriano por naturalización"), se le cancelará la carta de naturalización y será expulsado del país, una vez cumplida la pena.

7.11.- Resarcimiento de daños

Otra norma singular es la que consta como último inciso de los Arts. 160 y el innumerado que le sigue. Dice la norma que si los hechos establecidos en tales artículos afectaren únicamente a bienes, además de la pena prevista, los autores serán condenados al resarcimiento de los daños y perjuicios que hubieren causado.

La disposición es singular, por cuanto parece excluir la obligación de reparar los daños, en aquellos casos en que se hubieren producido lesiones personales, produciendo o no daños materiales, conclusión realmente inadmisible. Una muestra más de la escasa técnica con que este capítulo ha sido redactado.

7.12.- El delito de portar armas

El Art. 162 en su versión original sancionaba con prisión de seis meses a un año y multa al particular (no militar ni policía) que portare armas de uso militar o policial sin "el permiso necesario y sin debida explicación". Esta segunda frase habría que interpretarla en el sentido de que, aunque el particular tuviera el permiso, debe dar una explicación relativa a la razón de estar portando el arma; pero, en rigor, la ubicación de la norma en este capítulo, llevaba a entender que las armas debían estar destinadas a un empleo terrorista.

La reforma a este artículo de marzo del 2006, en el orden estrictamente penal, aumenta la pena del delito a prisión de uno a cinco años, y en caso de "reiteración dolosa", a reclusión de tres a seis años; e incorpora, al describir las armas, la misma frase del Art. 149, "de cualquier otro tipo similar".

Pero lo más singular de la reforma es la inclusión de normas de carácter administrativo, conforme a las cuales se atribuye a un organismo del Ejecutivo (el Ministerio de Defensa, pero podrá delegarse la atribución) la facultad de extender permisos para portar armas, decomisar las no autorizadas y llevar diversos registros. Tales procedimientos de carácter general ponen en duda que la infracción del Art. 162 se refiera exclusivamente al eventual empleo terrorista de las armas, sino que sería aplicable a cualquier empleo que pudiera darse al arma, para cuya tenencia no se ha obtenido el permiso correspondiente ni se puede explicar debidamente la razón de tal tenencia.

Como ya se señaló al comentar el Art. 149, debe tomarse en cuenta además que hay en esta materia una ley especial, que regula la fabricación, importación y exportación, comercialización y tenencia de armas, municiones, explosivos y accesorios (Registro Oficial 311, de 7 de agosto de 1980), la cual también incluye una norma penal (Art. 31), que sanciona, entre otras conductas, la tenencia de armas. Habría que preguntarse si el legislador quiso distinguir entre "portar" armas y "tener" armas.

Capítulo II
DELITOS CONTRA LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1.- Denominación y bien jurídico

El Título II del Libro Segundo del Código originalmente tuvo como denominación "Delitos contra las garantías constitucionales", frase que, con algún cambio, se heredó de los Códigos de 1872 y 1906, y a la que se añadió, luego de las reformas de 1979, las palabras "y la igualdad racial".

La elemental comprobación histórica nos lleva a cuestionar la permanencia de la denominación del Título. La denominación, en este, como en todos los demás casos, tiene la fundamental razón de ser de orientar sobre la naturaleza del bien jurídico que se pretende proteger, sancionando las conductas que atentan contra él.

La denominación es, en principio, discutible, pues debería hablar de "derechos", en vez de "garantías"; y, en todo caso, dice mucho más sobre el contenido del Título de lo que realmente contiene. En realidad, en varios de los otros Títulos se incluyen delitos que afectan a derechos básicos garantizados por la Constitución: la vida, la libertad, la honra, la propiedad, por citar algunos; pues de alguna manera se puede decir que el Derecho Penal es, en general, uno de los mecanismos básicos que se utilizan en un estado de derecho para garantizar el cumplimiento de su más alto deber, como lo señala la propia Constitución (Art. 11, numeral noveno): respetar y hacer respetar los derechos de las personas.

Por otra parte, hay que preguntarse si todos los derechos previstos y tratados con gran amplitud en la Constitución, y adicionalmente en tratados internacionales, que tienen rango constitucional, deben contar con el correlato de la protección penal. Dicho de otro modo, si toda violación de esos derechos debe ser tipificada como infracción penal. El carácter valorativo de la ley penal y el principio de intervención mínima nos llevan a la conclusión de que sólo determinadas conductas de especial gravedad deben calificarse como delitos o, en algunos casos, como contravenciones.

Por eso, antes que un enunciado tan general que, a la larga, resulta equívoco, los códigos modernos prefieren establecer títulos o capítulos específicos referidos a derechos en concreto: la libertad, en sus diversas manifestaciones, la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, los derechos políticos o laborales, a más de los delitos que tradicionalmente han tenido una ubicación y tratamiento propios: contra la vida, la integridad física, la honra, la propiedad.

De lo dicho se deduce que no se puede sostener que hay en este título un bien jurídico único, sino que en cada capítulo deberá determinarse cuál es en particular. Y tampoco cabe, como lo hace el Código en el Art. 213, establecer un delito subsidiario que en forma abierta y, por tanto, violatoria de la certeza que se deriva del principio de legalidad, sanciona *"cualquier otro acto arbitrario y atentatorio contra las libertades y derechos garantizados por la Constitución"*. Resulta sin duda paradójico que se pretenda sancionar las violaciones de la Constitución mediante una norma que es también violatoria de la Constitución.

2.- Clasificación

Ya se indicó que en este Título son perceptibles las huellas dejadas por los códigos anteriores, y no solo en su denominación sino también en su contenido. Varios de los capítulos que lo integran repiten textualmente los textos anteriores, lo cual es especialmente lamentable si tomamos en cuenta la gran evolución que se ha vivido en las últimas décadas en relación al tratamiento de los derechos de las personas, transformación que, salvo alguna excepción que se verá oportunamente, no ha sido tomada en cuenta por el legislador.

En la versión inicial del Código de 1938, el Título constaba de nueve capítulos, el último de "Disposiciones comunes". En los ocho primeros se tipificaban: 1) los delitos relativos al ejercicio del sufragio; 2) contra la libertad de conciencia y de pensamiento; 3) contra la libertad individual; 4) contra la inviolabilidad del domicilio; 5) contra la inviolabilidad del secreto; 6) relativos a las declaraciones de los sindicados o de sus parientes; 7) contra los presos o detenidos; y 8) contra la libertad de trabajo, asociación o petición.

Posteriormente, tres nuevos capítulos han sido introducidos indistintamente por el legislador en medio de los capítulos previos. Así, entre el III y el IV, se incorporaron, en el 2005, dos capítulos tipificando delitos relativos a la trata de personas y a la extracción y tráfico ilegal de órganos (que luego ha sido reformado en marzo de 2011); y a continuación del Capítulo VIII, se agregó en 1979 un capítulo adicional con los delitos relativos a la discriminación racial, capítulo que ha sido sustituido (marzo de 2009) por el que tipifica los delitos de odio.

3.- Delitos relativos al ejercicio del sufragio

El Capítulo I del Título fue denominado de esta manera al expedirse el Código de 1938. En los anteriores, aunque el contenido era básicamente el mismo, se denominaba "Delitos relativos al ejercicio de los derechos políticos".

En cualquier caso, el capítulo tiene un carácter especial, pues se aparta del principio que predomina en el Título: protección de los derechos civiles, en tanto que el derecho al sufragio es un típico derecho político, aunque no el único, previsto ahora por la Constitución en el Art. 61.

En los seis artículos del Capítulo (167 a 172) se prevén cinco delitos, cuatro de los cuales se refieren específicamente al ejercicio del sufragio: pero uno de ellos, el primero, se refiere en general a los derechos políticos.

3.1.- Atentado contra los derechos políticos

El Art. 167 sanciona a los que *"por medio de asonadas, violencias o amenazas, hubieren impedido a uno o más ciudadanos ejercer sus derechos políticos"*.

La actual norma constitucional (Art. 61) enumera entre los derechos "de participación" de los ecuatorianos (que debemos considerar equivalentes a los derechos políticos), los de elegir y ser elegidos, participar en los asuntos de interés público, presentar proyectos de iniciativa popular normativa, ser consultados en los casos previstos, fiscalizar los actos de los órganos del poder público, revocar el mandato a los dignatarios de elección popular, desempeñar empleos y funciones públicas y conformar partidos y movimientos políticos. En rigor, cualquier acto por el cual se impida el ejercicio de alguno de estos derechos correspondería al tipo penal, si adicionalmente se utilizaren los medios señalados.

¿Fue ésta la intención del legislador? Puede sostenerse que no. De hecho, sólo a partir de la Constitución de 1967, se incluyen disposiciones expresas en las que se señalan cuáles son los derechos políticos de los ciudadanos. En las anteriores, constaba únicamente, dentro de la enumeración de derechos y garantías, la libertad de sufragio. Por ello podemos afirmar que ese era exclusivamente el derecho político al que se deba protección penal, así sea en los términos generales en que está concebida la norma. Por lo demás así lo entendió el comentarista del Código de 1906, Pérez Borja, que considera que el delito (que en ese Código se sancionaba en el Art. 115) consistía en impedir el ejercicio del sufragio, con lo cual este artículo guardaba armonía con los restantes del Capítulo.

El actual texto constitucional amplía la tipicidad de la figura penal, considerable y discutiblemente desde el punto de la precisión que debe tener la descripción de un delito. En la práctica, cabe preguntarse cómo podría impedirse el ejercicio de los distintos derechos de participación, o políticos, y si tales conductas, de producirse, deberían ser sancionadas penalmente. La rutina que en buena parte ha predominado en la expedición del Código aparece aquí de cuerpo entero.

El artículo establece también los medios que deben utilizarse para impedir el ejercicio de los derechos políticos: violencias, amenazas o asonadas. Sobre los dos primeros simplemente hay que señalar que el propio Código los define (Art. 596). En cuanto a las asonadas, habrá que entenderlas como las define el Diccionario: *"reunión tumultuaria y violenta para conseguir algún fin, por lo común político"*.

En todo caso la conducta se sanciona con uno a tres años de prisión y multa; agravándose considerablemente la pena, y sin especial justificación, a reclusión menor de seis a nueve años e interdicción de los derechos políticos por dos años, si ha habido un previo acuerdo para extender y ejecutar el atentado en toda la República o en varios cantones.

3.2.- Delitos electorales

Como se anticipó, los otros artículos del Capítulo sí tipifican delitos relativos al sufragio, que según Pérez

Borja, consisten en atentados contra la libertad, la sinceridad o la legalidad del sufragio. Se examinarán de inmediato tales normas.

3.2.1.- El Art. 168 tipifica la conducta de los miembros de las juntas electorales y de funcionarios encargados de verificar el escrutinio de una elección, que sustrajeren o falsificaren boletas o anularen total o parcialmente una elección contra leyes expresas. Se sanciona con prisión de tres a cinco años y privación (suspensión) de los derechos políticos por dos años, debe entenderse que adicionales. Igual que en el caso anterior, se prevé la circunstancia agravante de haberse cometido el delito, previo acuerdo, en toda la República o en varios cantones, sancionándose con la pena ya señalada.

3.2.2.- El Art. 170 prevé varias conductas: sustraer boletas a los electores mediante astucia o violencia; sustituir fraudulentamente boletas que tuvieren los electores; presentarse a votar con nombre supuesto, aunque no se llegare a sufragar, o votar en dos o más parroquias, lo que deberá entenderse que en una de ella sufragó con nombre supuesto. Todos estos actos que, en el lenguaje de Pérez Borja, atentarían contra la legalidad de las elecciones, se sancionan con seis meses a un año de prisión y con un año de interdicción de los derechos políticos.

3.2.3.- El Art. 171 sanciona con prisión de treinta a noventa días la perturbación de una elección popular alegando motivos religiosos, ya sea para recomendar o desprestigiar a candidatos. Otro artículo introducido luego de la transformación política de 1895 y que se inscribe en las pugnas político-religiosas surgidas entonces. Aunque pudiera entenderse que la perturbación de un acto electoral deba ser sancionada penalmente, es inaceptable que se sancione exclusivamente cuando se ha producido por tal motivación. Otro rezago legal que debe ser corregido.

3.2.4.- El Art. 172 sanciona a quien haya recibido "algo" a cambio de su voto o haya dado o prometido "algo" por el voto de otro. Se trata de una forma de corrupción (compra de votos), similar al cohecho, que se sanciona con prisión de seis meses a un año, e interdicción de los derechos políticos por igual tiempo. Lo singular de la norma es el empleo de la palabra "algo", para referirse a lo que se recibe, se da o se promete, palabra que permite considerar que el delito se comete, no solo cuando ese "algo" es dinero o bienes con valor económico, sino que podría extenderse a otro tipo de favores.

3.3.- Otras infracciones

En la Ley de Elecciones anteriormente vigente, constaba un capítulo que tipificaba numerosas infracciones electorales y establecías las sanciones correspondientes. Tales infracciones debían ser juzgadas por los propios organismos electorales, apartándose del principio de unidad jurisdiccional, y tenían un carácter penal.

La actual Ley Orgánica Electoral y de Partidos Políticos también tipifica infracciones de carácter electoral (Arts. 275 a 304), que deben ser juzgadas por el Tribunal Contencioso Electoral. La naturaleza de estas infracciones y de las sanciones previstas (principalmente multa y suspensión de derechos políticos), así como el procedimiento que debe aplicarse, nos llevan a concluir que no se trata de infracciones penales. Por todo lo cual, en esta materia sólo quedan vigentes las normas del Código Penal, que acabamos de señalar.

3.4.- ¿Delitos políticos?

Se ha señalado anteriormente que la calificación como delitos políticos, en sentido estricto, es aplicable a los delitos contra la seguridad interior del Estado, tipificados en el Capítulo III del Título I del Libro Segundo del Código, porque afectan en forma directa a la estructura jurídica del Estado y de sus instituciones.

Pero la pregunta surge motivada por la inclusión que hace la legislación italiana (Código Penal, Art. 8), entre los delitos políticos, de aquellos que ofenden un derecho político de los ciudadanos. Es indudable que tales atentados afectan a la estructura del Estado, pero se debe aclarar que la perturbación es indirecta, pues su finalidad primaria no consiste en alterar el orden constitucional o desconocer a los órganos del

Estado. La naturaleza misma de estas infracciones nos lleva a negarles la calificación de delitos políticos, ni en el orden objetivo ni en el subjetivo.

4.- Delitos contra la libertad de conciencia y de pensamiento

En el Código de 1906, el Capítulo II de este Título se denominaba "Delitos contra las creencias religiosas de los habitantes de la República" y en sus cinco artículos tipificaba conductas que en definitiva se encuadraban en tal denominación. El Código vigente mantiene los cinco artículos y agrega dos que le permiten justificar la variante introducida en la denominación.

4.1.- Bien jurídico

Dentro de la denominación general del Título, este Capítulo sanciona los atentados contra las libertades de conciencia y pensamiento, garantizadas en el Art. 66 de la Constitución numerales ocho (*"El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto a los derechos.- El Estado protegerá la práctica religiosa voluntaria, así como la expresión de quienes no profesan religión alguna, y favorecerá un ambiente de pluralidad y tolerancia."*) y seis (*"El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones")*, respectivamente.

Los dos derechos tutelados en este Capítulo son, sin duda, derechos esenciales de la persona, garantizados, no solo por nuestra norma constitucional, sino también por los convenios internacionales (así, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, en los Arts. 12 y 13). Por esta razón, en general los códigos contienen preceptos sancionando diversas conductas que atentan contra tales derechos.

4.2.- Delitos contra la libertad religiosa

Los delitos, que los Arts. 173 a 176 tipifican, atentan contra la libertad de conciencia, quizás más exactamente contra la libertad religiosa, que en el texto constitucional se entienden como sinónimos. No son, por tanto, delitos contra la religión, propios de los códigos penales de estados confesionales, en los cuales hay una religión oficial. Así se puede comprobar, por ejemplo, en el Código de 1872 que preveía conductas tales como intentar abolir la religión católica o inculcar la inobservancia de los preceptos religiosos. Estas fórmulas no son admisibles en un Estado no confesional, en que se garantiza el derecho de los ciudadanos a profesar cualquier credo religioso, a practicarlo, a cambiar de fe religiosa o a no tener ninguna.

La propia Constitución, en la disposición ya señalada, (Art. 66, numeral ocho), garantiza el derecho de las personas a profesar una religión en público o en privado, a difundirlas individual o colectivamente, o a no profesar ninguna.

Con este alcance el capítulo contempla las siguientes conductas:

- Impedir a una o más personas, empleando violencias o amenazas, el ejercicio de cualquier culto permitido o tolerado en la República. Se sanciona con prisión de seis meses a dos años (Art. 173).

- Provocar asonadas o tumultos, ya sea de palabra o por escrito, contra los partidarios de otro culto. El sujeto activo de este delito puede ser un particular o un ministro de un culto. Del texto se desprende que el delito existe con la sola provocación, aunque no se hayan producido las asonadas o tumultos y, menos, que hayan causado daños personales o materiales. Si se hubieren producido tales daños, habría un concurso de delitos. Se sanciona con prisión de uno a seis meses (Art. 174). La pena se agravará si el infractor ejerciere autoridad eclesiástica, política, civil o militar (Art. 175).

- Impedir, retardar o interrumpir el ejercicio de un culto o las ceremonias públicas de él, no prohibidas

expresamente por la ley, por medio de desorden o tumulto, pero sin violencias ni amenazas. No es suficiente por tanto que se haya producido el desorden o el tumulto, que se sancionan en el artículo anterior, sino que hace falta que efectivamente se haya impedido, retardado o interrumpido el acto religioso. Se sanciona con prisión de tres meses a un año (Art. 176).

No existe ley alguna que expresamente prohíba la celebración pública de una ceremonia religiosa, a la que reenvía la norma penal; aunque sí estarían implícitamente prohibidas las que consistan en actos que atenten contra derechos irrenunciables de las personas, en cuyo caso sí deberían ser impedidas de realizar. Por cierto que pueden presentarse situaciones polémicas en cuanto a la disponibilidad o no de ciertos derechos por motivos religiosos, que tendrían que resolverse a la luz de la norma constitucional anteriormente citada.

4.3.- Ofensas a un cadáver

En general los códigos que contemplan delitos contra la libertad religiosa incluyen en el mismo capítulo el delito de ofensas o faltas de respeto a un cadáver (Códigos de España, Italia, Colombia, Uruguay, entre otros). Esta inclusión permite colegir que tales actos deben originarse en sentimientos antirreligiosos de sus autores y no en otras motivaciones, que podrían dar lugar a delitos diferentes.

En el Código ecuatoriano, como el Capítulo no solo protege la libertad de conciencia sino también la libertad de pensamiento, podría concluirse que las ofensas al cadáver pueden estar motivadas no solo en sentimientos antirreligiosos sino además en razones ideológicas o políticas; en definitiva, en manifestaciones contra el pensamiento de la persona fallecida, cuyo cadáver es objeto del atentado.

La doctrina penal es unánime en considerar que una vez fallecida una persona ha dejado de ser titular de derechos y, por tanto, potencial sujeto pasivo de una infracción penal o, si se quiere, ya no puede ser el ofendido, en el lenguaje del Código de Procedimiento Penal, condición que le habilita para comparecer en el proceso como acusador particular. Podría decirse que en este caso los herederos del fallecido estarían legitimados para hacerlo, como sucesores en el derecho; pero parece más adecuado considerar que se trata de un delito que afecta en general a la comunidad en sus sentimientos de respeto a los difuntos, más allá de cualquier posición religiosa, ideológica o política.

Por otra parte debe tomarse en cuenta que el Código, en el Título V, delitos contra la seguridad pública, prevé los destrucción de tumbas y violación de sepulcros (Art. 401).

El Art. 177, en sus tres párrafos, establece tres modalidades de este delito:

- Ofender el cadáver de una persona con acciones, palabras, emblemas o escritos, conducta que se sanciona con prisión de dos meses a un año y multa;

- Negar sepultura a un cadáver en un cementerio público, alegando motivos religiosos, que se sanciona con prisión de uno a tres meses y multa. El sujeto activo de esta infracción debe ser una autoridad civil o eclesiástica;

- Colocar sobre la tumba de una persona emblemas o escritos injuriosos, que se sanciona con prisión de treinta a noventa días y multa. Para establecer el contenido injurioso del emblema o del escrito, hay que tomar en cuenta los conceptos que el propio Código tiene en este punto (Arts. 489 y siguientes).

4.4.- Delitos contra la libertad de pensamiento

Ya se señaló que, con la inclusión de los Arts. 178 y 179, se ha querido justificar la referencia, en la denominación de este Capítulo, a la libertad de pensamiento.

- El primero de tales artículos sanciona con prisión de uno a cinco años e interdicción de los derechos políticos por igual tiempo, a la autoridad que, por medios arbitrarios o violentos, coartare la facultad de expresar libremente el pensamiento.

- El segundo sanciona con prisión de dos meses a dos años a quien, autoridad o no, impidiere o estorbare la libre circulación de un libro, periódico o impreso que no sea anónimo.

Al comparar los dos artículos, se advierte que el ámbito de protección penal es mucho más amplio en el primero que en el segundo, pues se ajusta más exactamente a la norma constitucional, que garantiza la expresión del pensamiento "en todas sus formas" y a través de "cualquier medio de comunicación". Pero el acto punible, coartar esta facultad, solo sería tal si el medio empleado por la autoridad es arbitrario (contrario a derecho) o violento (utilizando la fuerza).

En cambio, el Art. 179, si bien extiende la condición de sujeto activo a cualquier persona, limita indebidamente la conducta infractora a quienes impidan o estorben la libre circulación de impresos; es decir no se extiende a actos que estén dirigidos contra otros medios de comunicación, como señala la norma constitucional. Por supuesto que, tratándose de tales medios, el Código se ha quedado en el siglo XIX.

Las acciones de impedir o estorbar podrían provenir de actos de autoridad, como también de actos de fuerza que consistan en destruir ejemplares o apropiarse de ellos, lo cual podría significar concurso con delitos de hurto o robo.

5.- Delitos contra la libertad individual

El Capítulo III agrupa los delitos que atenten contra la libertad individual o ambulatoria, bien jurídico garantizado en la Constitución, tanto, con un carácter general, en el Art. 66, numeral veintinueve *("Los derechos de libertad también incluyen:- a) El reconocimiento de que todas las personas nacen libres.- b) La prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas. El Estado adoptará medidas de prevención y erradicación de la trata de personas, y de protección y reinserción social de las víctimas de la trata y de otras formas de violación de la libertad.- c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.- d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley")*; como en el Art. 77, entre las garantías del debido proceso *("La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva")*.

Precisamente, las formas delictivas que el Código prevé se relacionan con esta doble garantía.

5.1.- Detenciones irregulares

Del Art. 180 al Art. 187, el Código prevé varios atentados contra la libertad individual, personal o ambulatoria, cuyo punto de partida es la utilización indebida de una institución procesal. Examinaremos a continuación los diferentes casos.

5.1.1.- Arresto o detención ilegal y arbitraria

El Art. 180 describe como el acto típico del delito el "arrestar o hacer arrestar, detener o hacer detener ilegal y arbitrariamente" a una o más personas.

La sanción es prisión de seis meses a dos años y multa.

Según el Código de Procedimiento Penal (Art. 160), las medidas cautelares de carácter personal, que implican privación de la libertad individual, son la detención (para fines investigativos) y la prisión preventiva (durante la instrucción fiscal y el juicio). La detención en firme, a partir del auto de

llamamiento a juicio, que fue agregada por las reformas del 2003, fue declarada inconstitucional.

Aunque las palabras que emplea el Código Penal no tengan una total equivalencia con las del Código procesal (la palabra arresto se utiliza preferentemente en las normas militares, pero el derogado Código de Procedimiento Penal Militar lo equiparaba con prisión preventiva), coincidimos con la opinión de Pérez Borja, que deben entenderse como cualquier forma de menoscabo de la libertad individual impuesta por un funcionario o empleado público, que ese es, además, el sentido que el Diccionario asigna a la palabra "detención". Es decir, agregamos nosotros, que la privación de la libertad se podría producir utilizando indebidamente uno de los mecanismos previstos en la legislación procesal, o prescindiendo de tales fórmulas.

Cabe preguntar si también en el caso de arresto domiciliario, que establece el Código de Procedimiento Penal (Arts. 160 y 171), como medida alternativa de la prisión preventiva, se podría configurar la conducta prevista en el Art. 180. Se trata de todos modos de una forma, menos dura si se quiere, de privación de la libertad individual, que es el bien jurídico penalmente protegido. Por ello también podría dar lugar a este delito.

5.1.2.- El sujeto activo

De lo señalado en el punto anterior, se establece ya que el elemento que le confiere al delito su característica peculiar es la calidad que debe tener el sujeto activo, pues se trata de una conducta que consiste básicamente en un abuso de autoridad, cometido por quien desempeña una función pública. Por eso el Código dice expresamente que el sujeto activo debe ser empleado público, depositario y (debería decir "o") agente de la autoridad o de la fuerza pública. En este último caso, habría que distinguir si se trata de personal policial, al que más bien le serían aplicables las normas del Título XI de este Código; en tanto que para el personal militar, por no haber norma específica en el Código militar, sería aplicable el artículo que estamos comentando.

Por otra parte el Art. 180 utiliza una fórmula especial al establecer la conducta del sujeto activo: realizarla él personalmente o hacerla realizar por otro. En este segundo caso, quedaría por clarificar cuál es la situación de este "otro" que, seguramente, recibió de un superior la orden y la ejecutó. El principio general aplicable para los casos de obediencia jerárquica prevé dos alternativas: si la orden recibida era aparentemente legal, en cuyo caso el que la obedeció no tendría responsabilidad alguna; o manifiestamente ilegal, en cuyo caso sí compartiría la responsabilidad con el superior que dio la orden.

5.1.3.- Ilegalidad y arbitrariedad

Como la ley prevé casos en que sí procede la privación de la libertad de una persona, el delito solo será tal si la detención o el arresto son ilegales; pero además, agrega el Art. 180, deben ser arbitrarios. Estos dos términos deben ser clarificados.

La propia Constitución y el Código de Procedimiento Penal establecen los requisitos para que sea legal la privación de la libertad de cualquier persona. Debe entenderse, por tanto, que, tácitamente, el Código se remite a estos cuerpos legales para complementar el alcance de la norma penal. Estamos entonces frente a una ley calificada por la doctrina como ley penal en blanco.

La ilegalidad, en principio, podría producirse por tres vías: 1) que quien ordena la detención o el arresto no tenga facultad para hacerlo; 2) que quien ordena tales medidas, sí tenga tal facultad, pero que lo haga sin someterse a los requisitos de forma que deben cumplirse; o 3) que lo haga sin cumplir los requisitos de fondo.

En cuanto a lo primero el Art. 77, numeral primero, de la Constitución establece que la privación de la libertad procede por "orden escrita de jueza o juez competente" con sujeción a la ley. Por tanto, si la orden proviene de cualquier otra autoridad o funcionario, sería claramente ilegal. La misma norma constitucional señala que, por excepción, no será necesaria esta orden si el delito fuere flagrante, aunque en este caso la detención "sin fórmula de juicio" no podrá exceder de veinticuatro horas.

Como es lógico, el Código de Procedimiento Penal regula por extenso los requisitos de forma y de fondo que deben cumplirse para que un juez pueda ordenar la privación de la libertad de una persona.

El Art. 164 señala los requisitos que deben cumplirse para que el juez pueda ordenar la detención de una persona con el objeto de investigar un delito de acción pública: *"El juez competente podrá ordenar la detención de una persona contra la cual haya presunciones de responsabilidad.- Esta detención se ordenará mediante boleta que contendrá los siguientes requisitos: 1. Los motivos de la detención; 2. El lugar y la fecha en que se la expide; y, 3. La firma del juez competente"*. El Art. 165 establece el límite de duración de esta medida (veinticuatro horas).

El Art. 167 determina los requisitos de fondo que deben observarse para ordenar una prisión preventiva, la más importante de las medidas cautelares: *"Cuando la jueza o juez de garantías penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos: 1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; 2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito; 3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año; 4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio; 5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio"*.

El Art. 168 establece en cambio los requisitos de forma: *"El auto de prisión preventiva sólo puede ser dictado por el juez competente, a petición del fiscal y debe contener:- 1. Los datos personales del imputado o, si se ignoran, los que sirvan para identificarlo; 2. Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le imputan y su calificación delictiva; 3. La fundamentación clara y precisa de cada uno de los presupuestos previstos en el artículo anterior; y, 4. La cita de las disposiciones legales aplicables"*.

En las reformas de marzo de 2009 (en uno de los artículos innumerados), se estipuló que también la petición de fiscal debe ser motivada y en ella se deberá demostrar la necesidad de la prisión preventiva.

El Art. 169 establece el plazo de caducidad de la prisión preventiva que, en conformidad con la Constitución, es de seis meses tratándose de delitos sancionados con prisión y de un año, en caso de delitos sancionados con reclusión. De tal manera que si la privación de la libertad fuere superior a estos plazos, también se volvería ilegal.

En cuanto al delito flagrante, el Código (Art. 161) desarrolla la excepción prevista en la Constitución y adicionalmente determina (Art. 162) lo que debe entenderse por delito flagrante y determina que la calificación de la flagrancia debe hacerse en una audiencia.

Como se deduce, de esta amplia normativa, prevista precisamente para garantizar el derecho a la libertad de las personas, la ilegalidad de la privación de la libertad puede producirse por el incumplimiento de cualquiera de los requisitos señalados.

Pero el Código Penal exige, además, que la detención o el arresto deben ser no solo ilegales sino también arbitrarios. La conjunción de las dos palabras lleva a determinar que aunque la conducta fuera ilegal podría no ser arbitraria, en cuyo caso no se habría cumplido la tipicidad prevista por el Código. Es pues fundamental el sentido que se debe dar a tal palabra.

Para Pérez Borja, siguiendo al comentarista del código belga Nypels, el acto será arbitrario cuando quien lo ha realizado u ordenado tenía la intención de abusar del poder que ejerce; de tal manera que, aunque haya actuado ilegalmente, si lo ha hecho inducido por un error de buena fe, no habría cometido el delito. En definitiva la palabra serviría para establecer que se trata de un delito claramente doloso.

5.1.4.- Agravación por la duración

Si la detención ilegal y arbitraria hubiere durado más de diez días, la pena será de prisión de seis meses a tres años y multa (Art. 184); y si hubiere durado más de un mes, será de prisión de uno a cuatro años y multa (Art. 185).

5.1.5.- Agravación por torturas

El Art. 187, agrava la pena a reclusión menor de tres a seis años, si la persona arrestada o detenida

hubiere sufrido tormentos corporales, palabras que pueden equipararse con tortura; pero si los tormentos hubieren causado una lesión permanente, la pena será de reclusión menor de seis a nueve años; y si le hubiere causado la muerte, de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

5.1.6.- Confinamiento

El Art. 181 sanciona con prisión de seis meses a dos años a la autoridad que ordenare el confinamiento de una persona contraviniendo los preceptos constitucionales.

Según el Diccionario el confinamiento es una pena por la que se obliga a un condenado a vivir en un lugar distinto al de su domicilio, en el cual goza de libertad de movimiento, pero sin poder salir del mismo. Es una pena, si no totalmente privativa, sí restrictiva de la libertad individual. Aunque nuestro sistema penal no la contempla, la Constitución establece que, declarado el estado de emergencia por el Presidente de la República, podrá suspender o limitar el ejercicio de ciertos derechos (Arts. 164 y 165), entre ellos la libertad de tránsito (Art. 66 numeral catorce). Con este antecedente, podría entenderse que estaría en posibilidad de disponer el confinamiento de una persona, como lo establecía el texto constitucional anterior (Art. 181), aunque en ningún caso podía hacerlo fuera de las capitales de provincia o en región distinta de aquella en la que viva.

Siendo las que anteceden las normas constitucionales, habría delito si se dispone el confinamiento por autoridad que no sea el Presidente de la República; y aun éste, si no se hubiere declarado el estado de emergencia con suspensión del derecho a transitar libremente. E inclusive en este caso, consideramos que habría delito si el confinamiento se produjere en lugar diferente a una capital de provincia o en región distinta de aquella en la que viva la persona confinada.

5.1.7.- Retención o prolongación

El Art.182 sanciona con prisión de seis meses a dos años al funcionario que retuviere a un preso o detenido cuya libertad haya debido dictar (un juez) o ejecutar (el funcionario del establecimiento carcelario). También al que prolongare indebidamente la detención de una persona sin ponerla a disposición del juez competente, situación que con la legislación vigente solo podría darse tratándose de un delito flagrante.

5.1.8.- Sin orden de autoridad o con orden falsa

Los Arts. 183 y 186 tipifican, el primero, el arresto o detención de una persona sin orden de autoridad; y el segundo, el arresto con orden falsa de la autoridad o con el traje o bajo el nombre de sus agentes, o si la persona detenida o arrestada ha sido amenazada de muerte. Estos delitos se sancionan, respectivamente, con prisión de dos meses a dos años y multa, y con reclusión menor de tres a seis años.

Los dos artículos plantean una cuestión inicial: la calidad del sujeto activo. En los Códigos de 1872 y de 1906, con un texto idéntico, estaban ubicados en un capítulo en el que se recogían atentados contra la libertad individual cometidos por "particulares". Estimamos que ésta continúa siendo la interpretación más lógica de estas normas.

Se trata en definitiva de privaciones de la libertad, similares al plagio, pero realizadas con procedimientos a los que de alguna manera se los quería hacer aparecer como legales, es decir sin recurrir necesariamente a violencias o amenazas. Hay que observar, sin embargo, que en la tipificación del plagio del Art. 188, se incluye también la utilización de medios engañosos, como podrían ser los previstos en los artículos que estamos comentando.

Algunas observaciones adicionales sobre estos artículos:

- El Art. 183 establece una excepción en cuanto a la falta de orden de autoridad constituida (que, ya se ha visto, solo puede ser un juez) y fuera de los casos en que la ley o los reglamentos lo permitieren u ordenaren. El único caso, en que la propia Constitución y la ley (Código de Procedimiento Penal, Art. 161) permiten la privación de libertad sin orden de juez, se produce cuando una persona ha sido sorprendida en delito flagrante, situación en la cual la aprehensión puede ser practicada por cualquier

persona. De ninguna manera un reglamento podría establecer otra excepción.

- El mismo artículo incluye una frase ("siempre que este arresto o detención no constituya un delito más severamente reprimido") que le califican como una norma subsidiaria, por lo que el juez, de darse el caso, deberá examinar primero si la conducta no se encasilla en otro delito más grave, y el único que podría ser es el plagio (Ver sentencia de la Corte Suprema, Registro Oficial 232, 13 de julio de 1999).

- El Art. 186 establece como una de las modalidades de la conducta el empleo de una "orden falsa" de la autoridad pública, con lo cual podría producirse un concurso de delitos de la detención con la falsedad de un documento público.

- No queda claro si la amenaza de muerte que prevé el mismo Art. 186 es una de las modalidades de la ejecución del delito, que en tal caso estaría más próximo todavía al plagio, o un elemento adicional de dudosa ubicación.

5.2.- Plagio

El plagio, que doctrinariamente tiene también la denominación de secuestro, es, indudablemente, el delito más característico contra la libertad individual. No el único, como este mismo capítulo del Código lo prevé; pero hay que tomar en cuenta que este derecho puede ser afectado también por una de las modalidades de terrorismo (artículo innumerado agregado en 1974), o por el delito de rapto, previsto entre los delitos sexuales (Art. 529).

El tratamiento del plagio en el Código ocupa los Arts. 188, 189, 190 y un artículo innumerado agregado a continuación del 190.

5.2.1.- La conducta típica

El Art. 188 establece que el delito consiste en "apoderarse de otra persona", lo cual significa en esencia privarle de la libertad individual o ambulatoria. El verbo se equipara con otros términos usados en diferentes legislaciones: arrebatar, encerrar, sustraer.

Ahora bien, la privación de la libertad puede ser absoluta: el plagiado está encerrado en una habitación, en una celda, en un desván, y hasta en un agujero, o ha sido reducido mediante cuerdas o cadenas a una casi total inmovilidad; pero podría tener también cierta capacidad de movimiento dentro de una vivienda y hasta al aire libre, en un lugar custodiado por los plagiadores.

Como en nuestro Código no existe una norma que sancione específicamente las prácticas esclavistas, también sería una modalidad de este delito el que la persona haya sido "arrebatada", para ser sometida a una situación de esclavitud, en la que sufre la privación de su libertad personal de una manera que pretende ser más o menos definitiva.

En la mayor parte de los casos, la ejecución del delito exigirá que la víctima sea trasladada de un lugar a otro: se lo intercepta en la calle, se lo saca de su domicilio, etc. y se lo lleva al sitio donde se lo mantendrá; pero en otros casos pudiera retenérsela en el mismo lugar donde se la plagió, como ocurre cuando una o más personas son tomadas como rehenes. Inclusive cabe, en conformidad con la modalidad recientemente incorporada del "secuestro express", que la persona sea retenida dentro de un vehículo que manejaba o en el que viajaba.

5.2.2.- El sujeto activo

A diferencia de la detención o arresto ilegales y arbitrarios, que exige que el sujeto activo sea una persona que ejerce autoridad pública y que actúa como tal, el sujeto activo del plagio puede ser cualquier persona. Inclusive el funcionario público que actúa fuera del ejercicio de la función pública.

5.2.3.- El sujeto pasivo

En cuanto al sujeto pasivo, tampoco la ley establece ninguna limitación; por tanto puede serlo cualquier persona, aun un niño de corta edad o una persona que, por discapacidad o enfermedad, esté en forma temporal o permanente en imposibilidad física de movilizarse por sí misma.

5.2.4.- Tiempo y lugar del delito

El plagio es un delito permanente, que se consuma en el momento mismo del apoderamiento, pero la consumación se prolonga mientras dure la privación de la libertad (Ver sentencia de la Corte Suprema, expediente 318-99). La duración puede ser muy breve (el plagiado escapa o es puesto en libertad a los pocos minutos) o puede extenderse por largo tiempo (semanas, meses o años), durante el cual el plagiado puede ser trasladado de un lugar a otro.

Estas características del delito, plantean, como en todos los delitos permanentes, la necesidad de determinar el tiempo y el lugar del delito para efectos de la aplicación temporal y espacial de la ley penal.

En cuanto a lo primero, si durante el plagio se reformó la ley, se aplicará la que sea más benigna, en conformidad con los principios generales. Y en cuanto al plazo de prescripción, se lo empezará a contar cuando haya terminado la privación de la libertad.

No hay una norma procesal que esclarezca cuál sería el juez competente, si la privación de la libertad se produjo en un lugar, pero luego el plagiado fue trasladado a uno o varios lugares. Creemos que sería competente el juez que haya prevenido en el conocimiento de la causa, aplicando por analogía la disposición del numeral quinto del Art. 21 del Código de Procedimiento Penal.

5.2.5.- Los medios

Las legislaciones no suelen enumerar los medios a los que puede acudir el plagiario para consumar la privación de la libertad; es decir cualquiera es suficiente para que exista delito. En cambio, el Art. 188 de nuestro Código sí lo hace: *"violencias, amenazas, seducción o engaño"*, palabras que la legislación penal emplea con frecuencia en relación a varios delitos.

Los conceptos de violencia y amenazas se encuentran definidos en el Art. 596: *"Por violencia se entiende los actos de apremio físico ejercidos sobre las personas.- Por amenazas se entienden los actos de apremio moral que infunden el temor de un mal inminente"*. Se trata, por tanto, de actos destinados a superar la resistencia que eventualmente podrían realizar las potenciales víctimas del delito y que son, sin duda, los medios utilizados con más frecuencia para su consumación.

Pero la ley también utiliza las palabras seducción y engaño, que implican procedimientos de muy distinta naturaleza, pues con ellos se consigue que la persona plagiada no oponga resistencia al hecho de ser conducida por el sujeto activo hasta el lugar en que se lo mantendrá privado de la libertad. Este mecanismo se utiliza, por ejemplo, con niños de los cuales se apodera el plagiario con un falso mensaje.

5.2.6.- Los objetivos del delito

Tampoco es frecuente encontrar en las legislaciones penales, como sí en la nuestra, que se especifique cuál ha sido el propósito que persigue el plagiador. Dice el Art. 188, en una larga enumeración de posibilidades, que el apoderamiento de una persona se produce *"para venderla o ponerla contra su voluntad al servicio de otra, o para obtener cualquier utilidad, o para obligarla a pagar rescate o entregar una cosa mueble, o extender, entregar o firmar un documento que surta o pueda surtir efectos jurídicos, o para obligarla a que haga u omita hacer algo, o para obligar a un tercero a que ejecute uno de los actos indicados tendiente a la liberación del plagiado"*.

Aunque en la mayoría de los casos, lo que pretende el plagiario es el pago de un rescate, pago que por cierto lo hace un tercero, no son descartables las otras motivaciones, con cualquiera de las cuales el delito se tipifica. Por cierto que resulta discutible que, de no haberse probado la existencia de ninguno de los objetivos previstos en la ley, no habría delito. Estos son los graves riesgos de las enumeraciones casuísticas.

No se tipificará este delito si no otro, en los casos de privación de la libertad previstos en el artículo innumerado que consta a continuación del Art. 160, y en el 529. En el primer caso porque el secuestro terrorista persigue finalidades fundamentalmente políticas, que se enuncian en el mismo texto; y en el segundo caso, porque expresamente se señala que los fines deben ser "deshonestos".

Finalmente cabe señalar que no hace falta para la consumación del delito se agote, es decir que el objetivo se haya cumplido; por ejemplo, que es decir que se haya pagado el rescate, que se haya entregado la cosa exigida o se haya firmado un documento. Basta la privación de la libertad con uno de los propósitos establecidos en la ley para la consumación del delito. Si, luego, el plagiario obtiene lo que buscaba se estará frente a un delito agotado. Así lo ha reiterado la Corte Suprema (Gaceta Judicial, Serie XIV, No. 3) corrigiendo una sentencia del inferior, que calificaba el hecho de tentativa porque no se había llegado a pagar el rescate exigido por los plagiarios.

5.2.7.- Delito doloso

El empleo de violencia, amenazas, seducción o engaño, y los objetivos que persigue el plagiario no dejan lugar a duda sobre el carácter doloso de este delito.

Por tanto se excluye el caso de conductas negligentes o imprudentes que en determinado momento podrían atentar contra la libertad ambulatoria; dejar encerrada a una persona, por ejemplo, como medida precautoria o por error. Menos todavía, el decidir el encierro de una persona que sufre una perturbación mental, en una institución sanitaria; habría entonces una causa de justificación. Por cierto que si, en este último caso, se tratare de una medida injustificada, obtenida engañosamente, para obligar a la persona a hacer algo o para impedir que lo haga, reaparecería la figura penal.

5.2.8.- Las penas

El plagio es posiblemente el delito en el que el Código apela con mayor profusión a una variedad de penas, según las circunstancias del caso, conforme se especifican en los siete numerales del Art. 189.

Para determinar la menor o mayor gravedad de la pena, se combinan algunos aspectos: si la víctima ha sido puesta en libertad espontáneamente por el plagiario, antes o después de haberse iniciado el procedimiento judicial; si se han cumplido las condiciones impuestas por el plagiario; si el plagiario ha sido o no detenido o preso; si la víctima ha sufrido o no malos tratos; o, los casos más graves, si no ha recuperado la libertad hasta la fecha de la sentencia, o si aparece violada o muerta o fallece a consecuencia del plagio.

Las penas oscilan entre un mínimo de seis meses a dos años de prisión y un máximo de dieciséis a veinticinco años de reclusión mayor especial cuando hay resultado de muerte; pero el Art. 190 establece que en el caso de que la víctima no haya recuperado la libertad hasta la fecha de la sentencia, la pena ya dictada se reducirá a la mitad si el plagiario le restituye a la libertad.

Antes de las reformas de septiembre del 2001, el primer párrafo del Art. 189 establecía como pena básica del plagio la reclusión menor de nueve a doce años, y señalaba alternativamente las penas previstas en los diferentes numerales, si se daban las circunstancias que se establecían en cada uno de ellos. La eliminación de esta pena en el primer párrafo obedeció al discutible criterio del legislador de que tal señalamiento era innecesario.

5.2.9.- La muerte de la víctima

Sin duda la situación más grave que puede darse en el delito de plagio es la muerte de la víctima. El Código establece para este caso la pena única de veinticinco años de reclusión mayor especial; pero no distingue las posibles variantes que podrían darse: que la muerte sea causada con dolo directo o dolo eventual, o como consecuencia de lesiones que le hayan sido propinadas, o por situaciones que podrían considerarse culposas y hasta producidas por un caso fortuito.

En definitiva, cualquiera que sea la forma en que la muerte se haya producido se aplicaría la regla del Art.

189. Salvo, al parecer, que la muerte se haya causado intencionalmente y sea aplicable la figura de asesinato prevista en el Art. 450 numeral noveno (homicidio en conexión con otro delito).

Estamos en este caso en una de las situaciones de delitos calificados por el resultado, en que se prescinde del análisis subjetivo de la culpabilidad y se responde de la muerte bajo el principio del "versare in re illícita".

5.2.10.- Otras agravantes

Un artículo innumerado agregado por las reformas del 2001 establece circunstancias agravantes del delito que deberán ser consideradas, además de las de carácter general que constan en el Art. 30, y cuyo efecto, como el de estas últimas, es impedir que sean tomadas en cuenta las eventuales circunstancias atenuantes.

Las circunstancias agravantes son: que la privación de la libertad haya durado más de quince días, y que se haya cometido la infracción utilizando una orden falsa de detención o simulando tenerla o con abuso de autoridad, si se trata de personas de la fuerza pública o de jueces. Claro que para distinguir este caso de la detención ilegal, habría que tomar en cuenta si la privación de la libertad tenía por objetivo el cumplimiento de una condición impuesta.

5.3.- Secuestro “express”

Una nueva reforma legal, aprobada en noviembre del 2005, introdujo, en dos numerales del Art. 189, un tipo delictivo, de frecuente comisión en los últimos años, singularmente denominado en la ley como secuestro "express". Más lógico habría sido que el legislador agregue un nuevo artículo, porque si bien se trata de una conducta que afecta a la libertad individual, tiene características especiales que le aproximan a los delitos contra la propiedad. Y de hecho, en esta misma reforma, se modificó también el título que tipifica estos delitos.

Estas características son las siguientes:

- retención (privación de la libertad) del conductor de un vehículo, de sus ocupantes o de todos ellos, así sea momentáneamente;

- utilizando amenazas, violencia, seducción, engaño u otros medios ilegítimos;

- con el propósito de apoderarse del vehículo conducido u ocupado por las víctimas. Objetivo específico que lo distingue del plagio tipificado en e l Art. 189.

La ley distingue dos casos. En el primero, la privación de la libertad tiene el objetivo de asegurar la comisión del delito. En el segundo, la privación de la libertad continúa luego de que el vehículo haya sido puesto en marcha, con el fin de que cometer o intentar cometer otros delitos en compañía de los retenidos, aunque sin su participación.

En ambos casos, la pena es de reclusión menor, de tres a seis años en el primero, y de seis a nueve en el segundo.

6.- Trata de personas

Otra reforma legal (Ley 2005-2, Registro Oficial 45, de 23 de junio del 2005), cuyo objetivo fundamental era incorporar al Código disposiciones destinadas a proteger a los menores de edad en casos de explotación sexual, introdujo adicionalmente dos capítulos al Título II del Libro II.

El primero de los nuevos capítulos, que se ubica a continuación del tercero, se denomina "Del delito relativo a la trata de personas", con cuatro artículos innumerados que, como se señalará más adelante, pretenderían tipificar más bien dos delitos.

Conforme se señala en los considerandos de la Ley, con las reformas se pretende garantizar la vigencia de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas. Podría afirmarse, por tanto, que el bien jurídico protegido en este caso es tanto la libertad individual como el derecho de las personas a desarrollar libremente su personalidad (Constitución, Art. 66, numeral quinto).

También debe tomarse en cuenta, entre los antecedentes de esta reforma legal, la aprobación que realizó el Ecuador, el año 2005, del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, conocido como Protocolo de Palermo, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada internacional. Inclusive la tipificación prevista en la ley coincide con los conceptos básicos del Protocolo.

6.1.- La figura básica

El primer artículo innumerado determina los elementos que configuran la tipicidad básica:

- los verbos que utiliza la ley: promover, inducir, participar, facilitar o favorecer, establecen las posibles modalidades que puede adoptar la conducta delictiva;

- la conducta debe dirigirse a la captación, traslado, acogida, recepción o entrega de personas, con lo que se complementa el repertorio de modalidades del delito;

- estos actos deben tener como finalidad la explotación ilícita de tales personas. El segundo inciso del artículo determina que la explotación puede consistir en trabajos o servicios forzados, esclavitud laboral, venta o utilización de personas para mendicidad, conflictos armados o fines delictuosos. Si la explotación fuere de carácter sexual, se deberá aplicar otra norma legal, también introducida por el legislador en esta reforma, pero dentro del Título VIII, referido a los delitos sexuales;

- los medios empleados para la realización de la conducta deben ser amenaza, violencia, engaño o cualquier otra forma fraudulenta. Pero en la parte inicial del artículo se señala que habrá delito "aunque medie el consentimiento de la víctima", frase que implica, en definitiva, que el medio empleado no tiene importancia, pues basta para la existencia del delito la realización de los actos previstos en este mismo artículo. De todos modos, estas referencias recalcan el carácter doloso del delito.

6.2.- Las penas y las agravantes

La pena del delito, que se establece en el segundo artículo innumerado, es de reclusión menor de seis a nueve años; pero el tercer artículo innumerado prevé varias circunstancias de agravación, con lo cual la pena puede llegar hasta reclusión mayor de doce a dieciséis años:

- la edad de la víctima. Una primera agravación, si es menor de dieciocho años, y una segunda, si es menor de catorce;

- las lesiones corporales graves o permanentes o el daño psicológico irreversible, sufridos por la víctima a consecuencia del delito;

- la relación entre el sujeto activo y la víctima: cónyuge, conviviente, ascendiente o descendiente, pariente hasta el cuarto grado de consaguinidad y segundo de afinidad;

- el aprovechamiento de la vulnerabilidad o la incapacidad de resistir de la víctima.

6.3.- Venta de personas

El "otro delito", agregado en el cuarto artículo innumerado de la reforma mencionada, consiste en la venta, la compra o cualquier otra transacción mediante la cual una persona es entregada con fines de explotación. La duda surge por cuanto podría decirse que esta forma está prevista en la figura básica ya señalada, en la cual ya se habla de venta, de entrega y de explotación, que son los elementos que aquí

aparecen.

El delito se sanciona con reclusión menor de seis a nueve años; pero también en este caso, la edad de la víctima agrava la sanción, de la misma manera que en el primer delito.

En el mismo artículo encontramos la siguiente frase: "Constituye tentativa la oferta en venta". Si la tentativa es una fase del íter críminis, que se produce cuando el proceso de ejecución de cualquier delito queda interrumpido, ¿hacía falta esta obvia mención especial?

7.- Trasplante ilegal y tráfico de órganos

Las reformas de junio de 2005 (que incorporaron el capítulo relativo a la trata de personas) agregaron otro capítulo a este Título tipificando la extracción y tráfico ilegal de órganos; pero al expedirse en marzo de 2011 la nueva Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, se sustituyó el artículo innumerado que constaba en ese título y se agregó un segundo artículo innumerado.

7.1.- Los tipos penales

Las reformas introducidas le confieren al capítulo una estructura particular. En el nuevo artículo encontramos tres partes; en la primera hay una remisión a nueve artículos de la Ley Orgánica de Donación y Trasplante, por lo cual podría calificarse como una ley penal en blanco; pero también se incluyen dos conductas más diferenciadas. En el segundo artículo se prevé otra infracción.

Se examinarán una por una todas estas situaciones.

7.1.1.- Las leyes en blanco

Como se ha señalado en la parte general, la ley penal en blanco es aquella que establece la sanción, pero que se remite a otra norma para la fijación parcial o total de la conducta. Este es un procedimiento legislativo, que se ha tornado frecuente, pero que puede provocar problemas frente al principio de legalidad (si la conducta no queda descrita con precisión y certeza), que pueden derivar en inconstitucionalidad; y generan también dificultades de interpretación.

En este caso concreto, la norma penal tipifica el delito como el incumplimiento de las obligaciones o la violación de las prohibiciones previstas en nueve artículos de la Ley ya citada, que se sancionarán con la pena que el mismo artículo señala. En la primera hipótesis (obligaciones incumplidas) estaríamos frente a delitos de omisión propia y en la segunda (prohibiciones violadas) a delitos de acción. Pero en todo caso es, al menos, discutible que con esta remisión se salvaguarden las garantías propias del principio de legalidad. Se trata de normas generales de carácter administrativo, la mayoría de las cuales prevén ya sanciones administrativas.

Hay que reiterar además, como ocurre comúnmente con las leyes penales en blanco, que la interpretación de esta norma deberá hacerse en consonancia con las normas de la Ley Orgánica y con los términos técnicos que emplea.

Los nueve casos de remisión son los siguientes:

- Prohibición de facilitar o divulgar informaciones que permitan identificar al donante o al receptor de los órganos, tejidos o células, salvo requerimiento judicial o de acción de hábeas data (Art. 11 de la Ley);

- Obligación de contar con la autorización y acreditación de la autoridad sanitaria para que los hospitales e instituciones de salud puedan realizar trasplantes (Art. 19);

- Obligación de las compañías de seguros y empresas privadas de salud y medicina prepagada de cumplir las coberturas para trasplantes, comprometidas en los contratos o pólizas (Art. 58);

- Cumplimiento por las autoridades de salud de las obligaciones previstas en la Ley (Art. 69). Norma que, por su generalidad, es claramente violatoria del principio de legalidad;

- Utilización de información privilegiada para favorecer a un receptor (Art. 74);

- Realización de procedimientos de trasplante sin autorización, que al parecer repite la prohibición del Art. 19 (Art. 76);

- Omisión de notificación a la autoridad sanitaria de la infracción establecida en el Art. 76 (Art. 77);

- Prohibición a los profesionales de salud de realizar los procedimientos previstos en la Ley, sin contar con la autorización de la autoridad sanitaria (Art. 78);

- Irrespeto a la lista de espera única nacional (Art. 79).

En todos estos casos la ley exige que la conducta sea dolosa, lo que querrá decir que la persona responsable actuó a sabiendas de que incumplía una obligación o violaba una prohibición.

7.1.2.- Falsificación o adulteración

El mismo artículo innumerado tipifica la falsificación o adulteración de un protocolo de donación y trasplante, que en conformidad con la Ley (Art. 84) el es documento que define *"las normas y procedimientos técnicos y administrativos del proceso de los trasplantes y en los cuales constan todos los datos e información que deben ser cumplidos obligatoriamente por los responsables de las diferentes fases de los trasplantes"*.

7.1.3.- Las penas

Los delitos señalados en este punto se sancionan con reclusión menor de tres a seis años. Agrega la ley que si estos actos "se refieren" a instituciones o personas jurídicas, se presumirá la responsabilidad penal de la máxima autoridad de la institución o representante legal de la persona jurídica.

7.2.- Comercio doloso y tráfico

El tercer delito previsto en el primer artículo innumerado, al que se debe calificar como el tipo fundamental del capítulo, sanciona el comercio doloso y el tráfico (que debe entenderse que siempre será ilegal) de órganos, tejidos, sustancias corporales o cualquier material anatómico, que podría haber sido obtenido de cadáveres humanos o de personas vivas. También se sanciona a quien los seleccione, extraiga, evalúe, prepare, obtenga, almacene, transporte, asigne, distribuya o trasplante dolosamente.

7.2.1.- Las penas

Las penas para este delito varían según los diferentes casos que pueden presentarse:

- Reclusión menor extraordinaria de 9 a 12 años, si los órganos, tejidos, sustancias corporales o cualquier material anatómico, son provenientes de cadáveres humanos. La misma pena se aplicará a los que realicen las conductas señaladas en segundo término;

- Reclusión mayor extraordinaria de 12 a 16 años, si estas conductas se han practicado en personas vivas;

- Reclusión mayor extraordinaria de 12 a 16 años, si la extracción o trasplante de cualquier componente anatómico humano, se ha realizado en centros médicos no acreditados por la Autoridad Sanitaria Nacional;

- Reclusión mayor especial de 16 a 25 años, si estos actos se han practicado en niños, adolescentes o personas con discapacidad.

7.3.- Traslado internacional

El segundo artículo innumerado agregado por esta Ley tipifica el traslado de órganos, donantes, receptores o profesionales de la salud especializados en trasplantes, fuera de sus fronteras jurisdiccionales originales, con la finalidad de realizar uno o más trasplantes en el Ecuador, sin contar con la categoría de inmigrante en el país o con los permisos correspondientes de la autoridad sanitaria nacional.

Este delito se sanciona con reclusión mayor extraordinaria de 12 a 16 años.

8.- Delitos contra la inviolabilidad del domicilio

También la Constitución (Art. 66, numeral veintidós) garantiza la inviolabilidad del domicilio, que es una concreción del derecho a la intimidad (definida por Carlos Santiago Nino, como *"esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás"*). Determina además que nadie podrá ingresar en el domicilio ni realizar inspecciones o registros sin la autorización de la persona que lo habita o sin orden judicial, en los casos y forma que establece la ley.

La norma penal, por su parte, tipifica como delitos las conductas que consisten en el ingreso en el domicilio; pero no lo hace cuando la conducta consiste en realizar inspecciones o registros, conforme lo señala la Constitución.

Por otra parte, el Código distingue el caso en que el delito lo comete una persona investida de autoridad (Art. 191) de aquel que lo comete un particular (Art. 192).

8.1.- La figura típica

Los dos artículos mencionados tienen elementos comunes en la tipificación de la figura:

- La conducta, o núcleo del delito, consiste en introducirse en el domicilio de un habitante;

- El ingreso al domicilio debe producirse contra la voluntad del habitante;

- El ingreso debe estar fuera de los casos previstos y sin las formalidades prescritas por la ley;

- El Art. 192 (cuando el delito es cometido por un particular) determina los medios que ha utilizado el infractor: amenazas, violencias, fractura, escalamiento o ganzúas.

8.2.- El sujeto activo

Como ya se señaló, el Código prevé dos casos en relación al sujeto activo de la infracción. En los códigos anteriores, como en los atentados contra la libertad individual, estaban ubicados en capítulos distintos, que ahora se encuentran fusionados. Los casos son:

- El infractor es un empleado del orden administrativo o judicial, un oficial de justicia o de policía, un comandante o agente de la fuerza pública, que obre como tal. Es decir una persona que está investida de autoridad pública y que actúa en ejercicio de esa potestad. Por tanto su conducta no solo lesiona el derecho de la persona que reside en el lugar invadido, sino que además comete un abuso de autoridad y viola sus obligaciones específicas (Art. 191);

- El infractor es un particular. Podría ser inclusive una persona que ejerce una autoridad, según la enumeración del Art. 191, pero que no obra como tal (Art. 192). En este caso, la ley establece que el ingreso se debe verificar utilizando amenazas o violencias, o mediante fractura, escalamiento o ganzúas.

8.3.- El domicilio

En los dos casos previstos es fundamental determinar el concepto de domicilio para efectos de aplicación de la ley penal.

El Código Civil incluye una definición básica de domicilio (Art. 45: *"El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella"*); pero hace de inmediato una clasificación (el domicilio se divide en político y civil) y agrega varias reglas que le dan a este concepto un sentido fundamentalmente jurídico, en que se incluyen varias presunciones. Es decir que una persona podría tener su domicilio civil en un lugar en el que no reside, o tener varios domicilios.

Pero la protección penal se refiere expresamente al lugar en que reside o habita la persona. Se trata en definitiva de una realidad fáctica más que de un concepto jurídico. El Art. 191 por su parte, emplea la palabra habitante y el Art. 192 aunque utiliza la misma palabra domicilio, aclara, para que no quede duda, de que el delito consiste en introducirse en la "casa, departamento, pieza o vivienda, habitada por otro". En ese mismo artículo se agrega también las "dependencias cercadas". Por otra parte estos conceptos han sido precisados en el propio Código (Arts. 593, 594 y 595), de modo que a ellos hay que remitirse para conocer su alcance legal.

Posiblemente la relativa ambigüedad que podría surgir en la interpretación de la palabra domicilio, ha hecho que en muchos códigos se utilicen palabras más específicas, como "morada" (España, Argentina, Perú, Uruguay) o "habitación" (Colombia, Italia). En todo caso la doctrina considera que si una casa u otro tipo de vivienda no se encuentran habitados, no habría este delito.

8.4.- La falta de consentimiento

El delito, dice el Código, se comete cuando el infractor se ha introducido en el domicilio de un habitante contra la voluntad de este, sin su autorización, como reza la Constitución. Es evidente que si una persona consiente en que otra, funcionario público o no, entre en su residencia, deja de haber delito.

Se debate doctrinariamente si el consentimiento del titular del derecho protegido es una causa de justificación, que elimina la antijuridicidad de la conducta; o si más bien excluye la tipicidad. La doctrina se inclina por esta segunda explicación.

Otra cuestión debatida es la relativa a la forma en que debe manifestarse esa falta de consentimiento. Se sostiene que esa manifestación de rechazo a la presencia del presunto infractor podría hacerse no solo en forma expresa sino también tácitamente, como algunos códigos lo admiten; pero la frase de la ley, "contra la voluntad", llevaría a suponer que es necesaria una manifestación expresa, que puede hacerse por cierto verbalmente pero también a través de una forma gestual.

El Art. 196 incluye una presunción: se presume la falta de consentimiento cuando el dueño o encargado de un domicilio no están presentes en el acto que constituye la violación.

8.5.- La ilegitimidad

El Código señala que, aunque el habitante del domicilio hubiere manifestado su voluntad contraria al ingreso de la persona, no habrá delito si se tratare de un caso en que la ley permite ese ingreso, y si se hubiere realizado con las formalidades prescritas por la propia ley.

Dos apuntes iniciales sobre esta estipulación legal. El primero, se trata evidentemente de una causa de justificación, la que surge cuando un acto, previsto como delito, está ordenado o permitido por la ley; y el segundo, esta norma penal está parcialmente en blanco, pues se remite a normas extra penales en las cuales se van a encontrar cuáles son aquellos casos, en que desaparece la ilegitimidad de la conducta.

Para establecer los casos en los que el ingreso al domicilio está previsto y legitimado por la ley hay que

acudir principalmente al Código de Procedimiento Penal. El Art. 194 establece cuatro situaciones en que "la vivienda" de un habitante puede ser allanada: 1) cuando se trata de aprehender a una persona; 2) cuando se persigue a una persona que ha cometido un delito flagrante; 3) cuando se trata de impedir la comisión de un delito o socorrer a las víctimas; y 4) cuando se pretende recaudar la cosa sustraída o reclamada o los objetos que constituyen medio de prueba. En ese mismo artículo se establecen los casos en que hace falta orden judicial expedida con auto, y aquellos, el segundo y el tercero, en que no se requiere formalidad alguna.

A más de estos casos, hay otras disposiciones legales que autorizan el allanamiento de una vivienda: el Código de la Niñez y la Adolescencia (Arts. 79, 120 y 141); la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia (Art. 14); la Ley de fabricación, importación y exportación, comercialización y tenencia de armas, municiones, explosivos y accesorios (Art. 34); la Ley Orgánica de Salud (Art. 258). En cada caso dentro de las finalidades previstas en cada una de estas leyes y con las formalidades ahí establecidas.

Podríamos agregar que hay casos que no están previstos en ley alguna, pero en los cuales es evidente que también sería legítimo el ingreso en viviendas, pues se trataría de situaciones que podrían encuadrarse en un estado de necesidad, como los casos que preveía, aunque en forma impertinente, el Código de Procedimiento Penal de 1983 (Art. 203): situaciones de inundación, incendio u otro peligro.

En el Art. 192 (violación de domicilio cometido por un particular) se repite la frase "fuera de los casos en que la ley permite entrar en el domicilio de los particulares". Sin embargo no está claro en qué casos pudiera existir tal posibilidad, pues son las personas que ejercen autoridad pública quienes están autorizados por las leyes a efectuar allanamientos. Quedarían tan sólo las situaciones propias de un estado de necesidad.

8.6.- Dolo

Aunque el texto de la ley no hace referencia expresa a un elemento subjetivo, se puede concluir que este delito, en sus dos modalidades, es doloso y excluye, por tanto una forma culposa.

En efecto, el sujeto activo que ingresa al domicilio, contra la voluntad del habitante, o en su ausencia, y fuera de los casos de legitimidad del ingreso, debe hacerlo con pleno conocimiento de que constituye un acto violatorio de un derecho que realiza intencionalmente. El error sobre la ilegitimidad eliminaría el dolo.

8.7.- La pena

Si el sujeto activo es una persona que ejerce una función pública, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa; y si se trata de un particular, prisión de un mes a dos años y multa. Se establece además (Art. 194) la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad.

El Art. 193 establece las siguientes circunstancias agravantes, con una pena de prisión de seis meses a dos años y multa:

- si el hecho ha sido cometido con una orden falsa de autoridad pública;

- con el traje o bajo el nombre de uno de sus agentes;

- si el acto ha sido ejecutado de noche (según el Art. 592, la noche va desde las siete de la tarda hasta las cinco de la mañana);

- si ha sido ejecutado por dos o más personas;

- si los culpables o uno de ellos llevaba armas.

En los códigos anteriores estas circunstancias eran aplicables tan solo a los delitos cometidos por particulares. La distribución de los artículos en el Código vigente produce alguna ambigüedad.

8.8.- Concurrencia de delitos

La doctrina ha examinado el caso de allanamientos cometidos con la intención de perpetrar otro delito en el interior de la vivienda, que podría ser robo, violación u homicidio. El punto en disputa consiste en determinar si en tal caso se produciría un concurso de delitos, o si el segundo delito por ser más grave absorbería al primero. La doctrina se inclina por considerar que habría un concurso real de delitos; pero la Corte Suprema parece inclinarse por considerar que los dos delitos constituyen un solo acto (Ver sentencias publicadas en los Registros Oficiales 332 y 270, de 5 de junio de 1998 y 10 de febrero de 2004, respectivamente).

8.9.- Allanamiento de otros recintos

Ya se señaló que la protección penal se extiende exclusivamente al domicilio de las personas, entendido como el lugar en que habitan. De tal manera que aunque individuos pudieran ilegítimamente ingresar en otros lugares (oficinas, almacenes, talleres, locales educativos, etc.), como estos no gozan de protección penal, tales hechos no constituyen delitos.

Por la misma razón, algunos códigos (el español, por ejemplo) sancionan la ocupación de inmuebles que no constituyan viviendas.

9.- Delitos contra la inviolabilidad del secreto y la correspondencia

La denominación del Capítulo V de este Título hace referencia a la inviolabilidad del secreto y, en esa línea, el artículo clave es el 201; pero también incluye normas que sancionan diversas conductas atentatorias de la inviolabilidad de la correspondencia.

Son numerosas las normas penales destinadas a proteger el secreto y se las encuentra tanto en el propio Código como en varias leyes especiales (Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Ley de Mercado de Valores, Ley de Propiedad Intelectual). Por cierto que en cada caso es diferente la motivación del legislador para conceder tal protección. Dicho de una manera más técnica: son distintos los bienes jurídicos que el legislador ha querido salvaguardar, pues son estos bienes jurídicos, más que el propio secreto, el objeto de la protección. En efecto hay secretos cuya revelación no constituye delito, por no haber un interés significativo que pudiera resultar lesionado.

Recordemos que en este Título, el Código está protegiendo derechos garantizados constitucionalmente y, dentro de este marco, debe interpretarse el contenido del Capítulo V, especialmente en lo que se refiere a la inviolabilidad del secreto.

9.1.- El bien jurídico

La Constitución no contiene una declaración concreta que garantice la inviolabilidad del secreto; pero en el Art. 66 se garantizan no solo el derecho a la intimidad personal y familiar (numeral veinte), sino también la protección de datos de carácter personal (numeral diecinueve). Por otra parte la protección del secreto se vincula de alguna manera con el derecho al honor y al buen nombre, que también se recogen en el mismo artículo (numeral dieciocho).

La inviolabilidad y el secreto de la correspondencia física y virtual sí merecen una disposición específica de la Constitución (Art. 66, numeral veintiuno); aunque también podrían estimarse estos derechos como extensiones propias de la protección de la intimidad.

El conjunto de estos derechos constituyen el bien jurídico que se protege en el presente Capítulo.

9.2.- El secreto

El secreto, que es el elemento central en las distintas conductas que se tipifican en este Capítulo, y en otras normas, como se ha señalado, puede definirse desde el punto de vista jurídico, como una información que es conocida por un número limitado de personas y que está oculta para las demás.

La existencia de un secreto, con relevancia jurídica, presupone entonces que existen personas que poseen la información, a quienes se puede llamar "titulares del secreto" y que no deben divulgarla; pero que no son titulares del bien jurídico protegido, que es la intimidad, u otros derechos de terceras personas, que pueden resultar lesionados con la divulgación.

9.3.- Violación del secreto profesional

El Art. 201 tipifica el delito clave, no solo para este capítulo, sino para todo el análisis penal de este tema.

Los elementos del delito son los siguientes:

- el sujeto activo de la infracción debe ser una persona que, por razón de su estado u oficio, empleo, profesión o arte, tiene noticia de un secreto, es el titular del secreto. Le amplia enumeración que hace el Código permite extender la responsabilidad penal a personas situadas en muy diferentes situaciones, unas estrictamente profesionales (el caso de médicos y abogados es característico) o laborales, pero también de otra índole. Al señalarse, por ejemplo, el estado de una persona, puede pensarse en diversas situaciones jurídicas (tutores, curadores, peritos, síndicos de quiebra) o fácticas.

- la conducta consiste en revelar el secreto, por cualquier medio y a cualquier número de personas. Basta una que no esté en posesión de la información cubierta por el secreto;

- la divulgación del secreto puede causar daño. La redacción de la ley determina que debe haber la potencialidad de un daño, aunque efectivamente no se haya producido. Se trata de un elemento que deberá ser discrecionalmente apreciado por el juez.

Aunque la ley no lo dice expresamente, el delito es doloso; es decir el autor del hecho conoce que la revelación es potencialmente dañosa y sin embargo no se inhibe de hacerla.

El delito se sanciona con prisión de seis meses a tres y multa.

9.4.- La causa justa

Expresamente el Art. 201 establece que la revelación para ser punible debe haberse hecho "sin causa justa". Esto quiere decir que, si hay tal causa, no habrá delito. La propia expresión permite concluir que no lo habría por existir una causa de justificación que eliminaría la antijuridicidad de la conducta.

Establecer la presencia de una causa justa es otra decisión dejada al criterio discrecional del juez; y la causa de justificación que, lógicamente, podría alegarse es el estado de necesidad. Se lesiona un bien jurídico, la intimidad, para salvar otro bien jurídico que merece una mayor valoración. Así el Código de Ética Médica (Art.67), por ejemplo, establece varios casos en que un médico puede revelar un secreto profesional y uno de ellos está relacionado con los intereses de la administración de justicia; pero el Código de Procedimiento Penal (Art. 126) determina que no se recibirá el testimonio de una persona depositaria de un secreto profesional si la declaración versa sobre la materia del secreto.

Tampoco habría delito si el titular del bien jurídico, que podría ser afectado por la divulgación del secreto, consiente en la revelación, pues se trata de un derecho renunciable.

9.5.- Divulgación de actuaciones y procedimientos

El Art. 200 prevé una modalidad del delito en la que incurrirían quienes, sin ser empleados públicos, divulgaren actuaciones o procedimientos de los que hubieren tenido conocimiento y que, por ley, deben quedar reservados.

La pena en este caso es solo de multa.

9.6.- Violación de correspondencia

Ya se señaló previamente que el secreto de la correspondencia tiene protección constitucional (Art. 66, numeral veintiuno), pues solo puede retenida, abierta y examinada en los casos previstos en la ley y previa intervención judicial. La misma protección se concede a cualquier otro tipo o forma de comunicación.

El Código Penal tipifica conductas relativas a este tema en varios artículos de este Capítulo, pero, hasta la reforma de marzo de 2009, se limitaba a hablar de cartas y partes telegráficos, omitiendo otras formas de comunicación. La reforma señalada ha eliminado lo relativo a partes telegráfico y lo ha sustituido por conversaciones telefónicas o "realizadas por medios fines", frase que posiblemente resulte insuficiente.

Los casos previstos en el Código son los siguientes:

- Quienes interceptaren sin orden judicial, conversaciones telefónicas o realizadas por medios afines y quienes se sustrajeran o abrieran sobres de correspondencia que pertenecieren a otro sin autorización expresa; salvo que la intercepción telefónica o la apertura de sobres se haya producido por error, en forma accidental o fortuita. Pena de prisión de dos meses a un año (artículo que sustituye a los Arts. 197 y 198);

- El que hallándose en posesión de una correspondencia no destinada a la publicación la hiciere publicar, aunque haya sido dirigida a él, si el acto puede causar perjuicio a terceros. Se exceptúa el caso de correspondencia en que consten obligaciones a favor del tenedor de ella, caso el cual puede presentarse en juicio. Pena de multa (Art. 199);

- Los que sustrajeren cartas confiadas al correo; excepto si se trata de padres, maridos o tutores que tomaren las cartas de sus hijos, consortes o pupilos. Esta sola frase ya revela lo arcaico de la norma, que en lo relativo a niños y adolescentes está contradicha por el Código respectivo (Art. 53). Prisión de quince a sesenta días (Art. 202).

La norma constitucional prevé que en ciertos casos la ley puede autorizar la apertura y el examen de la correspondencia. En concreto, el Código de Procedimiento Penal (Art. 150) y el de Procedimiento Civil (Art. 532) establecen casos en que la correspondencia puede ser retenida y abierta y en los cuales, por tanto, desaparecería la antijuridicidad de la conducta.

9.7.- Violación de seguridad informática

La Ley de Comercio Electrónico, en su parte penal, introdujo en los distintos títulos del Código, nuevos delitos que se examinarán en su momento. En este Capítulo agregó dos artículos innumerados, en cuyo contenido se detecta que, a más de la protección del secreto, como objeto jurídico vinculado al derecho a la intimidad, se protegen la seguridad nacional y la propiedad industrial y comercial.

Para mayor abundancia, dicha Ley considera que el derecho a la intimidad comprende también el derecho a la privacidad, a la confidencialidad, a la reserva, al secreto sobre los datos proporcionados en cualquier relación con terceros, a la no divulgación de los datos personales y a no recibir información o mensajes no solicitados.

9.7.1.- La tipificación del delito previsto en el primer artículo contiene los siguientes elementos:

- La conducta consiste en violentar claves o sistemas de seguridad;
- El objetivo debe ser acceder u obtener información protegida contenida en sistemas de información, para vulnerar el secreto, confidencialidad o reserva o simplemente para vulnerar la seguridad;
- Los medios que se empleen deben ser electrónicos, informáticos o afines;
- La sanción es de prisión de seis meses a un año y multa;
- Si la información obtenida se refiere a la seguridad nacional o secretos comerciales o industriales, la pena será de uno a tres de prisión y multa;
- La divulgación o la utilización fraudulenta de la información protegida o de los secretos comerciales o industriales agravará la pena a reclusión de tres a seis años y multa;
- La divulgación o utilización fraudulenta realizada por la persona encargada de la custodia o utilización legítima de la información se sancionará con reclusión menor de seis a nueve años y multa.

9.7.2.- En el segundo de los artículos innumerados se sanciona con prisión de dos meses a dos años y multa a quien obtenga información sobre datos personales (son aquellos datos o información de carácter personal o íntimo, agrega con redundancia la misma Ley), para después cederla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título, sin la autorización de su titular o titulares.

10.- Delitos relativos a declaraciones

La Constitución, entre las garantías del debido proceso (Art. 77, numerales séptimo y octavo) establece que: *"Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal"* y que: *"Nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad"*. El Código de Procedimiento Penal (Arts. 126, 143 y 220) confirma estas prohibiciones y, por cierto, no confiere ninguna eficacia probatoria a toda acción procesal que vulnere garantías constitucionales (Art. 80).

El Código Penal (Arts. 203 y 204), en conformidad con estas normas, sanciona con prisión de seis meses a tres años al juez o autoridad que obligare a una persona a declarar contra sí misma, contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes en los términos establecidos por la Constitución. Y agrava la sanción hasta dos a cinco años de prisión y suspensión de los "derechos de ciudadanía", por el mismo tiempo que la condena, si la declaración se ha obtenido mediante "látigo, prisión, amenaza o tormento". Igual pena se impondrá al agente de policía o de la fuerza pública que hubiere procedido de la misma manera.

Sin embargo debe tomarse en cuenta que la propia Constitución establece excepciones en cuanto a la admisibilidad de tales la declaraciones. En efecto, el numeral octavo de la norma citada, agrega: *"...excepto en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de las víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente"*.

Adicionalmente hay que señalar que la declaración voluntaria de una persona admitiendo su responsabilidad penal es perfectamente válida y tiene eficacia probatoria, ya a su favor o en su contra, según las circunstancias del caso. Inclusive puede constituir una circunstancia atenuante a ser tomada en cuenta al momento de señalar la pena (Art. 30).

11.- Delitos contra los presos o detenidos

El Capítulo VII de este Título recoge tres conductas que afectan en sus derechos a personas que se encuentran presas o detenidas. Como se explicará más adelante, la segunda y la tercera (Arts. 207 y 208) deberían estar incluidas en el Capítulo III, que tipifica los delitos contra la libertad individual; pero es la primera (Art. 205), la que se refiere con mayor exactitud a la denominación del Capítulo y, especialmente, al derecho a la integridad personal de las personas detenidas o presas (Constitución, Art. 66, numeral tercero).

11.1.- Atormentar a los presos o detenidos

Según el Art. 205, el delito se comete tanto por quien expide la orden de atormentar a los presos o detenidos, como por quien la ejecuta; y agrega que esta acción podría hacerse manteniendo la incomunicación por mayor tiempo que el permitido por la ley; o por medio de "grillos, cepo, barra, esposas, cuerdas, calabozos malsanos u otra tortura".

La sanción es de uno a cinco años de prisión e interdicción de los derechos políticos por igual tiempo.

El texto del artículo es idéntico al del Código de 1906 y esto explica la descripción de la conducta, con la enumeración de modalidades arcaicas (grillos, cepo, barra) o usuales y, en principio, lícitas para asegurar a detenidos (esposas) y la referencia final a tortura. Esta palabra, en el lenguaje actual de defensa de los derechos humanos, tiene un contenido específico y es la que se emplea fundamentalmente para calificar los actos de los que son víctimas personas detenidas. La propia Constitución , en la norma citada (Art. 66, numeral tercero), al garantizar el derecho a la integridad personal, concretamente prohíbe la tortura.

La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, la define como: *"todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica"*.

La Convención de las Naciones Unidas contra la tortura, la define como *"todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que haya cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación"*.

El Estatuto de Roma, que creó la Corte Penal Internacional dice que por tortura *"Se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas"*.

Este análisis nos lleva a sostener que este artículo del Código debería reformularse, pues aunque la palabra "atormentar" tiene un significado próximo a tortura, es esta palabra la que en el lenguaje jurídico actual sirve para incluir todos los actos que la ley quiere sancionar y los diferentes efectos que tales actos puedan acarrear.

11.1.1.- Las conductas previstas

Como ya se indicó, es el Art. 205 el que establece las características de esta conducta. Señalamos sus principales aspectos:

- El artículo considera como una modalidad de tormento el mantener la incomunicación por un tiempo mayor que el señalado por la ley. La incomunicación es un recaudo procesal de carácter excepcional que ha sobrevivido en las legislaciones, pero la Constitución la ha proscrito definitivamente (Art. 77, numeral sexto. También lo hace el Código de Procedimiento Penal: Art. 72). De tal manera que podría considerarse que cualquier lapso de incomunicación configura ya el tipo penal. Podría afirmarse finalmente que la incomunicación es ya en sí una forma de tortura.

- La ley plantea una doble alternativa en relación con la conducta típica: expedir o ejecutar la orden de atormentar. En definitiva, en este caso no se admite como causa de exención la obediencia disciplinaria prevista en el Art. 214, que se examinará más adelante.

- En cuanto al sujeto activo, la ley no hace calificación alguna, pues utiliza la fórmula genérica, "los que…"; pero del contexto del artículo (las víctimas son presos o detenidos) y de su ubicación en el

Código de 1906, se puede deducir que debe ser una persona que ejerce autoridad o función pública. El concepto actual de tortura, recogido por ejemplo en la Convención de las Naciones Unidas, recalca el hecho de que los actos deben ser infligidos, ordenados, instigados o consentidos por personas que ejercen funciones públicas. Los mismos actos realizados por particulares deben ser sancionados como delitos de lesiones o como circunstancias agravantes de otros delitos.

- Tampoco el artículo hace referencia al objetivo del tormento: obtener una declaración o castigar. De tal manera que el delito existe cualquiera que sea su objetivo. Más bien el Art. 206 excluye, como causa de disculpa de tales conductas, la inseguridad de las cárceles, la condición temible del detenido o preso o su conducta rebelde.

11.1.2.- Imprescriptibilidad

La Constitución, al establecer los llamados derechos de protección (Art. 80), determina, siguiendo los principios que constan en convenciones internacionales sobre derechos humanos, que son imprescriptibles las acciones y las penas por genocidio, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas y crímenes de agresión a un Estado. La misma norma establece que estos delitos no serán susceptibles de indulto ni amnistía. El Código no ha tipificado todavía estas conductas y solo la tortura, a la que las convenciones consideran un delito de lesa humanidad, está prevista en el Código y con el alcance que queda señalado.

11.2.- Los otros delitos

Como ya se indicó, en este Capítulo se incluyen dos delitos que, en rigor, deberían ubicarse en otro, pues el bien jurídico que lesionan de una manera directa es la libertad individual antes que la integridad personal.

- El Art. 207 sanciona con prisión de uno a seis meses al "jefe de prisión u otro establecimiento penal" o a quien lo reemplace, por recibir reos sin testimonio de sentencia condenatoria firme o sin la orden o boleta constitucional en caso de detención;

- El Art. 208 reprime con prisión de seis meses a tres años y multas a los jueces y demás empleados (se debe entender que públicos) que hubieren retenido o hecho retener a una persona en otros lugares que no sean los determinados por la ley. El Código de Ejecución de Penas y de Rehabilitación Social señala (Art. 20) cuáles son los establecimientos en los que deben permanecer quienes se encuentren procesados o hayan sido ya condenados.

11.3.- Dolo

La naturaleza misma de las conductas tipificadas en este Capítulo, como en general las que atentan contra los derechos consagrados en la Constitución, llevan a concluir que exigen dolo por parte del sujeto activo.

12.- Delitos contra la libertad de trabajo, asociación y petición

El Capítulo VIII, en sus cuatro artículos, agrupa conductas de variada naturaleza, que atentan contra diferentes derechos constitucionales, pero, curiosa e indebidamente, ninguno de ellos es el de asociación, aunque este consta en la denominación del Capítulo.

12.1.- Imposición de servicios

El Art. 209 sanciona con prisión de uno a seis meses a la autoridad política, civil, eclesiástica o militar

que exigiere servicios no impuestos por la ley u obligare a trabajar sin previa estipulación.

La imposición de servicios o de trabajos sin previa estipulación contraviene la norma constitucional (Art. 66, numeral diecisiete), que garantiza la libertad de trabajo y establece que ninguna persona podrá ser obligada a realizar un trabajo gratuito o forzoso. Cabe señalar que hay códigos (el español, por ejemplo) que dedican un título especial para tipificar varias conductas punibles que afectan a los derechos de los trabajadores.

Resulta sorprendente que se mantenga todavía en el texto del Código la referencia a la autoridad eclesiástica, que, como ya hemos señalado reiteradamente, tuvo origen en las reformas introducidas en la legislación a raíz de la revolución liberal de 1895, y las consiguientes pugnas entre los gobiernos y la Iglesia Católica.

12.2.- Coacción a la huelga

El Art. 210, en su primera parte, sanciona con prisión de un mes a un año a quien obligue a otro a tomar parte en una huelga o boicot, si se han utilizado para este objetivo violencias o amenazas.

12.3.- Delitos de patronos

La segunda parte del Art. 210 y el Art. 211 tipifican dos delitos que pueden ser cometidos por patronos (empleadores los denomina el Código del Trabajo), empresarios o empleados que tengan personal bajo su dependencia.

El primer delito, sancionado con prisión de un mes a un año, consiste en suspender el trabajo "en sus establecimientos, agencias o escritorios" con el fin de imponer a sus dependientes modificaciones en los pactos (contratos) establecidos. Igualmente a quienes por solidaridad hicieren lo propio en otros establecimientos.

El segundo delito, sancionado con la misma pena, consiste en ejercer coacción para obligar a otro a intervenir en los actos previstos en el primer caso; o para abandonar o ingresar en "una sociedad obrera determinada".

12.4.- Delito contra el derecho de petición

También la Constitución reconoce y garantiza "el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades" (Art. 66, numeral veintitrés); pero, según la propia norma, este derecho tiene un complemento: el recibir la atención o las respuestas pertinentes en el plazo adecuado.

La correspondiente norma penal (Art. 212) señala que será reprimida con prisión de uno a seis meses y multa "la autoridad que, de cualquier manera, impidiera el libre ejercicio del derecho de petición". Surge aquí la interrogante: ¿el impedir el ejercicio de este derecho ocurrirá solamente cuando la autoridad actúa para evitar que un ciudadano formule quejas o peticiones? ¿O también se producirá ese impedimento cuando las peticiones no son atendidas ni reciben respuesta?

Por cierto que el derecho de petición puede ser vulnerado en cualquiera de los dos momentos, pero ¿tal vulneración se enmarca, en los dos casos, en la figura penal? La cuestión es especialmente importante, porque será mucho más frecuente que ocurra lo segundo, lo que traería como consecuencia una significativa ampliación de la responsabilidad penal; sobre todo si se toma en cuenta que, al establecer la ley que el impedimento puede darse "de cualquier manera", quedarían incluidas no solo las conductas dolosas, sino inclusive las culposas.

La respuesta a esta pregunta, se la encuentra en la Ley de Modernización del Estado (Art. 28) que expresamente señala que la autoridad que *"no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos"* podrá ser enjuiciada penalmente por haber realizado *"un acto contrario al derecho de petición garantizado por la*

Constitución, de conformidad con el artículo 212 del Código Penal".

Puede sostenerse sin embargo que, aplicando el principio de intervención penal mínima, la figura penal sólo debería tipificarse cuando la autoridad impida, mediante violencias, amenazas, engaño u otra forma fraudulenta, es decir dolosamente, que una persona dirija sus peticiones a la autoridad. La falta de respuesta solo traería responsabilidades administrativas.

13.- Delitos de odio

La reforma de marzo de 2009 sustituyó el capítulo que tipificaba delitos de discriminación racial (que había sido introducido en 1979), por un capítulo que lleva el epígrafe de "delitos de odio" y que contiene cuatro artículos.

Esta expresión, que ha resultado novedosa en nuestro medio, ha venido utilizándose desde hace algunos años en la doctrina y en el derecho comparado. Se trata de una traducción literal de la frase "hate crimes", bajo la cual se han expedido varias disposiciones legales en los Estados Unidos.

Frente a este tema, las legislaciones han adoptado diversas fórmulas. Muchas (valgan como ejemplos la alemana o la argentina) han previsto el delito de incitación o provocación al odio; pero en otros casos han preferido tomar la motivación de "odio", como una agravante de diferentes delitos ya tipificados, que lesionan diferentes bienes jurídicos. El legislador ecuatoriano, en cambio, ha creado, como en Estados Unidos, delitos autónomos, en que el punto de partida es la motivación, pero que adoptan diferentes modalidades, como se señalará de inmediato.

13.1.- El bien jurídico

La Constitución (Art. 11, numeral segundo), señala que *"Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.- Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación".*

Siendo éste el fundamento constitucional de la reforma legal, es claro que el bien jurídico directamente lesionado por estos delitos es la igualdad jurídica de las personas, afectada por conductas que las discriminan por alguna de las múltiples razones que prevé la Constitución. Pero, además, los delitos que prevé la ley, como tienen un carácter pluriofensivo, lesionan también otros bienes jurídicos, como son la vida, la integridad física, la seguridad, el derecho al trabajo y hasta la recta administración pública.

13.2.- Elemento subjetivo

En todas las conductas de este Capítulo encontramos, un elemento subjetivo característico que las motiva: el odio o desprecio. Sin duda esta motivación se encuentra en la práctica en muchos delitos, el asesino, por ejemplo, odia a su víctima; pero en estos delitos el odio está dirigido contra un grupo de personas identificadas por alguna condición común a todas ellas, la raza, la religión, el origen etc.

Obviamente no se sanciona el solo sentimiento, por reprochable que sea. Siempre se sancionan actos, aunque sean puramente verbales, tipificados como delitos; pero hace falta para que estos delitos se produzcan que tales actos estén motivados por estos sentimientos: odio o desprecio a un grupo humano.

La presencia de este elemento subjetivo nos lleva a concluir que estos delitos son claramente dolosos.

13.3.- Las conductas previstas

En los cuatro artículos de este Capítulo encontramos tipificadas las siguientes conductas:

13.3.1.- Incitación

En el primero de los artículos se tipifica la conducta de incitar, públicamente o por un medio apto para su difusión pública, al odio, al desprecio o a cualquier otra forma de violencia moral o física contra una o más personas, en razón de su color de piel, raza, sexo, religión, origen nacional o étnico, orientación o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad.

Para determinar si la incitación ha sido pública, podría tomarse como referencia, para la coherencia del Código, lo que dispone el Art. 491, respecto a las injurias públicas, que son tales cuando ha sido realizada en reuniones o lugares públicos, en presencia de diez o más individuos; o por medio de escritos publicados. Deberían agregarse la realizada a través de los medios de comunicación.

Además de la violencia física definida en el Código (Art. 596) como los actos de apremio físico ejercidos sobre las personas, se habla de la violencia moral, que no está definida, y que no parece coincidir estrictamente con la intimidación o amenazas, que sí son conceptos que el Código emplea.

También cabe señalar que las razones para el odio, que señala la ley, no coinciden exactamente con las que establece la Constitución, en el artículo ya citado, que son más numerosas.

La pena para este delito es seis meses a tres años de prisión.

13.3.2.- Violencia

El segundo de los artículos tipifica los actos de violencia física o moral, que se entiende realizados por odio o desprecio a las personas, motivados por una de las razones especificadas en el artículo anterior.

La pena será de seis meses a dos años de prisión, es decir inferior a la pena que merece la incitación; pero si los actos de violencia han causado heridas (¿cualquiera sea su gravedad?), la pena será de dos a cinco años de prisión. Y si produjere la muerte de una persona, doce a dieciséis años de reclusión. En este caso habría que distinguir este delito de un asesinato, tipificado en el Art. 450, al que la reforma también agregó un numeral relativo al odio.

13.3.3.- Negación de servicios o prestaciones

El tercero de los artículos sanciona con prisión de uno a tres años, a quien, en el ejercicio de sus actividades profesionales, mercantiles o empresariales, y por las razones puntualizadas en los artículos anteriores, niegue a una persona o retarde un trámite o un servicio al que tenga derecho; o excluya a una persona o niegue o vulnere o restrinja los derechos consagrados en la Constitución.

Como se advierte, se trata de una norma que establece una conducta de una amplitud enorme, pero que en todo caso debe estar motivada por el odio o desprecio al un grupo humano.

13.3.4.- Delito del servidor público

El cuarto de los artículos del Capítulo sanciona con las penas de los artículos anteriores al servidor público que incurra en alguna de las conductas que tales artículos prevén, o niegue o retarde a una persona un trámite o servicio al que tenga derecho; y en este segundo caso quedará además inhabilitado para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos, hasta por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad.

Aunque la norma no lo dice expresamente, deberá entenderse que el servidor público actúa por la misma motivación ya señalada.

14.- Norma subsidiaria

El Capítulo IX del Título, que se denomina "Disposiciones comunes", tipifica más bien nuevos delitos; y el primero de sus artículos, el 213 contiene una disposición de indudable carácter subsidiario. En efecto, considera delito, a más de los ya previstos en los capítulos anteriores, *"cualquier otro acto arbitrario y atentatorio contra las libertades y derechos garantizados por la Constitución"*, que sea ordenado o ejecutado por un empleado u oficial público, por un depositario o agente de la autoridad o de la fuerza pública. La sanción es de prisión de tres a seis meses.

La norma es indudablemente paradójica: su objetivo, inicialmente laudable, es extender la protección penal a "todos" los derechos y garantías constitucionales, que no han merecido una protección específica; pero la forma en que pretende hacerlo es claramente inconstitucional, pues violenta el principio de legalidad, previsto en la propia Carta Política y garantía fundamental para los ciudadanos en un estado de derecho.

En conformidad con el principio de legalidad, toda infracción debe ser tipificada, es decir, descrita con precisión y certeza. Una forma abierta, como la de este artículo, contraría este principio, ya que permite calificar como delitos actos no expresamente tipificados.

El segundo inciso de este artículo se remite a las "reglas" de la Constitución, en cuanto a "acusación, perdón, rebaja y conmutación de la pena, prescripción de las acciones y responsabilidad civil", respecto de los funcionarios o empleados que violaren las garantías declaradas en la Constitución.

Sin embargo, en la Constitución no encontramos reglas especiales relativas a tales actos cometidos por estas personas. La única regla especial, que podría ser aplicable, es la del Art. 80, que determina que en casos de genocidio, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas y crímenes de agresión a un Estado, las acciones y penas serán imprescriptibles y que estos delitos no serán susceptibles de indulto o amnistía.

15.- Enjuiciamiento a funcionarios

El Art. 216 sanciona con prisión de uno a tres años y multa, a jueces "y más empleados" que, sin las autorizaciones prescritas por la Constitución, hubieren actuado procesalmente contra el Presidente de la República o su subrogante, ministros de estado, magistrados de la Corte Suprema o consejeros de estado, de una de las siguientes maneras:

- solicitado, expedido o firmado un auto o sentencia;
- solicitado, expedido o firmado una orden para perseguirlos o hacerlos enjuiciar;
- dado o firmado una orden o mandato para aprehenderlos o arrestarlos.

El Art. 217 determina la misma pena para los jueces y empleados que procedan de la misma manera contra senadores y diputados, mientras gozan de inmunidad y salvo el caso de delito flagrante.

Tres observaciones sobre estas normas: la primera, los actos tipificados solo pueden cometerse en materia penal, pues en otras materias no existen fueros ni inmunidad parlamentaria, ni hacen falta las autorizaciones previstas en la Constitución (Arts. 120, numeral décimo y 128).

La segunda: la referencia a empleados es impertinente, puesto que solo los jueces pueden expedir sentencias o autos u órdenes que priven de la libertad a una persona. Sin embargo, las nuevas atribuciones del Ministerio Público podrían dar lugar a que los fiscales incurran en algunas de las conductas previstas.

La tercera es relativa a la enumeración de los funcionarios: quien subroga al Presidente de la República es el Vicepresidente, para cuyo enjuiciamiento hace falta la autorización del Congreso. La Constitución no prevé la autorización para enjuiciar a ministros de estado o magistrados de la Corte Suprema; y no existen actualmente consejeros de estado y senadores.

16.- Firma falsificada

El Art. 215 establece una especie de circunstancia agravante de los delitos mencionados en este Capítulo: que el acto haya sido cometido mediante la firma falsificada de un empleado público. La norma prevé dos alternativas: la falsificación misma y el uso malicioso y fraudulento de la misma. En los dos casos la pena será de reclusión de cuatro a ocho años.

17.- Eximente de responsabilidad

El Art. 214, que se mantiene en el Código desde el siglo XIX, establece una eximente de responsabilidad que, en principio, podría calificarse como "obediencia debida". En efecto, dicha norma establece que quien ejecuta una orden contraria a los derechos garantizados por la Constitución quedará eximido de responsabilidad, si la orden, emanada del superior jerárquico en asuntos de su competencia, no podía ser desobedecida por el inferior sin quebrantamiento de la disciplina. Esta última frase parece referirse, sin citarla expresamente, a la fuerza pública.

Como ya se señaló en la parte general de esta obra, la obediencia a una orden de autoridad solo constituye una causa de justificación cuando la orden ha sido dada dentro de las atribuciones legítimas del superior. Por tanto no comprende las órdenes ilegales. Si estas son manifiestamente ilegales no deben ser obedecidas, so pena de que también el inferior sea responsable por su ejecución. En el caso de órdenes aparentemente legales, podría considerarse la inculpabilidad del inferior por la existencia de un error insuperable.

Por otra parte el Art. 214 entra en contradicción con el Art. 159 de la Constitución que, al referirse a la fuerza pública, establece que la obediencia de órdenes superiores no exime de responsabilidad a quienes las ejecutan. También es parcialmente incompatible con el Art. 250 del mismo Código, que consta en el Capítulo III de este Libro.

Capítulo III
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1.- Denominación y bien jurídico

El Título III del Libro Segundo, en el que se agrupan los delitos contra la administración pública, es uno de los más extensos del Código, pues comprende trece capítulos; pero además tiene una gran importancia jurídica y social, por la naturaleza de las conductas delictivas tipificadas en este título, que producen indudablemente una gran alarma en la opinión pública.

La primera cuestión que este Título plantea es el alcance de la expresión "administración pública". Hay que señalar que, en principio, el Estado es en estos delitos el sujeto pasivo; pero no considerado como el ente jurídico-político, titular de la soberanía (contra cuya integridad externa e interna atentan los delitos contra la seguridad del Estado tipificados en el Título I), sino en su fase administrativa, es decir en el desarrollo de las actividades dirigidas a satisfacer las necesidades de los ciudadanos y en las relaciones con estos.

Se trata, por lo tanto, de conductas, que lesionan la regularidad funcional, la buena marcha y la corrección en las actividades de las instituciones del Estado, bienes jurídicos que resultan afectados por los distintos delitos de este título. Y como buena parte de estos delitos son cometidos por los propios funcionarios o servidores, atentan además contra la probidad y fidelidad que deben caracterizar a tales personas, a quienes se ha confiado el ejercicio de una función pública.

Por esto resulta pertinente aclarar desde un principio que, si bien los delitos que mayor preocupación social provocan son aquellos que tienen connotaciones económicas, no es indispensable en todos los casos que los delitos se cometan con el propósito de obtener provechos patrimoniales ilícitos. Lo característico de estas conductas, la esencia del bien jurídico afectado, es, como se ha dicho, la buena marcha de la administración pública, vulnerada por el sujeto activo, aun cuando no pretenda una ventaja económica, sino otros propósitos que entran en contradicción con los rectos intereses de la administración.

A pesar de la clara delimitación que estos delitos tienen, debe advertirse que en este Título se encuentran tipificados delitos cuya ubicación no parece ser la más adecuada; por ejemplo, la tentativa de asesinato contra el Presidente de la República (Art. 224) u otros funcionarios del Estado (Art. 225). Pero el caso más discutible es el que se produce con la incorporación del llamado comúnmente "peculado bancario", que se homologa al peculado propiamente tal, provocando problemas de interpretación y desajustes inadecuados. La cuestión por su importancia merecerá un análisis particular.

Para la criminología, estos delitos, o una mayoría de ellos, se sitúan en la clasificación de "delitos de cuello blanco", según el concepto elaborado por Edward Sutherland. Es decir cometidos por personas de destacado nivel económico y social, en el ejercicio de sus actividades profesionales. Y esta es precisamente la razón por la que generan una gran alarma social, pues su fisonomía delincuencial y sus motivaciones se apartan radicalmente de las que caracterizan a la criminalidad convencional, por lo cual sus actos resultan especialmente reprochables. Tanto más que se trata de personas, no solamente de un status elevado, sino también de ciudadanos a quienes se ha confiado el desempeño de una función pública, para la cual se requiere dignidad y responsabilidad especiales.

Finalmente cabe señalar que la denominación que se utilizó en el Código de 1938 (en los anteriores el Título se denominaba "Delitos de los funcionarios públicos"), es también la que emplean la mayor parte de los códigos modernos.

1.1.- Concepto de administración pública

Concepto clave, para la adecuada comprensión, interpretación y alcance de las normas de este Capítulo, es la expresión "administración pública". Lo primero que debe advertirse es que no debe ser entendida en un sentido restringido, como equivalente a Función Ejecutiva, que es la que cumple fundamentalmente las tareas administrativas, sino en el sentido amplio que la Constitución (Art. 225) asigna al sector público, al establecer que las instituciones del Estado, que integran tal sector, son las siguientes:

- Los organismos y dependencias de las Funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial,

Electoral y de Transparencia y Control Social;
- Las entidades que integran el régimen descentralizado: consejos regionales, consejos provinciales, concejos cantonales y juntas parroquiales;
- Los organismos y entidades creadas por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, la prestación de los servicios públicos o el desarrollo de actividades económicas asumidas por el Estado;
- Las entidades creadas por actos normativos de los gobiernos autónomos descentralizados (ordenanzas), también para la prestación de servicios públicos.

No hay mayores dificultades en establecer el evidente carácter público de la mayoría de las instituciones enunciadas; pero podría haberlas cuando se trata de entidades creadas por leyes u ordenanzas para asumir actividades económicas o para la prestación de servicios públicos. Inclusive varias de tales entidades adoptaron en su momento formas societarias propias del sector privado. A nuestro modo de ver los casos de duda tendrán que resolverse de acuerdo con la norma constitucional, que es absolutamente terminante en la calificación.

1.2.- Normas administrativas

La naturaleza de estas infracciones implica además una indudable relación entre las normas penales contenidas en este Título con las leyes administrativas. Éstas serán necesarias para delimitar el alcance de las propias normas penales (pues de alguna manera se trata de leyes penales implícitamente en blanco), y en especial para establecer en forma categórica la naturaleza de organismos cuya ubicación pudiera ser discutible, el alcance del concepto de servicios públicos, las atribuciones de los funcionarios o servidores públicos, la vinculación que existe entre las actividades y resoluciones del organismo de control financiero y de gestión (la Contraloría General del Estado) y las eventuales conductas delictivas, etc.

2.- Clasificación

Buena parte de la doctrina clasifica a los delitos contra la administración pública en dos grandes apartados, tomando en cuenta la condición del sujeto activo de las distintas infracciones. Así se distinguen los delitos cometidos por funcionarios públicos por falta de probidad o en violación de sus deberes específicos, y los cometidos por particulares que entorpecen con su conducta la recta administración. Sin duda los primeros son las más numerosos y graves; los segundos tienen menor importancia e inclusive en algunos códigos han sido segregados de este título y agrupados en un título distinto. Caso especialísimo es el delito de cohecho o soborno en que el delito es cometido conjuntamente por un funcionario público y un particular.

Nuestro Código no hace en principio esta clasificación ni la segregación, de tal manera que encontramos entremezclados de una manera más o menos desordenada delitos con una u otra modalidad.

Con esta advertencia, hay que señalar que el Título tenía originariamente doce capítulos, a los cuales se agregó uno adicional innumerado en 1985. Los doce capítulos tipifican, en su orden: 1) delitos de rebelión y atentados contra los funcionarios; 2) usurpación de

funciones, títulos y nombres; 3) violación de sellos y documentos; 4) obstáculos puestos a la ejecución de obras públicas; 5) violación de los deberes de los funcionarios públicos, usurpación de funciones y abusos de autoridad; 6) prevaricato; 7) cohecho; 8) delitos contra la actividad judicial; 9) publicación y distribución de escritos anónimos; 10) delitos de los proveedores; 11) evasión; 12) juegos prohibidos y rifas. El agregado, entre los capítulos octavo y noveno, sanciona el enriquecimiento ilícito.

En el análisis que se hará a continuación, y por razones de importancia doctrinaria y práctica, no se seguirá este orden. Se estudiarán, en primer lugar, los delitos cometidos por funcionarios públicos, utilizando esta expresión genérica y en especial aquellos a los cuales hace referencia expresa la Constitución. Y en segundo lugar, los delitos cometidos por particulares. En todo caso privilegiando el análisis de aquellos delitos de especial trascendencia.

3.- El sujeto activo

Cuestión de importancia, que se detecta en la mayoría de los delitos de este Título, es la determinación de la calidad del sujeto activo, no cuando se trata de un particular que atenta contra la buena marcha de la administración, sino de una persona que presta sus servicios a las instituciones del sector público.

Si repasamos los diversos artículos del Título, encontraremos que la ley denomina de diversas maneras a quienes se encuentran en la situación señalada. La expresión más frecuente es la de "funcionario público", pero también se utiliza la de "empleado público"; en el delito de peculado, se habla de "servidor" de organismos y entidades del sector público. En varios casos se añade a las "personas encargadas de un servicio público". Reformas introducidas más recientemente se refieren también a "personas elegidas por votación popular" y personas que actúan en representación o delegación de autoridades públicas. En algunos delitos, el prevaricato concretamente, la ley se refiere a jueces y árbitros, sin contar con casos particulares en que se hacen referencias a personas con situaciones más específicas.

Esta variedad en la nomenclatura plantea un problema de interpretación y aplicación de los artículos de este Título, en cuanto a la calidad que debe tener el sujeto activo del delito para tener responsabilidad penal, pues podría entenderse que la ley exige en cada caso una calidad específica (funcionario, empleado, servidor, etc.) que excluiría de responsabilidad, al menos por estos delitos, a todos quienes carecen de esa calidad.

En general los códigos suelen utilizar una sola expresión, funcionario público, por ejemplo; e inclusive, para evitar cualquier duda, el Código italiano contiene un artículo (el 357) que señala qué debe entenderse por tal para los efectos de la ley penal.

Como queda señalado, el Código ecuatoriano no adopta una expresión única ni incluye definición alguna; tampoco hay una ley de carácter administrativo que haga tales precisiones. Pero la propia Constitución, en los artículos que dedica al tratamiento de la administración pública, hace algunas precisiones. El Art. 229 señala expresamente que *"Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público"* y el Art. 233, agrega que: *"Ninguna servidora ni servidor*

público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos".

Hay que tomar en cuenta, además, que las convenciones internacionales contra la corrupción (la Interamericana y la de las Naciones Unidas, ratificadas ambas por el Ecuador) unifican el tratamiento de las personas responsables de tales delitos. La Convención Interamericana equipara las denominaciones de funcionario público, oficial gubernamental o servidor público; y la de las Naciones Unidas define al funcionario público con suficiente amplitud (toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo).

Con estos antecedentes, sobre esta cuestión se deben establecer entonces las siguientes conclusiones:

a) Sea cual fuere la terminología empleada para calificar al sujeto activo de estas infracciones, debe entenderse que se refiere a personas que desempeñan alguna función en una institución del Estado, de las enumeradas en el artículo 225 de la Constitución; sea que la actividad desarrollada corresponda a una atribución propia de la potestad estatal o de las asumidas por el Estado. Los casos de duda tendrán que resolverse a la luz de la norma constitucional y del acto constitutivo de la entidad.

b) No son elementos determinantes para esta calificación ni el grado ni la jerarquía, ni la permanencia o temporalidad en el cargo, ni la forma de designación (elección, nombramiento o contrato), ni la forma de remuneración (sueldo, salario, honorarios, dietas) ni la obligatoriedad o voluntariedad de la función.

c) También la calificación se extiende a particulares, circunstancial u ocasionalmente llamados a desempeñar una función pública. Por ejemplo: los miembros de una junta electoral. Podría discutirse si también se encuentran comprendidas en esta situación personas designadas por un juez para actuar como peritos en un proceso, o designados depositarios de bienes secuestrados o embargados. Nos inclinamos por la respuesta positiva.

d) La frase "persona encargada de un servicio público", que aparece en varios artículos, no es de fácil interpretación. Podría ser aplicada precisamente al caso señalado en el literal anterior, pero quien ha sido llamado a desempeñar una función, así sea muy transitoriamente, es durante ese tiempo un funcionario público. Pérez Borja, refiriéndose concretamente al peculado, considera que *"hay personas que sin ser funcionarios públicos son depositarias de dineros públicos o privados y que han sido instituidas en interés del orden público"*. La distinción parece en el fondo pertinente: la ley quiere hacer responsables de estos delitos también a personas que, sin llegar a ser funcionarios o servidores públicos, están encargados de un servicio público; es decir de una prestación de carácter económico o social, propia o asumida por una institución pública, pero manejada por particulares.

En este punto debe tomarse en cuenta, para la debida comprensión de este concepto, lo que determinan los Arts. 316 y 318 de la Constitución, cuando establece la

responsabilidad del Estado para la provisión de servicios públicos de agua potable, riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, etc., que pueden ser prestados por delegación a empresas mixtas o privadas, a la economía popular y solidaria y a personas jurídicas comunitarias. Podría entenderse entonces que también las personas particulares que laboran en tales entidades pueden ser responsables de delitos contra la administración pública, cuando la ley hace esta referencia.

e) Hay casos en los cuales la ley exige una calidad especialísima (jueces o árbitros en el delito de prevaricato), en cuyo caso habrá que estar a esta limitación.

Quedaría por verse el caso de quienes sin tener la calidad de funcionarios han actuado como tales y han cometido delitos contra la administración pública. Habría que distinguir dos casos: el de aquella persona cuya designación, por cualquier motivo, no tiene validez, pero que actuó como "funcionario de hecho"; y el de quien sin ningún título usurpó una función pública.

En el primer caso, habría que establecer que, para efectos penales (no para otros efectos jurídicos), la irregularidad de la designación no eliminaría la posibilidad de juzgarlo por los delitos cometidos contra la administración pública. En el segundo caso, habría por cierto un delito de usurpación de funciones, sin que pueda considerarse a tal persona funcionario público, ni de derecho ni de hecho. Habría que establecer además si los actos realizados pueden encajar en una figura penal distinta a las previstas en este título, eventualmente abuso de confianza o estafa.

Finalmente debe señalarse que hay otros títulos en el Código: delitos contra las garantías constitucionales y contra la fe pública, que también pueden ser cometidos por funcionarios públicos y en los cuales debe tomarse en cuenta las observaciones que anteceden.

4.- El peculado

Por su trascendencia social y política, se puede considerar que el peculado es el delito más característico del Título. El Código, sin denominar al delito, lo tipifica en el Art. 257.

El peculado es un delito de vieja data, pues ya estuvo previsto en el derecho romano, de donde toma su denominación. Está tipificado en todas las legislaciones; concretamente en el Ecuador desde el primer Código Penal, con un texto que se mantuvo casi idéntico hasta la expedición del Código de 1938, pero a partir de entonces ha sido objeto de numerosas reformas. Entre ellas deben anotarse por su importancia, conforme se analizará más adelante, las siguientes: las de 1941; la de 1977 al expedirse la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC), que sufrió en poco tiempo una nueva reforma; las de 1985, mediante la cual se agregaron artículos relacionados, que se mantienen innumerados; y las de 1999, referidas al llamado "peculado bancario".

4.1.- Bien jurídico

Como ya se señaló, en general el bien jurídico lesionado en los delitos contra la administración pública es la regularidad funcional, la corrección y buena marcha de las instituciones públicas, y correlativamente la probidad y fidelidad de quienes prestan sus servicios a estas instituciones. Y es el peculado el delito en el cual este criterio definidor plantea un cierto conflicto, pues en la naturaleza de este delito está el perjuicio patrimonial que sufre la entidad pública; pero hay que reiterarlo: la defensa de los intereses patrimoniales no es el objetivo central de la incriminación: el delito existe aunque el sujeto activo devuelva los valores distraídos, o aunque se trate de funcionarios caucionados y el monto no excede de la caución, o cuando por cualquier otra circunstancia (la existencia de un contrato de seguro) no se produzca el perjuicio patrimonial. De todas maneras maneras, el elemento venalidad está presente en la consideración social del delito, y sobre todo si el perjuicio económico es elevado, éste será un factor a tomar en cuenta como circunstancia agravante, pero nada más.

4.2.- La tipicidad

Los elementos que integran la tipicidad del peculado en el Código ecuatoriano son los siguientes:

- El núcleo del delito está dado por el verbo "abusar", pero al final del primero inciso del Art. 257, las reformas de 1941, especificaron que el abuso podía consistir en desfalco, disposición arbitraria, malversación (modalidad eliminada posteriormente) o cualquier otra forma semejante;

- El delito debe haber producido el efecto de beneficiar al sujeto activo o a un tercero;

- El sujeto activo del delito debe ser un "servidor" de un organismo o entidad del sector público o una persona encargada de un servicio público (se señalará separadamente la situación del llamado peculado bancario y la calidad del sujeto activo de esta infracción);

- El objeto material del delito está determinado por las palabras "dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles"; pero bajo la condición de que estén en poder del servidor "en virtud o razón de su cargo".

Se examinarán estos elementos.

4.3.- El abuso

Nuestro Código utiliza el verbo "abusar" para describir la conducta típica de este delito. Si lo comparamos con los utilizados en otros códigos (la mayoría utilizan un verbo mucho más claro: "apropiarse" y secundariamente el verbo "distraer"), se puede concluir que esta palabra padece de cierta ambigüedad, pues su sentido propio es usar indebidamente una cosa, no darle el uso al que está destinada, conductas que siendo ilícitas no establecen con la necesaria precisión la naturaleza de la conducta incriminada ni su gravedad.

Seguramente esta posible ambigüedad llevó en 1941 al legislador a agregar una suerte de explicación sobre el alcance del abuso: "desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante". Al hablar de desfalco, equivalente a apropiación, y de disposición arbitraria, el Código se aproximó a la generalidad de las legislaciones; pero las otras dos expresiones han provocado no pocos cuestionamientos.

El desfalco, o apropiación de un bien que se tiene en custodia, es la forma más propia del peculado; pero no se trata de una sustracción de bienes (como ocurre en el hurto o en el robo), pues éstos se encuentran legítimamente en poder del sujeto activo. En este sentido, el delito es paralelo al abuso de confianza (Art. 560), que se comete en el ámbito privado. Y lo mismo puede afirmarse de la disposición arbitraria, que debe entenderse como una forma de abuso que consiste en distraer los bienes de los fines a los que estaban legítimamente destinados para darlos un empleo ilegítimo y perjudicial para la institución.

La malversación es una palabra que la doctrina suele emplear como sinónima de peculado o, con más exactitud, como una forma de distracción de bienes públicos. La reforma de 1941 que incorporó esta palabra se complementó en 1977, cuando en la reforma introducida por la LOAFYC se definió a la malversación como *"la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto"*, concepto que corresponde a la práctica jurídica ecuatoriana, pero se agregaba que este acto debería implicar un abuso en provecho personal o de terceros "con fines extraños al servicio público". Esta definición establecía una situación similar, si no idéntica, a la disposición arbitraria. Reformas posteriores crearon dudas acerca del mantenimiento de la malversación, así definida, como forma de peculado; pero al sustituirse el inciso primero del Art. 257, mediante la reforma del año 2001, se eliminó definitivamente la palabra. La malversación, en el concepto que tradicionalmente ha tenido en el lenguaje administrativo en el Ecuador, esto es el desvío de fondos públicos a fines distintos de los presupuestados, pero dentro de la misma entidad (que por tanto no sufre en principio un perjuicio patrimonial), ha quedado simplemente como una falta administrativa, si se lo ha hecho sin la autorización que exige la Ley de Presupuestos del Sector Público.

Más grave fue la incorporación de la frase "o cualquier otra forma semejante". Con ello se ha establecido un caso de interpretación analógica, es decir una fórmula que permite al juez (se podría decir que, de alguna manera, le obliga) a considerar como peculado conductas "similares" al desfalco o a la disposición arbitraria. Esta forma de tipificación crea un tipo abierto contrario al principio constitucional de legalidad o reserva de ley, fundamento del sistema penal. La amplitud que con ello se ha creado es extremadamente peligrosa para la seguridad jurídica y política que se garantiza a través de dicho principio.

Respecto a la forma en que el abuso puede haberse verificado, habría que señalar que con alguna frecuencia adoptará la modalidad de un delito continuado, con actos sucesivos realizados a lo largo de un período, pero que, dada la identidad de sujetos y objeto, deberán considerarse como un solo delito.

El abuso no puede ser sino un delito de acción y no de omisión; pero sí podría ocurrir la participación omisiva de un tercero, otro servidor público, que estaba obligado a actuar para impedir que el resultado delictivo se produzca.

4.4.- El efecto del abuso

En forma expresa la ley dice que el abuso debe haberse hecho "en beneficio propio o de terceros". Parecería casi inútil esta frase, que solo fue agregada en reciente reforma, pero el legislador la incorporó para poner de relieve, como elemento del delito, el provecho patrimonial ilícito del autor del delito o de la persona escogida por éste. En consecuencia si no hay ese provecho no hay peculado, lo cual precisamente ocurre cuando el desvío se ha efectuado dentro de la misma institución y para atender finalidades propias de la misma.

Ahora bien, no necesariamente este beneficio debe causar un daño efectivo a la entidad pública, como ya se señaló anteriormente. En todo caso, el delito se habría producido. Doctrinariamente (Maggiore) se ha discutido la posibilidad de un beneficio no patrimonial, como podría ser por ejemplo, la utilización de fondos públicos en obras destinadas a fines político-electorales; pero la calificación del provecho, en tal caso, sería de muy difícil determinación.

4.5.- El sujeto activo

Ya se señaló con anterioridad que en los delitos contra la administración pública, la ley exige que el sujeto activo sea una persona que desempeña funciones en una institución pública, sea cual fuere la denominación que se adopte en cada caso. El Art. 257 habla de servidor de un organismo o entidad del sector público y de persona encargada de un servicio público, sobre lo cual ya nada hay que agregar. La referencia en el segundo inciso a los servidores del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y de los bancos estatales, que en su origen pudo justificarse por la naturaleza de estas entidades, hoy resulta inútil, pues son instituciones que pertenecen al sector público.

La cuestión que ha motivado una intensa discusión es la situación de los particulares que intervienen en el delito como coautores o partícipes en general, caso frecuente, pues la mecánica de las conductas que se encuadran en el peculado suele requerir de la concurrencia de varias personas. ¿De qué delito debe responder el particular, que por lo mismo no tiene la calidad exigida por la ley?

El caso ha sido enmarcado por la doctrina dentro del tema de comunicabilidad de las circunstancias y, a falta de norma expresa, se ha sostenido por algunos tratadistas, que siendo la calidad de funcionario o servidor público una circunstancia personal, no se comunica a quienes no la tienen. Otros autores sostienen lo contrario, pues estiman que se trata de una circunstancia incorporada al tipo legal y que, si es conocida por el particular, se le comunica, pues éste sabría que está concurriendo al delito de un funcionario, con la especial connotación jurídica y social que estos delitos tienen.

La jurisprudencia ecuatoriana se ha inclinado mayoritariamente, y desde hace muchos años, por esta postura (Ver, por ejemplo, sentencias publicadas en las Gacetas Judiciales Series XIII, Nos. 5, 11 y 13; XIV, No. 1), aunque no han faltado sentencias en sentido contrario (Serie XIV, No.9). La norma constitucional vigente desde 1998 (Art. 121), a nuestro modo de ver, zanjó definitivamente la cuestión, al establecer que en el delito de

peculado, entre otros, las reglas sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos *"también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas"*. Y así se ha reconocido en sentencia de la Corte Suprema (Registro Oficial 111, de 25 de junio del 2003).

4.6.- El objeto material del abuso

El Código señala que el abuso se comete con *"dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles"* que estén en poder del sujeto activo.

Los códigos suelen ser mucho más sencillos en la determinación del objeto material. El italiano habla de dinero o cosa mueble; el español, de caudales o efectos públicos; el colombiano, de bienes. En realidad los casos más frecuentes de peculado son abusos de dineros y en general de bienes muebles; es discutible que el delito pueda cometerse en relación a documentos que puedan representar un valor dinerario, pues la obtención del beneficio patrimonial no podría realizarse con la sola apropiación o disposición del documento (un cheque o una letra de cambio); y parece claramente imposible un peculado de inmuebles.

En cambio sí debe atenderse a la distinción que hace el Código de dineros públicos o privados. En efecto, los dineros pueden ser propios de la institución pública de que se trate, pero también pueden ser de propiedad particular entregados a un funcionario para una determinada finalidad; por ejemplo, pagos por consignación o pensiones de alimentos depositados en efectivo en manos de funcionarios judiciales, para ser entregados a sus destinatarios, pero que son objeto de la apropiación.

4.7.- “En virtud o razón de su cargo”

Esta última exigencia legal determina que los dineros, efectos o bienes estén en "poder" del servidor como una consecuencia del cargo que desempeña, es decir en una forma inicialmente legítima y vinculada con la función. Esto excluye las hipótesis de sustracción, en cuyo caso el delito sería de robo o hurto, aunque la persona sea también un servidor público; excluye también los casos en que el funcionario haya recibido la cosa en forma circunstancial, como particular, lo que daría lugar a un abuso de confianza.

Lo que ha dado lugar a un cierto debate es el sentido que debe darse a la frase "en su poder". Antiguamente se había entendido que hacía falta una tenencia física de los bienes para que pueda configurarse el delito, lo cual significaba que de esta conducta sólo respondían funcionarios de un nivel medio o bajo, responsables de la custodia o tenencia de los bienes; y se excluían los de alto nivel. Actualmente, y considerando sobre todo el hecho de que los dineros ya casi no se encuentran en manos de un funcionario, se interpreta la frase en el sentido de que lo esencial es la capacidad de disposición que tenga el funcionario, pues el abuso puede adoptar formas de negociación (por ejemplo, pagos injustificados o excesivos) en que el objeto material (los dineros) no está en su poder, aunque posteriormente reciba el beneficio. En este

sentido se ha pronunciado ya la Corte Suprema (ver sentencia publicada en el Registro Oficial 522, 26-II-2002).

4.8.- Delito doloso

El empleo de la palabra "abuso", las modalidades que el abuso puede adoptar y la exigencia de que el abuso deba rendir un beneficio al propio autor del hecho o a un tercero, permiten concluir que la ley exige dolo para que el delito se tipifique. Es decir, según el concepto de nuestro Código (Art. 32), conocimiento de la antijuridicidad de la conducta y voluntad dirigida hacia la comisión del abuso con obtención del consiguiente beneficio (ver sentencias publicadas en las Gacetas Judiciales Serie XIV, No. 8 y XV, No. 3), aun cuando con posterioridad se restituya los dineros apropiados o distraídos.

La posibilidad de una figura culposa paralela al peculado ha sido prevista por algunas legislaciones (el Código colombiano, Art. 400, establece el delito del servidor público por cuya culpa los bienes se hubieren extraviado, perdido o dañado), pero no existe en el Código ecuatoriano, y merecerá solamente sanciones administrativas y civiles. Lo mismo puede decirse respecto de funcionarios cuya negligencia fue aprovechada por otros para la comisión de peculado.

4.9.- La posible prejudicialidad

Una cuestión largamente debatida ha sido la necesidad de un informe de auditoría de la Contraloría General del Estado, en la que se establezcan indicios de responsabilidad penal, para que pueda iniciarse el correspondiente proceso. Se trataría de una especie de prejudicialidad de tipo administrativo o de un requisito de procedibilidad.

Esta interpretación surgió del texto constitucional (Art. 212), que asigna a la Contraloría la función de determinar indicios de responsabilidad penal en las materias sujetas a su control. Por su parte, la Ley Orgánica de esta entidad (Arts. 65, 66 y 67) establece el mecanismo mediante el cual se ejercerá esta atribución.

En definitiva, la cuestión que se ha venido debatiendo es la siguiente: ¿es indispensable o no, para iniciar el proceso penal, la determinación por la Contraloría de los indicios de responsabilidad penal de los que habla la Constitución? Ha sido evidente que en muchos casos, casi en la totalidad, el antecedente del proceso penal por peculado fue el informe de la auditoría practicada por este organismo, en la cual se establecía la existencia de los presupuestos del delito, aunque luego la presunción pueda desvanecerse en el proceso. Sin embargo no parece imposible que, en ciertos casos, la fiscalía inicie la investigación por denuncias o informaciones obtenidas directamente por ella; pero aun en tales casos sería necesario contar con la opinión de la Contraloría. No se trataría, en rigor, de un factor indispensable para iniciar la indagación preprocesal y aun la instrucción, pero sí para asegurar sus resultados.

Surgió entonces una segunda cuestión: ¿podría ser llamado a juicio un acusado de peculado sin el informe de la Contraloría que establezca, tanto el perjuicio sufrido por la institución pública como los indicios de responsabilidad del acusado? La respuesta

negativa fue reconocida por la propia Corte Suprema de Justicia (Gaceta Judicial, Serie XVII, No. 10).

En ese estado de cosas, la Corte Nacional de Justicia, mediante resolución obligatoria (Registro Oficial 154, 19-III-2010), ha determinado que, si bien, para iniciar la indagación previa en un caso de peculado, la fiscalía no requiere de informe previo de la Contraloría, apenas conozca el caso debe solicitar dicho informe. Sin embargo, la resolución de la Corte no califica esta exigencia como un requisito prejudicial. En una nueva resolución (Registro Oficial 336, 8-XII-2010), la Corte ha señalado que la fiscalía no requiere ningún informe adicional en los casos del llamado peculado bancario.

4.10.- Las penas

Una tendencia de la legislación, fruto evidente de la preocupación pública, ha sido el paulatino endurecimiento de las penas previstas para este delito. Actualmente se lo sanciona con reclusión mayor de ocho a doce años; y es circunstancia agravante el que los dineros que son objeto del abuso estén destinados a la defensa nacional, en cuyo caso la pena será de reclusión mayor de doce a dieciséis años. Esta disposición determina sin duda que al tratarse de peculado no existe el fuero militar, pues se trata de un delito común.

Adicionalmente el Código establece una pena, se la podría calificar de interdictiva, que consiste en la incapacidad perpetua del condenado para el desempeño de todo cargo o función pública.

4.11.- Prescripción y juicio en ausencia

El Art. 257 del Código incluye una regla conforme a la cual el plazo de prescripción de la acción penal será el doble de la prevista en forma general por el propio Código (Art. 101). Sin embargo, la Constitución (Art. 233) determina, para este delito y para otros tres (cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito) un régimen excepcional y más severo todavía: la imprescriptibilidad tanto de la acción penal como de la pena.

Aunque este efecto está previsto en varias legislaciones, se lo ha reservado para delitos de otra naturaleza y de especial gravedad (genocidio y otros delitos contra la humanidad), por lo que este caso es posiblemente el primero en la legislación mundial en que se lo extiende a delitos contra la administración pública. En el ánimo del legislador obró la necesidad de enfrentar los gravísimos casos de corrupción que se habían descubierto en la época en que se expidió la mencionada norma constitucional. De todas maneras hay que admitir que se trata de una norma polémica que, por lo mismo, podría tener un carácter transitorio.

Todavía es más polémica la otra regla excepcional que se incluye en la misma norma constitucional: los procesos para el juzgamiento de estos mismos delitos podrán iniciarse y continuar en ausencia de los acusados. Esta posibilidad, que indudablemente linda peligrosamente con la vulneración del derecho a la defensa y que es única en el Derecho Procesal Penal ecuatoriano, reitera la gran preocupación social que la repetida

comisión de estos delitos ha causado, con la comprobación adicional de que en muchos casos, los más graves, han quedado en la impunidad.

4.12.- Delitos subsidiarios

El Art. 260 tipifica como delito cometido por funcionarios o empleados públicos la recepción de comisiones o primas, la alteración de precios en los artículos o planillas en la adquisición o compra de artículos o enseres para la administración. Si bien el delito es sancionado con una pena de dos a cuatro años de prisión, hay que advertir que es una figura subsidiaria del peculado, como expresamente se prevé en el texto del artículo.

La subsidiariedad, aplicación de la norma menos grave, se produciría solamente si se descarta la tipicidad del peculado, es decir si se comprueba que en el caso no se han reunido los requisitos de este delito más grave, que consiste en el abuso de dineros públicos. Tal vez podría darse el caso en la recepción de comisiones o primas, pero es muy poco probable si el hecho ha consistido en alteración de precios o planillas, cuyo objetivo consistiría precisamente en el abuso de fondos públicos.

También es una norma de carácter subsidiario la del Art. 261 que sanciona con una pena de quince días a un año de prisión y multa, al funcionario que cobrare multas por sí mismo cuando debiera cobrarlas otro, o no diere recibo de lo cobrado o no dejare constancia de la multa en el libro correspondiente. Tales conductas podrían constituir verdaderos peculados, si el funcionario se apropió o dispuso arbitrariamente de los valores cobrados; y se aplicará esta norma si solamente se produjeron las irregularidades administrativas que aquí se describen.

4.13.- Delitos agregados por las reformas de 1985

En 1985, una ley reformatoria al Código Penal agregó, a continuación del Art. 257, tres artículos innumerados que tipifican delitos que, de alguna manera, podrían considerarse como variantes menos graves del peculado, pues la pena para tales conductas es de uno a cinco de prisión. Sin embargo, si se los califica como peculado, los casos quedarían sometidos a las reglas de imprescriptibilidad y juicio en ausencia que se han examinado previamente.

En todo caso, hay que señalar que la ley reformatoria al establecer la calidad del sujeto activo, utilizó una fórmula amplia, en que se incluyen a personas elegidas, funcionarios, empleados y servidores públicos y a quienes actúan en representación o delegación de funcionarios públicos en organismos del Estado.

Los delitos son los siguientes:

- Peculado de uso de bienes o de servicios personales: la utilización en beneficio propio o de terceros bienes públicos o trabajadores remunerados por el Estado o por instituciones públicas.

- Aprovechamiento de información reservada: que puede consistir en estudios, proyectos, informes, resoluciones u otros documentos, que están en conocimiento del

funcionario, en razón o con ocasión del cargo, y que pueda ser utilizada económicamente en su beneficio o de un tercero.

- **Tráfico de influencias:** el favorecimiento a personas naturales o jurídicas para la concesión de contratos o realización de negocios, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, aprovechando la representación popular o el cargo que ejerce.

Aunque la reforma rige por más de diez años, ha tenido muy escasa aplicación.

4.14.- El “peculado bancario”

Las reformas de 1941 incluyeron, en el segundo inciso del artículo correspondiente, ahora el 257, como nuevos sujetos activos de la infracción a los empleados de los bancos comerciales, inclusión que en 1977 se modificó con la expresión "servidores" de bancos privados. Tales calificaciones han originado el que se hable, con muy poca propiedad, de un "peculado bancario", que se amplió todavía más con las reformas de 1999, luego de la gran crisis bancaria de ese año, cuando se incluyó como sujetos activos a los funcionarios, administradores, ejecutivos, empleados de todas las instituciones del sistema financiero privado, así como a los miembros o vocales de los directorios o consejos de administración de tales instituciones. También la misma reforma agregó un nuevo artículo, el 257-A, que sanciona la concesión u obtención dolosa de créditos vinculados.

En todo caso, estas modalidades no pueden considerarse como delitos contra la administración pública, sino como delitos financieros. Y no solo por la distinta calidad de los sujetos activos, sino fundamentalmente por la naturaleza del bien jurídico lesionado: el orden económico; pero además por las características especiales que tiene en este caso el abuso cometido.

Por la importancia que tiene esta figura penal, corresponderá en su momento, examinarla con amplitud, pero no en este capítulo dentro del cual constituye un cuerpo extraño.

5.- El cohecho

Otra de las figuras penales de especial gravedad y repercusión social es el cohecho (Arts. 285 a 291), delito que plantea cuestiones jurídicas y prácticas singulares que deben examinarse en forma detallada. En el lenguaje penal este delito es el que generalmente se ha denominado "corrupción", aunque luego la palabra ha adquirido un significado más amplio, comprensivo de otros delitos relativos al comportamiento de funcionarios públicos. También este delito suele denominarse soborno, e inclusive el Código (Art. 288) utiliza esta palabra como sinónima.

Tal vez lo más característico de la figura penal del cohecho es la intervención necesaria, para que el delito llegue a la consumación, tanto del funcionario público, que acepta el cohecho, que se deja corromper, como del particular que cohecha o corrompe. Esta situación de bilateralidad, en que uno y otro son sujetos activos, ha llevado a la doctrina y a la legislación a desdoblar el delito, hablándose de un cohecho activo, el cometido

por el corruptor y un cohecho pasivo, el del funcionario corrompido.

Esta bilateralidad tiene una derivación en cuanto a la forma en que el delito se ejecuta, pues su punto de partida es la iniciativa del particular corruptor, situación que diferencia al cohecho de la concusión, en que el particular, como se verá más adelante, ya no es sujeto activo sino pasivo del delito. Por cierto que, en la práctica, esta distinción es de difícil comprobación, como en general lo es todo lo relacionado con estos dos delitos.

5.1.- Bien jurídico

Dentro del enfoque general con que se examina el bien jurídico en los delitos contra la administración pública, es decir su correcta marcha y su regularidad funcional, también en este delito, como en el peculado, el énfasis se pone en la probidad del funcionario público, que incurre en venalidad, negociando y obteniendo ventajas patrimoniales del ejercicio de la función pública; sin que importe para el efecto que la institución sufra o no un daño patrimonial, que en general en estos casos no se produce.

5.2.- Tipicidad del cohecho pasivo

La figura penal del cohecho pasivo se integra con los siguientes elementos:

- El núcleo del delito se configura con una alternativa: aceptar ofertas o promesas o recibir dones o presentes;

- El sujeto activo de la infracción debe ser un funcionario público o una persona encargada de un servicio público;

- La aceptación o la recepción se vinculan a la realización por parte del funcionario o servidor de un acto de su empleo u oficio.

5.3.- El núcleo del delito

La doble alternativa que establece el Código: aceptar ofertas o promesas, recibir dones o presentes, plantea una situación que conviene esclarecer. El delito se produce, por supuesto, cuando el funcionario recibe un don o un presente (en dinero o en bienes), pero hay que advertir que basta para la consumación del delito la aceptación por parte del funcionario de ofertas o promesas que deberán cumplirse en el futuro, aun cuando tal oferta o promesa no llegare a efectuarse, y aunque el funcionario no realizare el acto al que se comprometió. En definitiva, para la consumación, basta el acuerdo.

Hay que examinar con relación a este punto, la naturaleza de aquello que el corruptor ofrece o promete. Al determinarse, en la segunda alternativa, que aquello que se entrega al funcionario es un don o presente, tales palabras acentúan el carácter económico de la corrupción, lo cual se confirma cuando la sanción incluye la restitución de lo recibido; pero cuando se habla de oferta o promesa se podría entender que puedan referirse a otro tipo de favores o ventajas (y esta palabra es expresamente utilizada por los Códigos alemán y peruano). Aunque las legislaciones en su mayoría utilizan expresiones que no

dejan lugar a duda sobre el contenido económico, la doctrina no es unánime, si bien su mayoría se inclina por considerar que el delito consiste en pactar un precio por la realización de un acto propio de la función pública, con lo cual aparece de manifiesto que es el afán de lucro lo que mueve al funcionario. Por cierto que si la retribución no debida iría a favor de la propia institución pública, no habría cohecho, aunque probablemente sí un abuso de autoridad.

Finalmente hay que establecer que el Código no determina un valor mínimo del don o presente para que el delito se produzca, y en estricto sentido bastaría que lo entregado o prometido tenga algún valor; pero hay autores (Maggiore) que sostiene que si el valor es realmente insignificante, y en ocasiones consagrado por la costumbre, se puede estimar que no hay en el particular la voluntad de corromper ni en el funcionario la de hacerse pagar por un servicio.

5.4.- El sujeto activo

La ley determina que el sujeto activo en el cohecho pasivo debe ser funcionario público o persona encargada de un servicio público, expresión cuyo alcance ha sido ya analizado previamente.

En cuanto a la intervención del particular corruptor, la naturaleza bilateral del cohecho ha llevado al legislador a tipificar, si cabe la expresión, un delito específico, el cohecho activo, que el particular comete, según se ha señalado ya y se examinará más adelante. Pero si intervinieron terceros, como intermediarios en la negociación, éstos también responderían de cohecho, pues inclusive así lo establece la norma constitucional (Art. 121).

5.5.- El acto pactado

El Código, en los Arts. 285 y 287, establece varias alternativas respecto al acto acordado con el funcionario público:

- Ejecutar un acto de su empleo u oficio, aunque sea justo, pero no sujeto a retribución. Esta situación lleva a calificar este caso como cohecho impropio, que es la forma menos grave del delito, pero que en todo caso demuestra una falta de probidad: se castiga la venalidad del funcionario.

- Ejecutar un acto manifiestamente injusto, es decir no solo ilegal, sino contrario a derecho, pero que no sea un delito. Esta conducta es sin duda más grave, pues no solamente se comprueba la venalidad del funcionario, sino además el incumplimiento de sus obligaciones, lo que atenta con la adecuada funcionalidad de la administración. Este sería el cohecho propio.

- Abstenerse de ejecutar el acto que está obligado a realizar, situación que se asimila a la del caso anterior.

- Cometer un delito en el ejercicio de su cargo. Situación la más grave de todas.

Ya se señaló que para la consumación del cohecho, basta el acuerdo entre el particular y el funcionario, sin que sea indispensable que éste llegue a ejecutar el acto al que se comprometió. Si el acto comprometido es justo y se lo realiza, no habría un efecto jurídico adicional; pero sí lo hay, si ejecuta el acto injusto, o no cumple el acto al que estaba obligado y, con mayor razón, si comete el delito.

En el caso de que el funcionario ejecute el acto injusto o se abstenga de realizar el acto al que estaba obligado, el Código (Art. 286) tipifica estas conductas como un nuevo delito que, teniendo una pena más grave, absorbería al anterior. Pero si ejecuta el delito al que se comprometió estaríamos en un caso de concurrencia o concurso de delitos, que tendría que ser resuelto con las reglas generales del Código para estos casos (Art. 81).

5.6.- Retribuciones no vinculadas

Según la redacción del Código, la promesa o la oferta, la entrega de un don o presente se hace "para ejecutar un acto", lo que permite concluir que no habría el delito si la entrega de un don o presente no está vinculada a la ejecución de un acto en concreto.

En consecuencia no habría el delito en los casos de "regalos" entregados al funcionario a posteriori de su actuación, o con motivo de determinadas festividades, regalos que en principio no demandan una compensación, pero que, en determinados casos, se los habría dado en previsión de situaciones futuras. Deberá entenderse que ley estima que la indelicadeza que puede existir no es suficiente para que se considere una conducta delictiva. Por cierto que regalos de alto valor son en sí mismos sospechosos y podría la ley tipificarlos también como conductas delictivas.

5.7.- Las penas

Ya se señaló que el legislador considera que las modalidades de cohecho tienen una distinta gravedad intrínseca, lo cual se refleja en las penas que en cada caso se han previsto en el Código. Para el cohecho impropio seis meses a tres años de prisión y multa; para el propio, uno a cinco años de prisión y multa; y tres a seis de reclusión menor y multa, si el funcionario ejecutó el acto injusto o no realizó el acto debido. En el caso de cohecho para cometer un delito, cuatro a ocho años de reclusión mayor y multa.

Lo especial en cuanto a las penas está en la restitución que debe hacer el funcionario, del duplo o el triple de lo indebidamente percibido, según el caso, o de los objetos recibidos, que serán comisados. Pero la restitución, obviamente, no se la hace a favor del corruptor, sino, dice la ley (Art. 291) que los bienes serán puestos a disposición del Presidente de la República, para que los destine a establecimientos de asistencia pública.

5.8.- Cohecho a jueces

Los Arts. 288 y 289 tipifican una figura agravada de cohecho, cuando se trata de un juez, de un árbitro, de un (amigable) componedor o de un jurado "que se hubiere dejado cohechar o sobornar". La pena es de cuatro a ocho años de reclusión mayor, multa equivalente al triple de lo recibido y privación (¿perpetua?) del ejercicio de la abogacía.

Pérez Borja, siguiendo a Nypels, comentarista del Código francés, estima que la frase con que se tipifica este delito, "dejarse cohechar", exige que el juez cohechado haya expedido una resolución contraria a derecho (cohecho propio); pero si el cohecho ha sido recibido para dar una resolución conforme a derecho (cohecho impropio), se le aplicaría lo dispuesto en el Art. 285, que es norma general para todo funcionario público. En todo caso hay que establecer que en general el juez, como funcionario público, está sometido a las reglas de este capítulo.

También debe considerarse la necesidad de delimitar esta figura del delito de prevaricato (Art. 277), que también puede ser cometido por jueces, al fallar contra ley expresa o proceder contra leyes expresas en la sustanciación de las causas. Al tener la prevaricación una pena menor (uno a cinco años de prisión), para armonizar las dos normas, hay que entender que en este otro delito estaría descartada la motivación venal, pues entonces el delito sería cohecho.

La norma agravada es aplicable también a los árbitros, por cierto que en el sentido previsto en la Ley Orgánica de la Función Judicial (Art. 3) y en la Ley de Arbitraje y Mediación (Arts. 1 y 16), es decir jueces que actúan con la denominada jurisdicción convencional.

En cuanto los jurados, que enumera el Código, es un rezago ahora inaplicable de la época en que el sistema procesal preveía la existencia de jurados populares.

5.9.- El cohecho activo

Como ya se indicó, el Código al especificar al cohecho como un delito bilateral, trata separadamente la situación del funcionario público que se deja corromper y la del particular corruptor.

El Art. 290 establece que el cohecho activo consiste en corromper a un funcionario público, a una persona encargada de un servicio público, a un árbitro o a un jurado, mediante promesas, ofertas, dones o presentes, para obtener un acto de su empleo u oficio; señala además que la pena será la misma que se dicte en contra del funcionario culpado de haberse dejado cohechar. Es decir variará según sea el acto pactado.

Pero además este artículo tipifica otro delito: el de particular que hubiese "compelido" al funcionario con violencias o amenazas para obtener un acto de su empleo u oficio. Por violencias deben entenderse, según el Art. 596, los actos de apremio físico, y por amenazas, según al mismo artículo, los medios de apremio moral que infundan el temor de un mal inminente. Claro que en este caso el funcionario no tendría responsabilidad alguna o la tendría atenuada si los actos de violencia o amenaza hubiesen sido resistibles, con lo cual queda sin establecerse cuál sería la pena aplicable a quien utilizó tales medios.

5.10.- Delitos dolosos

No queda duda, por la naturaleza misma del delito y las palabras que utiliza la ley, que

se trata, tanto en el cohecho pasivo como en el activo, de conductas dolosas, realizadas con conocimiento, por parte del funcionario, de que está violando sus deberes al aceptar retribuciones no debidas y más todavía al ejecutar actos indebidos o delictivos. Y por parte del corruptor al pagar por la ejecución de tales actos.

Podría darse, por cierto, casos que en la mecánica empleada, especialmente si se trata del cohecho para la ejecución de un acto justo, intervengan terceras personas que actúan con desconocimiento del acuerdo delictivo y que, por tanto, no tendrían responsabilidad alguna, ni siquiera culposa.

5.11.- Tentativa

La bilateralidad del cohecho trae una consecuencia respecto del íter críminis: puede no haber tentativa para el funcionario y sí para el particular. En efecto, si el funcionario, colocado en la alternativa de aceptar o no la oferta o la entrega, la acepta, el delito se consumaría para él y obviamente también para el particular; en cambio, si la rechaza, no cometería acto ilícito alguno, estaría más bien cumpliendo su obligación jurídica y ética. La situación del particular es distinta, pues él, en este caso, sí debe responder por tentativa.

5.12.- Imprescriptibilidad y juicio en ausencia

La norma constitucional (Art. 233) que establece la imprescriptibilidad de la acción y de la pena y la posibilidad de continuar el juicio penal en ausencia del acusado, es aplicable también al delito de cohecho.

5.13.- ¿Excusa absolutoria?

Las evidentes dificultades probatorias que se afrontan para la persecución de este delito han hecho surgir propuestas para que la ley establezca alguna fórmula destinada a facilitar las investigaciones y la consecuente sanción en esta materia.

La idea más extendida es la de crear una especie de excusa absolutoria (perdón legal) para el particular que hubiere participado en el delito y luego lo denuncia. El Código español (Art. 427) establece esta exención para el particular que haya *"accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por funcionario público y denunciare el hecho"*, dentro de los diez días siguientes. Esta redacción, sin embargo, podría no ajustarse exactamente a la naturaleza del cohecho en la que la iniciativa es del particular. Se trata, por cierto, de una cuestión polémica cuya factibilidad jurídica, ética y práctica no está plenamente clarificada.

6.- La concusión

Puede afirmarse en principio que la concusión (Art. 264) es un delito que constituye la otra cara del cohecho, pues en este caso no hay un particular corruptor y un funcionario que se deja corromper, sino que es éste el que, abusando de la potestad pública, utiliza

mecanismos indebidos, de carácter extorsivo, en contra del particular para obtener una ventaja económica. A diferencia, por tanto, del cohecho que es un delito bilateral, la concusión es un delito unilateral, en que el particular es más bien una víctima. Por esta razón puede afirmarse que este es un delito pluriofensivo, pues además de afectar a la recta administración pública, causa un daño patrimonial al particular.

Sin duda que en muchos casos la diferencia entre estos dos delitos no surge tan claramente, al menos desde un punto de vista objetivo, pues subjetivamente es muy evidente que en el cohecho, la intención del particular es corromper al funcionario, mientras que en la concusión no actúa con tal objetivo, sino que es objeto de la exigencia o del engaño del funcionario. Igualmente compleja es la prueba del delito, que regularmente queda sin sanción, pues los particulares afectados rara vez denuncian lo sucedido por el temor de ser acusados de cohecho (Se ha divulgado tan solo una sentencia de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, de 22-III-2000, recogida por Ediciones Legales).

En todo caso este también es un delito en que, conceptualmente, se conjugan los dos factores que aparecen en los anteriores: alteración del funcionamiento regular de la administración y venalidad del funcionario.

6.1.- Tipicidad

Los elementos que configuran la tipicidad de la concusión son los siguientes:

- El núcleo del delito está dado por los verbos: "mandar percibir", "exigir" o "recibir";

- El objeto material del delito: derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos o gratificaciones no debidas;

- El sujeto activo del delito: empleados públicos o personas encargadas de un servicio público, sus agentes o dependientes oficiales.

6.2.- El núcleo del delito

Los verbos empleados por la ley determinan que la conducta consiste en ordenar o exigir la entrega de derechos, cuotas, contribuciones, etc. o en recibirlos, aun sin haberlo ordenado. En este caso deberá entenderse que el particular que entrega tales valores lo hace bajo el convencimiento equivocado de que está obligado a hacerlo, pues de lo contrario estaría practicando un acto de corrupción propio del cohecho.

Es por ello que suele decirse que la concusión puede asimilarse a la extorsión, en el primer caso (empleo de medios coercitivos), y a la estafa en el segundo caso (empleo de medios fraudulentos), cometidos siempre por un empleado público.

También en este delito, como en el cohecho, no es indispensable para la consumación que se haya entregado lo ordenado o exigido por el empleado; basta, como se deduce del texto legal, la orden o exigencia.

El Código agrega que si la concusión ha sido cometida con violencias o amenazas, se considerará un agravante que amerita el aumento de la pena.

6.3.- El objeto material del delito

La enumeración que hace el Código: derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos o gratificaciones, alude en todo caso a beneficios de carácter económico; pero lo que no se señala es que el beneficio vaya directamente a favor del empleado, que será lo que ocurra ordinariamente, pero podría darse el caso de que sea la institución pública la que percibe el beneficio. En este caso, más que un caso de venalidad, se estaría ante una situación de abuso de autoridad.

6.4.- El sujeto activo

Tampoco queda duda en este delito de quiénes pueden ser sujetos activos del delito. El Código dice "empleado público" o "persona encargada de un servicio público", términos que deben ser entendidos, como ya se ha señalado con la amplitud que prevén la Constitución, las normas internacionales y la doctrina. La posible intervención de terceros, como agentes o dependientes del empleado, se produciría en aquellos casos en que éste "ordenó" percibir el derecho o la contribución, y en tal caso también los agentes o dependientes responderían del delito.

Pero encontramos en el artículo 264 un inciso, el tercero, que plantea una situación singular, que solo se explica, en nuestra opinión, por razones históricas, pues fue agregado al Código de 1906, luego de la revolución liberal de 1895, pero que se ha mantenido inalterable desde entonces.

Dicha norma tipifica como concusión la exigencia que hagan a los fieles los prelados, curas y otros eclesiásticos para que entreguen, contra su voluntad, diezmos, primicias, derechos parroquiales o cualesquiera otras oblaciones que no estuvieren autorizadas por la ley civil.

En principio la ubicación de la norma, entre los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios, resulta sorprendente; pero, ya en el fondo, no se ve cómo se podría producir esta exigencia más allá de un compromiso religioso o moral que une a una persona con una iglesia, a la que puede renunciar en cualquier momento.

6.5.- Dolo

Como ya se ha visto, en general los delitos contra la administración pública solo adoptan la modalidad dolosa y, por cierto, también la concusión es dolosa. La exigencia o la recepción de valores tiene que hacerse "sabiendo que no era debido", como puntualmente dice la ley. Es decir con pleno conocimiento de la ilicitud del acto. Por lo mismo un error acerca de la ilicitud eliminaría el carácter delictivo del acto.

6.6.- Las penas

Además de las penas privativas de la libertad que la ley establece, prisión de dos meses a cuatro años para la forma simple, y de dos a seis años (?) para la forma agravada, también la ley prevé una multa y la restitución del cuádruplo de lo indebidamente percibido. Al no señalarse específicamente el destino de la restitución, como sí se lo hace en el cohecho, deberá entenderse que será a favor del particular que fue la víctima de la exigencia.

6.7.- Imprescriptibilidad y juicio en ausencia

Igual que en los delitos anteriores, la Constitución ha determinado la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena y la posibilidad de continuar el juicio en ausencia del acusado de este delito.

7.- El enriquecimiento ilícito

Se trata de una figura penal relativamente nueva (en el Ecuador se la tipificó dentro de las reformas de 1985 y se la reformó en el 2001). Se ha incorporado a los códigos con carácter subsidiario, particularmente por las dificultades prácticas que existen para probar la comisión de otros delitos de corrupción administrativa, en especial el cohecho y la concusión.

De todos modos también la prueba del enriquecimiento lícito tiene sus dificultades, por lo cual esta figura penal está estrechamente vinculada a procedimientos administrativos, declaraciones de bienes e investigaciones por parte de organismos de control, que serían los antecedentes del proceso penal.

Tales aspectos confieren a este delito una especial fisonomía jurídica, que debe ser analizada.

7.1.- La tipicidad

El Código ecuatorianos (primer artículo innumerado agregado a continuación del 296) dice que *"constituye enriquecimiento ilícito el aumento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos"*.

Del texto transcrito se establece que no contiene propiamente la descripción de una conducta, aunque se podría entender que el delito consiste en haberse enriquecido ilícitamente. Sin embargo, lo que aparece en la norma es que el delito se produce cuando la persona, que ha desempeñado un cargo o función pública, no ha podido justificar un aumento patrimonial, que no corresponde a los ingresos que legalmente percibió. Esto querría decir que, al establecerse el incremento patrimonial, se presume que tiene su origen en la comisión de delitos contra la administración pública con implicaciones económicas, presunción iuris tantum que admitiría prueba en contrario: la justificación de ese incremento. Pero si no hay tal prueba, se confirmaría la existencia de este delito subsidiario.

La inversión de la carga de la prueba es una característica que ha hecho discutible la creación de esta figura penal, que para muchos comentaristas estaría violando principios constitucionales, como la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, la prohibición de autoincriminarse.

Se trata, sin duda, de una forma delictual atípica, creada por la necesidad pública de perseguir, por una vía excepcional, los casos de corrupción administrativa, que quedarían en la impunidad, al no poderse aplicar, por falta de prueba, las normas sancionadoras de delitos más convencionales.

7.2.- El enriquecimiento

El punto de partida de la figura penal es que la persona ha experimentado un incremento patrimonial que no guarda conformidad con los ingresos que legalmente percibió. La redacción original de la norma agregaba la frase: *"generado por actos no permitidos por las leyes"*, suprimida luego, posiblemente por considerarla innecesaria.

Para establecer el incremento, se ha recurrido en forma ordinaria a la exigencia de declaraciones patrimoniales.

La misma Constitución (Art. 231) exige que los servidores públicos sin excepción deberán presentar una declaración patrimonial juramentada, al iniciar su gestión, al concluir sus funciones y con la periodicidad que determine la ley. Los miembros de la Fuerza Pública deberán hacer la misma declaración al ingresar a la institución, al obtener ascensos y al retirarse. En la misma norma se determina que la Contraloría General del Estado examinará y confrontará las declaraciones e investigará los casos en que se presuma enriquecimiento ilícito. Se agrega que la falta de declaración al término de las funciones hará presumir tal enriquecimiento.

La Ley que regula las declaraciones patrimoniales juramentadas (Art. 1) obliga hacer tales declaraciones:

- a los integrantes de los órganos directivos de las instituciones del Estado;

- a los integrantes de los comités de contrataciones y otros cuerpos colegiados similares;

- a los directivos de los institutos de Seguridad Social;

- a los directivos y autoridades de entidades y empresas, sometidas al régimen jurídico privado, que en cualquier porcentaje manejen participaciones o fondos públicos, cuyos capitales o bienes pertenezcan al Estado;

- a las autoridades y directivos de las universidades, escuelas politécnicas e institutos de educación superior que se financian en todo o en parte con fondos públicos;

- a los funcionarios de fundaciones y corporaciones bajo cuya responsabilidad se encuentre la administración y gobierno de instituciones de derecho público y privado, con finalidad social y pública, que se financian en todo o en parte con recursos públicos;

- a los magistrados y jueces de la Función Judicial y del Consejo Nacional de la Judicatura;

- a las autoridades y directivos de los organismos de control y de las instituciones que ejerzan potestades de regulación;

- a los funcionarios y trabajadores de la Corporación Aduanera Ecuatoriana.

La misma Ley establece el mecanismo mediante el cual la Contraloría establecerá la presunción de enriquecimiento ilícito. Para ello comparará las dos declaraciones, realizadas antes y después de ejercer la función, y si encuentra diferencias evidentes, lo comunicará al declarante para que se pronuncie en el plazo de dos meses. Si el pronunciamiento fuere insuficiente o no se lo hiciere, mediante un examen especial verificará el contenido de las declaraciones y luego emitirá una resolución determinando si hay o no indicios de responsabilidad penal; y con toda la evidencia acumulada lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público. Igualmente se señala en la Ley que la falta de declaración al finalizar la función hará presumir enriquecimiento ilícito.

Otra Ley, la Orgánica de la Contraloría (Art. 31.9) establece la obligación de ciertos funcionarios (magistrados de la Corte Nacional de Justicia, Ministro Fiscal General del Estado, miembros del Consejo de la Judicatura, ministros de cortes provinciales y tribunales distritales, conjueces de las Cortes de Justicia, jueces de instancia, fiscales, registradores de la propiedad, notarios, funcionarios y servidores del Servicio de Rentas Internas y Corporación Aduanera Ecuatoriana) de presentar una nueva declaración cada dos años, pero no queda claro del texto de esta norma si esta obligación se extiende a otros funcionarios públicos.

Cabe preguntar si este procedimiento administrativo es una especie de cuestión prejudicial, sin la cual no podría iniciarse el proceso penal. De los términos de la Ley que regula las declaraciones juramentadas se deduciría que sí, pues los actos de la Contraloría: la comparación, la petición de explicaciones y la investigación posterior parecen indispensables para que surja la presunción. Cualquier otra investigación tendría que ser corroborada por el organismo de control para dar paso al proceso penal.

La Corte Nacional de Justicia, en resolución dictada a propósito del peculado (Registro Oficial 154, de 19-III-2010), ha determinado que si bien, para iniciar la indagación previa en un caso de enriquecimiento ilícito, la fiscalía no requiere de informe previo de la Contraloría, pero apenas conozca el caso debe solicitar dicho informe.

Por cierto que en muchos casos las declaraciones no mostrarán esos indicios de enriquecimiento de los que se habla en la ley, pues el funcionario corrupto habrá adoptado otros procedimientos para esconder su fortuna.

7.3.- El monto del enriquecimiento

Punto debatible en la tipificación de este delito es la no determinación de un monto mínimo del incremento patrimonial para que exista un delito. En rigor bastaría cualquier incremento, aunque sea mínimo; pero si se toman en cuenta los principios de proporcionalidad y de intervención penal mínima, y la posibilidad de que el fiscal acuda al principio de oportunidad (todos ellos consagrados en la Constitución), parecería adecuado que la propia ley establezca ese monto (por ejemplo, con salarios mínimos) y no se deje el caso a la decisión discrecional del fiscal o de los jueces. En casos de montos reducidos bastaría la sanción administrativa.

7.4.- El sujeto activo

La norma penal expresamente señala que el enriquecimiento deberá haberse producido durante el ejercicio de un cargo o función pública, "con ocasión o como consecuencia" de su desempeño, con lo cual queda claramente establecido su alcance en cuanto al sujeto activo de la infracción, en consonancia con lo que se ha dicho previamente sobre este asunto.

Es igualmente claro que no hace falta que la persona haya cesado en el desempeño de la función, y en rigor no habría que esperar, para la comparación, el disponer de su última declaración; más todavía si la ley prevé declaraciones periódicas, cada dos años.

En cambio, la norma penal no incluye a quienes ejercen funciones privadas, aun cuando la institución en la cual desempeñan cargos directivos reciba fondos públicos y que, por ley, estén obligados también a realizar declaraciones juramentadas.

Una cuestión a determinar se refiere a la situación de aquellas personas que, en connivencia con el funcionario público enriquecido ilícitamente, aparecen como dueños de los bienes que son el producto de sus actos delictivos. La Ley que regula las declaraciones exige que también la realicen terceras personas vinculadas con el declarante "cuando existan graves indicios de testaferrismo".

No habiendo una norma penal expresa para solucionar este caso, podrían hacerse tres calificaciones distintas:

- en forma autónoma como un delito de lavado o blanqueo de dinero;

- como una modalidad de encubrimiento, el favorecimiento personal que permite al delincuente aprovecharse de los resultados de su delito; conducta que solo recibe una sanción leve;

- como participación en el delito del funcionario que permitiría sancionar al testaferro con la misma pena. En el Ecuador, en razón de la norma constitucional (Art. 233), esta sería la solución aplicable.

También cabe señalar que en el tercer artículo innumerado de este Capítulo se determina que estas

normas son aplicables a los funcionarios y empleados de los Bancos Central y de Fomento y del Seguro Social. Se trata de una mención innecesaria, pues son personas que también desempeñan una función pública; pero además a los funcionarios y empleados de los bancos comerciales, cometiendo el mismo error advertido en el llamado peculado bancario.

7.5.- Dolo

Aunque este delito, como se ha señalado, tiene una naturaleza especial, no cabe duda que tiene un carácter doloso. El enriquecimiento ilícito es tal precisamente porque se origina en actos dolosos, no permitidos por la ley, decía la redacción original, realizados por el funcionario.

Lo que sí podría acontecer, eventualmente, es que el presunto testaferro no tenga conocimiento del origen de los bienes que ha sido puestos a su nombre, lo cual le libraría de responsabilidad penal.

7.6.- Las penas

Como ocurre con algunos de estos delitos, al determinar la pena, la ley no solamente establece la privación de la libertad (dos a cinco años de prisión), sino una pena pecuniaria especial: la restitución (¿al Estado?) del duplo del monto del enriquecimiento ilícito.

7.7.- Imprescriptibilidad y juicio en ausencia

La norma constitucional que establece estas dos situaciones es aplicable igualmente a este delito. Por lo primero se vuelve intrascendente el determinar desde cuándo se contaría el plazo de prescripción de la acción, si todavía no se ha iniciado el proceso penal (le regla general es: desde la fecha en que se cometió el delito).

7.8.- Enriquecimiento privado

En la consulta popular de 7 de mayo de 2011, se aprobó la incorporación a la legislación penal de una norma que tipifique el enriquecimiento privado no justificado, como un delito autónomo.

Aunque todavía esta norma no ha sido dictada, se advierten claramente las diferencias con el delito que se ha examinado en este punto.

En primer lugar el sujeto activo en el nuevo delito sería cualquier persona, no un funcionario o servidor público; y su enriquecimiento no estaría vinculado al ejercicio de una función pública. Por tanto, el delito ya no afectaría a la recta administración pública. Por ello en el proyecto de Código Penal Integral se lo considera como un delito tributario, ubicación que, al menos, parece discutible.

Por otra parte, al tipificarse el delito como enriquecimiento "no justificado", y no "ilícito", como en este caso, se refuerza el criterio de que la esencia de la conducta consiste en la imposibilidad de justificar el incremento patrimonial. Ya no sería por tanto un delito subsidiario y sería más pertinente la crítica de considerarla violatoria del principio constitucional de presunción de inocencia.

8.- El prevaricato

El delito de prevaricato o prevaricación ha sido considerado por todas las legislaciones como un grave quebrantamiento de los deberes propios de un funcionario, especialmente dentro de la administración de justicia, aun cuando también puede cometerse en otros ámbitos de la función pública.

Por esta razón algunos códigos dividen el tratamiento de la conducta en dos capítulos diferentes, según se produzca en uno u otro escenario. Inclusive en algunas legislaciones, suele formarse un título especial de delitos contra la administración de justicia, en que se agrupan el prevaricato, el falso testimonio y el perjurio, la denuncia y la acusación calumniosas, la obstrucción a la justicia, el encubrimiento, la evasión, el quebrantamiento de condena y otros.

El Código ecuatoriano asigna un capítulo especial al prevaricato dentro de los delitos contra la administración pública (Capítulo VI, Arts. 277 a 284), capítulo que no se limita al ámbito judicial. El Código incluye en este mismo título otro capítulo, (el VIII, Arts. 292 a 296) con algunas conductas contra la actividad judicial y tipifica los delitos de falso testimonio y perjurio entre los delitos contra la fe pública; la denuncia y la acusación calumniosas entre los delitos contra la honra, etcétera.

Siguiendo una antigua tradición legislativa española, la legislación ecuatoriana hace una larga enumeración de conductas, se pueden contar hasta catorce, en la que constan las que clásicamente afectan a la administración de justicia cometidas por jueces, como también otras en que los sujetos activos son otros funcionarios o abogados en el ejercicio profesional.

8.1.- Prevaricato de jueces

Esta es la más importante, y propia, de las modalidades de prevaricato y la que corresponde a su concepto más frecuente: la torcida administración de justicia.

Bien jurídico: Por la razón que queda señalada, en este caso el bien jurídico afectado es precisamente la adecuada administración de justicia, vulnerada por la actuación indebida de quien debe proceder con corrección, en esta materia de esencial trascendencia en un estado de derecho.

Sujeto activo: La ley (Art. 277) dice que el delito lo cometen los jueces de derecho y los árbitros.

Debe entenderse que al decirse jueces de derecho, la expresión comprende a todos los que ejercen funciones jurisdiccionales dentro de la Función Judicial: jueces de primera instancia, jueces que integran los tribunales penales, ministros de las cortes superiores y de los tribunales distritales y magistrados de la Corte Suprema. También se extiende a quienes ejercen tales funciones en los juzgados y tribunales penales militares y policiales u otras judicaturas, hasta tanto no se integren a la Función Judicial, en virtud del principio de unidad jurisdiccional.

En cuanto a los árbitros, en el numeral primero del Art. 277, se hace una expresa referencia a su condición: árbitros juris, referencia que se explica por la clasificación que hacía anteriormente la Ley Orgánica de la Función Judicial (antes de ser expedida la vigente Ley de Arbitraje y Mediación) entre árbitros de derecho y árbitros arbitradores o amigables componedores (clasificación que de alguna correspondería a la distinción que hace actualmente la ley entre arbitraje en derecho y arbitraje en equidad). Debe entenderse que es obligación de los árbitros en derecho de atenerse en sus decisiones a

la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina; mientras que los árbitros en equidad, que pueden no ser abogados, deben actuar conforme a su leal saber y entender y a los principios de la sana crítica.

Las otras referencias a los árbitros, en los numerales segundo, tercero y sexto del mismo artículo, no hacen ninguna distinción, por lo cual se entendería que en tales casos también podrían ser sujetos activos de prevaricato, pues en rigor también pueden adoptar decisiones "torcidas", injustas.

Modalidades: son varios los casos de prevaricato judicial previstos en el Código:

1) Fallar contra ley expresa. Fallar quiere decir resolver, lo cual se hace generalmente en una sentencia, pero podría también hacérselo en autos que tengan fuerza de sentencia (por ejemplo, el auto de nulidad o el de sobreseimiento), dictados en cualquier proceso judicial.

Se ha debatido si la norma debe aplicarse a los casos en que la providencia, por ser susceptible de recurso, no produce un daño irreparable o solamente en aquellos fallos que ya no admiten recurso alguno. La doctrina considera que en los dos casos, pues la incorrecta administración de justicia no se constriñe exclusivamente a lo que hagan los jueces de más alto nivel.

En cuanto a lo de "ley expresa", la doctrina y la jurisprudencia han entendido que se trata de resoluciones contrarias a una ley, entendida en un sentido amplio, en que se comprende la Constitución, los tratados internacionales y aun la legislación secundaria; pero siempre que tales normas no sean susceptibles de dudas o interpretaciones divergentes, pues si las hubiera, el juez puede legítimamente, sin cometer ninguna irregularidad, optar por una u otra interpretación. Podría también darse el caso de que el juez expida el fallo utilizando una ley no aplicable al caso, siendo evidente que la ley aplicable era otra. Por cierto que cada vez es más discutible la afirmación de que haya leyes tan claras que no requieren de interpretación, pues las ambigüedades parecen ser connaturales al idioma, consideración que limita la posibilidad de extender la conducta más allá de casos especialmente groseros.

El delito igualmente se podría producir en el caso de laudos arbitrales.

Pero, la tipicidad solo se verificará si se añade un elemento subjetivo indispensable, que permite calificar a este delito de doloso. El error en el fallo debe haberse producido por la razón determinada en la ley: interés personal, por afecto o desafecto a una persona o corporación o para perjudicar a la causa pública o un particular. En definitiva el delito no se produce por una incorrección jurídica, por la ignorancia o negligencia del juez, sino por la incorrección moral de dictar un fallo por motivaciones personales indebidas, a sabiendas de que está violando la ley, es decir contra su propia convicción jurídica. Este elemento dificulta la prueba del delito, pues no basta probar la impertinencia jurídica.

Si la decisión fue tomada por venalidad, si al juez se le pagó o se le ofreció pagar por ella, el delito será cohecho, en la forma más grave que se señaló previamente.

2) Proceder penalmente contra alguno conociendo que no lo merece. Esta

modalidad solo puede ser cometida por jueces con competencia en materia penal. Hay que tomar en cuenta que, en conformidad con las reglas del actual procedimiento penal, en que la instrucción y la acusación están en manos de los fiscales, un juez solo podría proceder penalmente llamando a juicio a un acusado, a sabiendas de que no hay fundamentos para hacerlo, en connivencia con un fiscal que estaría acusando igualmente sin fundamentos. En este punto, como en tantos otros, la legislación penal no guarda armonía con la evolución de la legislación nacional.

El elemento subjetivo en este delito, que le confiere el carácter doloso, se establece en la exigencia de que el juez haya actuado contra la persona a sabiendas de que no hay motivo para hacerlo.

Por cierto que también un juez, o un tribunal, podrían dictar además fallos condenatorios contra leyes penales expresas, es decir podrían cometerse sucesivamente los dos delitos.

Pero si la conducta consiste en la expedición de órdenes ilegales de prisión, esto constituiría otro delito, el tipificado en el Art. 180, entre los delitos contra las garantías constitucionales.

3) Dar consejo a una de las partes. Esta modalidad prevé la existencia de un litigio que está siendo conocido por un juez o un árbitro, el cual, en forma parcializada y en perjuicio de una de las partes, aconseja a la otra, se entiende, sobre la forma en que debe conducir su defensa. Si el consejo es de tal naturaleza que no causa perjuicio a la otra parte, no habría delito; tampoco si el consejo se dio antes de llegar a conocer la causa, pero en este caso el juez debería excusarse. Se trata también de un delito doloso.

4) Proceder maliciosamente en la sustanciación de las causas. En este caso, la violación se produce por la no aplicación de las normas procesales, como dice el Código, haciendo lo que prohíben o dejando de hacer lo que ordenan. Tales violaciones en el procedimiento podrían acarrear la nulidad del juicio en que se hubieren producido. El adverbio "maliciosamente" determina el carácter doloso de esta conducta; lo cual excluye el error por ignorancia o falta de cuidado. El delito podría ser cometido por jueces y, en cuanto a los árbitros, dada la naturaleza de la conducta, solo por jueces en derecho.

5) Conocer una causa en la que patrocinó a una de las partes como abogado. Un juez o árbitro que estuviera en tal situación, deberá excusarse de conocer la causa, pues carece de la necesaria imparcialidad. Si no se excusa podrá ser recusado, y si no lo es y continúa actuando, habrá cometido el delito. Aunque la ley, en forma expresa no incluye un elemento que resalte el dolo de la conducta, en concordancia con las demás disposiciones legales relativas al prevaricato, hay que concluir que también esta modalidad es dolosa.

6) Ejercer la función de juez teniendo un impedimento legal. Esta conducta está tipificada en el Art. 281, se refiere solo a jueces y merece una pena menor a la de los otros casos de prevaricato. La norma establece que el delito lo comete el juez que conoce una causa civil o penal, cuando está impedido de actuar por tener interés personal o parentesco con quien lo tiene, o cuando tenga algún otro impedimento legal. Los impedimentos serían los establecidos en los Arts. 871 del Código de Procedimiento

Civil y 264 del Código de Procedimiento Penal.

Tómese en cuenta además que en los Arts. 255 y 256, al tipificarse el delito de usurpación de atribuciones, se incluyen conductas que podrían ser cometidas por jueces; y que en el Art. 267 se sanciona con multa y suspensión de los derechos políticos por tres años, al juez que, estando en conocimiento de un proceso y mientras este se tramita, se constituye en deudor de una de las partes o la hace fiador suyo o contrae con ella alguna obligación pecuniaria.

Se ha extendido con alguna amplitud el criterio de que cometería prevaricato el juez que dé una opinión sobre un caso que esté conociendo. De la enumeración que se ha hecho, queda claro que tal conducta no está prevista como delito. El Art. 871 del Código de Procedimiento Civil, que se acaba de citar, señala en su numeral noveno que es causa de excusa y de recusación de un juez "el haber dado opinión o consejo sobre el juicio que conste por escrito". El delito podría producirse si, en tal caso, el juez no se excusa, porque podría tipificarse la conducta prevista en el Art. 281.

Pena: Para los cinco primeros casos, la pena es de uno a cinco años de prisión; para el sexto es de un mes a un año de prisión.

Agravante: El Art. 278 establece que si las infracciones que constan en los cinco primeros numerales han sido cometidas en materia penal, se aplicará el máximo de la pena. Por cierto que aquella que consta en segundo lugar sólo puede ser cometida en materia penal.

8.2.- Prevaricato de empleados públicos que ejercen autoridad

En el numeral cuarto del Art. 277 se prevé un caso de prevaricato, que podría ser cometido tanto dentro como fuera del ámbito judicial, aunque de alguna manera se relacione, en términos generales, con la administración de justicia. En efecto este delito se estructura de la siguiente manera:

Sujeto activo: Empleados públicos de cualquier clase que ejerzan autoridad judicial, gubernativa o administrativa.

Modalidades: Este delito admite tres formas, todas ellas prácticamente de omisión:

1) Denegación o retardo en la administración de justicia. Aunque la frase empleada por el Código parecería limitar la conducta a quienes ejercen autoridad judicial (así sea dentro de la Función Ejecutiva, por no cumplirse todavía con el principio de unidad jurisdiccional), cabe preguntarse si tal expresión no tiene un sentido más amplio y comprende a funcionarios del orden administrativo competentes para atender peticiones de cualquier naturaleza. ¿Sería actualmente aplicable esta norma a los fiscales?

2) Negativa a prestar el auxilio o protección que legalmente se les pida y que estén obligados a dar.

3) Negativa o retardo a prestar, cuando legalmente se les requiera, la cooperación y el

auxilio que dependa de sus facultades para la administración de justicia o cualquiera necesidad del servicio público.

También se sancionan con prisión de uno a cinco años.

El Art. 274, ubicado en otro capítulo de este mismo Título, tipifica el delito de comandantes, oficiales o subalternos de la Fuerza Pública que, legalmente requeridos por la autoridad civil, se negaren a prestar el auxilio que se les haya pedido, figura como se ve similar a la que se prevé en este numeral del Art. 277. Por cierto que en este, y en algunos otros casos, habrá que determinar la delimitación exacta con la legislación penal especial militar o policial, situación no exenta de dificultades y consiguientes conflictos.

Elemento subjetivo: El delito no se tipifica por la sola omisión, hace falta además que el empleado no haya omitido cumplido la correspondiente obligación por interés personal, afecto o desafecto a alguna persona o corporación, lo que implícitamente lo califica como un delito doloso.

8.3.- Prevaricato de otros empleados

En el numeral quinto del Art. 277 se tipifica una forma de prevaricato que puede ser cometida por cualquier empleado público, inclusive los curiales, aunque no ejerzan autoridad alguna. El delito consiste en un abuso de sus funciones (excederse en el ámbito de sus atribuciones), y exige dos condiciones: que el abuso perjudique a la causa pública o a alguna persona y que se haya actuado por interés persona, por afecto o desafecto, es decir dolosamente, como agrega la misma ley. La sanción es la misma que en los otros casos de prevaricato.

De todas maneras, el amplio sentido que tiene la palabra abuso linda peligrosamente con una forma abierta de delito y, por tanto, contraria al principio de legalidad.

8.4.- Prevaricato de actuarios

El Art. 280 tipifica el delito de los actuarios que, en las causas en que intervienen, defiendan o aconsejen a alguno de los litigantes. En términos generales, actuario es quien da fe de lo actuado en un procedimiento judicial, y concretamente el secretario de un juzgado o tribunal, que con esta conducta no guardaría la indispensable imparcialidad frente a las partes.

Se sanciona con prisión de tres meses a un año y multa.

8.5.- Prevaricato de abogados

El Art. 279 prevé tres modalidades de delito que puede ser cometido por los abogados, defensores o procuradores en juicio, y que son, simultáneamente, faltas de ética profesional:

1) Descubrir los secretos de la defensa a la parte contraria;
2) Abandonar la defensa de una parte y defender a la otra, después de haberse enterado de las pretensiones y medios de defensa;
3) De cualquier otro modo, perjudicar a su defendido para favorecer al contrario o sacar alguna utilidad personal. Modalidad que, una vez más, exige una interpretación analógica inaceptable en materia penal.

Se trata de conductas dolosas, que merecen una pena de uno a cinco años de prisión.

Por otra parte, el Art. 283 tipifica el delito que comete el abogado que favorece la actuación de tinterillos y establece la sanción de dos meses a un año de prisión, multa y suspensión del ejercicio profesional por un tiempo igual al de la pena. Tinterillo es, según la Ley para el juzgamiento de tinterillos, quien ejerce la abogacía sin título legal. En esta Ley se dictamina que la suspensión profesional del abogado que tuviere responsabilidad como cómplice o encubridor del tinterillo será de hasta por tres años.

8.6.- Revelación de secretos

En el mismo capítulo en que se tipifica el prevaricato se incluyen otros dos delitos (Arts. 282 y 284) de una naturaleza distinta, sin relación con las conductas que quedan señaladas, pues sancionan la revelación de secretos, que también se prevé en el Título II, como ya se ha señalado.

1) El primero de los delitos (Art. 282) sanciona con prisión de uno a cinco años la conducta del funcionario que, sin autorización del superior, descubra o revele secretos que le están confiados por razón de su cargo o exhiba documentos reservados.

Aunque la norma tiene un carácter general, podría considerarse que la conducta lesiona los intereses del Estado en relación a la seguridad y a la defensa nacionales, pues de acuerdo a la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información pública (Art. 17), la única información reservada es la que, por razones de defensa nacional, haya sido calificada de manera motivada como reservados por el Consejo de Seguridad Nacional; además de las informaciones expresamente establecidas como reservadas en leyes vigentes (Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Ley de Mercado de Valores).

2) El segundo de los delitos (Art. 284) consiste en la revelación, aun al declarar en juicio, hecha por un médico, cirujano, farmacéutico, obstetriz o cualquier otro profesional (¿solo de profesión sanitaria?), de un secreto del cual es depositario en razón de la profesión que ejerce. Esta norma coincide en lo fundamental con el Art. 201 (ubicado entre los delitos contra las garantías constitucionales), aunque en ella se establece la posibilidad de que exista una "causa justa", que eliminaría la antijuridicidad de la conducta. La sanción en este caso es de uno a seis meses de prisión y multa.

9.- Otros delitos cometidos por funcionarios públicos

Además de los delitos que se han examinado previamente, este Título tipifica otras infracciones que pueden ser cometidas por funcionarios públicos y que son,

fundamentalmente, violaciones de sus deberes específicos. Cabe indicar que estas infracciones, que se tipifican en el Capítulo V de este título, se han venido conservando en el Código Penal desde 1872, prácticamente sin reforma alguna, y corresponden por tanto a una visión de la administración pública, por decir lo menos, anticuada. De todos modos las examinaremos más en detalle.

9.1.- Incumplimiento de leyes, reglamentos u órdenes

El Art. 249 tipifica la infracción que comete el funcionario a quien corresponda cumplir o ejecutar o hacer cumplir o ejecutar una ley, reglamento u orden superior que le haya sido legalmente comunicada. La norma agrega que este incumplimiento puede deberse a "morosidad, omisión o descuido", palabras que parecen referirse a una conducta culposa y, por eso, la pena es solamente una multa.

Para que una orden superior deba ser cumplidas hacen falta tres requisitos necesarios: que quien da la orden tenga competencia para hacerlo, que haya una relación de jerarquía entre el funcionario que da la orden y el inferior que debe cumplirla; y que la orden haya sido comunicada en conformidad con la formalidades que correspondan.

Pero ¿qué sucede si el incumplimiento no es culposo sino voluntario y, en consecuencia, doloso? Nada dice el Código para este caso. Los anteriores sí tipificaban el delito del incumplimiento doloso de una orden superior y lo sancionaban con pena de prisión. No se tipificaba el incumplimiento de una ley, según Pérez Borja, porque el funcionario incurriría en la sanción prevista en la propia ley violada.

Lo que sí conserva el Código en el Art. 250 es el procedimiento que debe seguir el funcionario que recibe una orden superior y no la cumple porque "representa acerca de ella", es decir da razones al superior para justificar el incumplimiento.

Según este artículo, las razones que puede aducir el funcionario son las siguientes:

- que la orden sea manifiestamente contraria a la Constitución;
- que no se haya comunicado con la formalidades constitucionales y legales;
- que haya algún motivo para dudar prudentemente de su autenticidad;
- cuando sea una resolución obtenida con engaño, o dada contra la ley o en perjuicio de terceros;
- cuando de la ejecución de la orden resulten o se teman graves males que el superior no haya podido prever.

En estos casos, el que recibió la orden no la ejecutará, pero si el superior, enterado de la representación, repitiere la orden, deberá cumplirla, salvo el caso, dice la ley, de "ser manifiestamente contraria a la Constitución y a las leyes". Este principio opera inclusive en el ámbito de la Fuerza Pública, conforme lo establece el Art. 159 de la Constitución.

En aquellos casos, en que la orden es aparentemente legal, aunque sea ilegal en el fondo, se la deberá obedecer y el que obedece no incurrirá en responsabilidad alguna, pues en la motivación de su conducta existe un error esencial. La responsabilidad recaerá exclusivamente sobre quien dio la orden.

También será sancionado el inferior que no adujere en la representación los motivos fundados que alegue.

En concordancia con estas normas, la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa (Art. 24 literal d) establece la obligación de los servidores públicos de cumplir y respetar las órdenes legítimas de los superiores jerárquicos; y en el caso de órdenes ilegales o "inmorales", se negará por escrito a acatarlas.

9.2.- Coligación de funcionarios

La coligación o coalición de funcionarios públicos implica una situación de gravedad especial en relación al caso anterior. En efecto la infracción (Art. 251) consiste en el concierto o acuerdo de dos o más funcionarios para impedir, suspender o embarazar la ejecución de una ley, reglamento u orden superior. El acuerdo puede haberse producido en una reunión, o por diputación o por correspondencia. Se trata por tanto de un delito que exige indispensablemente un concurso o concurrencia de personas. Se sanciona con prisión de seis meses a cinco años.

Es un agravante del delito si la coligación se produce entre quienes ejercen autoridad civil y quienes pertenezcan a cuerpos militares. Y mayor agravación todavía (hasta nueve a doce años de reclusión) si el acuerdo está dirigido a conspirar contra la seguridad del Estado (Art. 252). En estos dos casos se sanciona propiamente la conspiración; pero si el objetivo es atentar contra la seguridad del Estado, este Título no es el adecuado para incluir la conducta. Se distingue al establecer la sanción, la situación de los provocadores y de los demás.

Finalmente (Art. 253) se sanciona con prisión de un mes a un año a aquellos funcionarios que, a consecuencia del convenio, hubiesen dimitido con el fin de impedir o suspender la administración de justicia o el cumplimiento de un servicio legítimo.

9.3.- Usurpación de atribuciones

El Art. 226 de la Constitución de una manera expresa señala que las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias, los servidores públicos y las personas que actúan en virtud de una potestad estatal "ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y en la ley". La figura penal se ha establecido precisamente para sancionar a aquel funcionario que se sale del ámbito de su competencia específica y ejerce atribuciones propias de otros funcionarios u órganos del Estado.

En los Arts. 254, 255 y 256 del Código Penal se tipifican los siguientes casos de usurpación de atribuciones:

- Dictar reglamentos o disposiciones excediéndose de sus atribuciones. Esta norma tiene un carácter general, pues se refiere a cualquier forma de usurpación, pero el Código señala también varias situaciones específicas;
- Arrogarse por un juez atribuciones propias de las autoridades políticas o administrativas;

- Impedir un juez el ejercicio legítimo de las atribuciones de las autoridades políticas o administrativas;
- Ejercer un empleado del orden político o administrativo atribuciones judiciales;
- Impedir un empleado del orden político o administrativo la ejecución de una decisión judicial;
- Continuar procediendo un juez o en general un empleado público antes de que se decida su competencia cuando legalmente se le ha requerido su inhibición.

La sanción para estas infracciones es solamente de multa.

9.4.- Destrucción, supresión o sustracción de documentos

El Art. 262 sanciona con tres a seis años de reclusión menor al empleado público o a la persona encargada de un servicio público que hubiese destruido o suprimido documentos o títulos (según el texto original del Código), programas, datos, bases de datos, información o cualquier mensaje de datos contenidos en un sistema de información o red electrónica (texto agregado por la Ley de Comercio Electrónico), de que son depositarios o que les hubieren sido encomendados en razón de su cargo. El acto debe haberse realizado maliciosa y fraudulentamente, es decir dolosamente.

En cambio el Art. 263 sí prevé una conducta culposa: cuando la destrucción o la sustracción de piezas o procesos criminales (debería decir penales), papeles, registros o documentos contenidos en archivos, oficinas o depósitos públicos, lo hubiere hecho un tercero por negligencia del depositario, el cual será sancionado con una pena de prisión de seis meses a un año.

9.5.- Realización de negociaciones incompatibles

También se sanciona en este Título (Arts. 265 a 267) la conducta de funcionarios que realicen determinadas negociaciones, que, aun siendo lícitas en sí mismas (el ejercicio del comercio, por ejemplo), resultan incompatibles con el ejercicio de la función pública, por la indebida presión que puede producir su intervención.

Los casos que el Código recoge son los siguientes:

1) El empleado público que tomare para sí, en todo o en parte, finca o efecto en cuya subasta, arrendamiento, adjudicación, embargo, secuestro, partición, depósito o administración intervenga por razón de su cargo u oficio; o que entre a la par en alguna negociación o especulación de lucro sobre las mismas fincas o efectos. La intervención puede ser abierta o directa, o por un acto simulado o por interpuesta persona, que en tal caso también respondería del mismo delito (Art. 265).

Al establecer la pena de este delito, el Código introduce una novedad. Hay una pena de prisión de seis meses a tres años, pero el monto de la multa se fija en una suma del seis al doce por ciento del valor de la finca o de la negociación.

2) Los funcionarios enumerados en el Art. 266 que ejercieren el comercio en el distrito

donde desempeñan sus funciones.

La nómina de funcionarios se extiende al Presidente de la República, ministros de estado, magistrados de tribunales, gobernadores, comandantes generales, jefes de zona militar, jueces del crimen (penales), administradores y empleados de aduana.

La pena para este delito es "la pérdida de lo que se les aprehenda perteneciente a ese comercio ilícito"; es decir el comiso, caso excepcional en que esta pena es principal y no accesoria.

Pero el mismo artículo establece tres actividades que pueden ser realizadas por estos funcionarios sin incurrir en la conducta delictiva: vender los productos de las haciendas o industrias que son de su propiedad o sobre las que tienen algún derecho; invertir en acciones de bancos, empresas o compañías, sin ejercer cargos ni funciones administrativas o económicas; y dar a mutuo sus capitales.

3) El magistrado o juez que, mientras conoce de un litigio, se constituye deudor de una de las partes, o hace fiador suyo a alguna de ellas, o contrae con ellas alguna obligación pecuniaria. El delito debe ser doloso y se sanciona con multa y suspensión por tres años de los derechos de ciudadanía (derechos políticos) (Art. 267).

9.6.- Abusos de autoridad

Bajo la denominación genérica de abusos de autoridad, que utiliza el Código en la denominación del Capítulo V, se pueden agrupar algunas conductas tipificadas en el mismo.

- El Art. 270 prevé el caso del funcionario público que hubiere requerido u ordenado el empleo de la fuerza contra la ejecución de una ley o decreto ejecutivo, contra la percepción de un impuesto, contra la ejecución de una providencia judicial o de cualquier orden emanada de la autoridad. Se sanciona con prisión de uno a cinco años, pero si las órdenes o requerimientos se han ejecutado, habrá una situación agravante (Art. 271), y si han sido la causa directa de otros delitos más graves, el funcionario será sancionado con la pena de tales delitos (Art. 272).

- El Art. 273 sanciona el uso de violencias contra las personas que un agente del Gobierno o de la Policía hubiere cometido en el ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus funciones, cuando no hubiere motivo legítimo para hacerlo. En realidad, más que un delito autónomo, es una agravante del delito de lesiones u homicidio, que se hubiere producido como consecuencia de las violencias: se doblará el mínimo si la pena es de prisión y se lo aumentará en dos años si la pena es de reclusión.

- El Art. 275 tiene una naturaleza especial, cuya razón de ser, según los antecedentes franceses, es la mayor culpabilidad que tiene un funcionario público que comete un delito, cualquiera que sea, que tenía la obligación de prevenir, perseguir o reprimir. El artículo establece un agravante (se aumentará el mínimo de la pena) cuando el funcionario público fuere culpable, como autor o cómplice, del delito en cuestión.

Esta norma se refiere en particular a los agentes de policía, encargados de prevenir o

perseguir los delitos; a los fiscales, también encargados de perseguirlos; y a los jueces con competencia en materia penal, cuya función es reprimirlos.

9.7.- Omisión de denuncia

La Constitución estipula de una manera expresa (Art. 83 numeral octavo), el deber de todo ciudadano de denunciar los actos de corrupción; y en términos generales, el Código de Procedimiento Penal (Art. 42) ratifica el deber de denunciar la comisión de cualquier delito de acción pública ante la autoridad competente (la fiscalía).

Sin embargo, el Código Penal establece solamente dos casos en que determinadas personas tienen la obligación de denunciar, de tal modo que, si omitieren su cumplimiento, a su vez cometerán un delito, que, en rigor, podría calificarse como un caso de encubrimiento.

El primer caso (Art. 292) establece tal obligación para los funcionarios públicos o agentes de policía, que teniendo noticia de la perpetración de un delito, deben ponerlo inmediatamente en conocimiento de un juez (ahora, de un fiscal). El Código no determina la forma en que el funcionario haya llegado a tener la noticia del delito, dejando la duda de que la información sobre el supuesto delito tenga que ver o no con las funciones que desempeña; pero establece la obligación de hacer la denuncia inmediatamente, es decir apenas haya conocido de la existencia del delito; y si no lo hiciere habría ya cometido el delito tipificado en este artículo. La pena es de prisión de quince días a seis meses.

Más adelante se analizará el otro caso (Art. 293), que se refiere a personas particulares.

9.8.- Evasión

El Capítulo XI de este Título (Arts. 307 a 311), al tipificar el delito de evasión, prevé dos situaciones: que el delito lo cometan las personas encargadas de conducir o guardar a detenidos o presos, es decir empleados que cumplen esa función pública; o que lo cometan otras personas, caso que se analizará más adelante.

En la primera situación, la ley establece una diversidad de sanciones tomando en cuenta los siguientes aspectos:

- que la evasión se haya verificado en connivencia con el prófugo o por negligencia del encargado de su vigilancia; es decir que la conducta haya sido dolosa o culposa;

- que el prófugo esté perseguido o condenado por un delito sancionado con prisión o con reclusión;

- en el caso de que la evasión se haya producido o se ha intentado con violencia, amenazas o fracturas, si se le ha suministrado al prófugo los instrumentos para operarla; o si se le ha proporcionado armas.

Para determinar las penas para este delito, la ley toma en cuenta las distintas variantes

señaladas, y oscilan entre prisión de ocho días a tres meses (evasión provocada por negligencia de personas perseguidas o condenadas por delitos sancionados con prisión) hasta reclusión mayor de cuatro años (evasión mediante violencias, amenazas, fracturas o con armas, de personas perseguidas o condenadas por delitos sancionados con reclusión).

La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Art. 76) establece como agravante el hecho de que el prófugo esté detenido por un delito de los tipificados en dicha Ley.

10.- Delitos de particulares contra la administración pública

Como se señaló previamente, el Código, a lo largo de este extenso Título, tipifica también numerosos conductas dolosas que pueden ser cometidas por particulares alterando el normal funcionamiento de la administración pública. Por cierto que la vieja estructura de la ley en este punto (como ya se indicó, casi todas las disposiciones han venido constado desde el Código de 1872 y son tomadas del Código belga) trae como consecuencias, primero, que se incluyan en este título delitos cuya ubicación más adecuada sería en otros títulos; y, segundo, que se mantengan como tales actos que deberían ser despenalizados.

En todo caso se examinarán a continuación estos contenidos.

10.1.- Rebelión

La Constitución (Art. 83 numeral primero) establece, entre los deberes de los ciudadanos, el acatar las decisiones legítimas de la autoridad competente. El Código en este punto tipifica como delito el no acatamiento de tales decisiones, en las circunstancias que se señalan de inmediato.

En efecto, el Art. 218 tipifica el delito de rebelión que, a pesar de su denominación, no constituye un delito contra la seguridad interna del Estado, pues no pretende alterar la institucionalidad política. Siguiendo la tradición francesa, el delito consiste en el ataque o la resistencia, con violencias o amenazas, en contra de empleados o agentes de la fuerza pública comisionados para la percepción de impuestos, la ejecución de decretos o fallos judiciales o la recaudación de aduanas, que actúan en cumplimiento de leyes, órdenes o reglamentos.

También constituyen este delito los actos de violencias o amenazas realizados por presos, detenidos o asilados en "hospicios", siempre que no estén "privados de conocimiento".

Un claro ejemplo del carácter anacrónico del Código en este Título es el Art. 219, que tipifica el delito de resistencia a los empleados del "servicio telegráfico" cuando transmitan despachos de la autoridad pública.

La rebelión de una sola persona se sanciona con prisión de ocho días a seis meses, pero

hay agravación si se ha hecho con armas (tres meses a dos años, o si ha cometido por varias personas, con concierto o sin concierto previo entre ellas, o con armas (reclusión menor de tres a seis años).

El Art. 222 contempla un caso de excusa absolutoria cuando uno de los rebeldes, que no ejerciere funciones en la pandilla, se retirare a la primera amonestación o hubiere sido aprehendido fuera del lugar de la rebelión sin nueva resistencia y sin armas.

Dos observaciones adicionales: no se tipifica como rebelión la resistencia pasiva, es decir sin violencias ni amenazas. Tampoco habría delito en la resistencia a actos ilegítimos cometidos por empleados públicos o agentes de la fuerza pública, pues más bien se estaría en ejercicio de una legítima defensa.

10.2.- Atentados contra funcionarios públicos

En los Arts. 224 a 229, se dan normas especiales para sancionar delitos contra las personas, cuando el sujeto pasivo de la infracción es un funcionario público. Tales normas, por su carácter especial, prevalecen sobre las previstas en el Título VI, de los delitos contra las personas.

La ley considera que, sin perder de vista la protección de los derechos individuales a la vida y a la integridad física, hay en estos casos una lesión a la marcha regular de la administración pública; y hasta podría considerarse que también resulta afectada la seguridad interna del Estado, sobre todo cuando se trata de atentados contra el Presidente de la República.

El Código, al referirse a los funcionarios que pueden ser víctimas de estos atentados, hace una importante distinción: en el caso del Presidente de la República o de quien se halle ejerciendo la Función Ejecutiva, este delito existe por la sola calidad del sujeto pasivo; pero al tratarse de otros funcionarios (legisladores, ministros, magistrados, jueces o cualquier otro funcionario público, ejerza o no jurisdicción), hace falta que el delito se cometa cuando el funcionario se halle en el actual ejercicio de sus funciones o por razón de tal ejercicio.

En concreto, los atentados que se sancionan son exclusivamente los siguientes:

- Tentativa de asesinato, que parecería tipificarse como un delito autónomo. La pena es de reclusión mayor de ocho a doce años, aunque o llegue inferirse daño alguno, cuando se trata de atentados contra el Presidente de la República.

- No se sanciona el asesinato consumado, que tendría la pena establecida en el Art. 450, ni tampoco la tentativa de homicidio simple. Más lógico sería que se prevean en general, en este Capítulo, los atentados contra la vida, estableciéndose las diferentes penas en relación al sujeto pasivo, a la distinción entre asesinato y homicidio y al hecho de que se el delito se haya tentado o consumado.

Pero lo más singular es lo que ha ocurrido al agravarse la pena del asesinato con las reformas del 2001. Este delito se pena ahora con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años; por lo cual la pena para la tentativa de asesinato de cualquier persona,

que, según lo que dispone el Art. 46, debe ser de un tercio a dos tercios de esta pena, sería mayor que la establecida para la tentativa de asesinato del Presidente de la República, contradiciendo el espíritu que anima estas normas de sancionar de manera más severa estos atentados.

- Heridas, golpes, maltratos u otra violencia material, cuya pena (tres a seis años de reclusión menor) podría modificarse, conforme lo señala el Art. 229, cuando el resultado de las heridas, golpes o maltratos produzca una lesión que merezca una pena más alta a la establecida en este capítulo;

- Provocación a duelo, delito que se mantiene en el Código a pesar de su obsolescencia y que tiene una pena bastante alta: la inmediatamente inferior a la tentativa de asesinato.

Cuando el sujeto pasivo de estas infracciones es un funcionario distinto al Presidente de la República, las penas disminuyen a un grado inferior.

10.3.- Desacatos

La palabra desacato se ha entendido en la práctica jurídica ecuatoriana como un acto de desobediencia a una resolución dictada por autoridad pública; y así lo prevén inclusive varias leyes (por ejemplo, las que regulan las actividades y atribuciones de la Defensoría del Pueblo o de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción).

Sin embargo la palabra desacato tiene un diferente sentido técnico en materia penal, pues así se denomina un delito de vieja estirpe (existía ya en el derecho romano), pero que, en general, se mantiene en los códigos. Se trata del delito que comete quien ofende a una autoridad en el ejercicio de sus funciones (in officio) o con ocasión de ellas (propter officium), con injurias o amenazas, de palabra o de hecho.

La doctrina, siguiendo la tradición romana, ha considerado que los actos de desacato tienen, en definitiva, una doble manifestación, pues constituyen una especie de injurias o de amenazas, calificadas por la calidad del sujeto pasivo. Y aunque tales actos no tienen la gravedad de los atentados contra la vida o integridad física, se ha considerado que también afectan a la marcha regular de la administración. No, por tanto, a lo que podría llamarse la majestad del poder, aunque sí podrían afectar al honor o a la seguridad del funcionario.

Por cierto que actualmente se discute en el país la pertinencia de estas normas penales, al menos con la amplitud que se ha pretendido dar a las que constan en el Código. Se advierte que pueden ser utilizadas como un instrumento de persecución política contra los opositores a un régimen, situación que se agrava por tratarse de delitos de acción pública, en cuyo trámite operan medidas cautelares, como la prisión preventiva.

Por eso se ha sugerido su eliminación, para que los hechos puedan ser juzgados bajo las normas generales sobre amenazas o injurias. O, al menos, su reforma, limitándolas a los casos en que se lesionan efectivamente bienes jurídicos vinculados directamente al ejercicio de la función pública, y no la honra de las personas que ejercen autoridad, para lo cual ya existe una previsión legal, en el título correspondiente. Por cierto que en estos casos, lo fundamental es que las normas penales no se apliquen con consideraciones

políticas que distorsionan el sentido de la ley, en perjuicio de los derechos de los ciudadanos.

El Código ecuatoriano ha recogido los conceptos básicos de este delito en los Arts. 230 a 233, determinando como núcleo el acto de ofender a un funcionario público con amenazas, amagos o injurias.

En el Art. 230, la conducta consiste en "ofender" al funcionario; pero agrega que la ofensa consistirá en amenazas, amagos o injurias. Es claro que las amenazas deben entenderse, en conformidad con el propio Código (Art. 596), como "los medios de apremio moral que infunden el temor de un mal inminente"; y que el sentido de las injurias deberá establecerse de acuerdo a los Arts. 489 y 490. Por lo que también son aplicables en este caso las consideraciones que se hacen sobre tales conductas; por ejemplo la exigencia del *animus injuriandi*, como elemento subjetivo del delito.

La palabra "amagos" no se incluye en otros códigos ni el nuestro la define. El Diccionario la define como señales o indicios de algo y el verbo amagar tiene varias acepciones, con lo cual podría servir precisamente para ampliar inadecuadamente el alcance de la conducta.

En el Art. 231 a las tres palabreas se añade violencias; en el 232, se habla de faltar al respeto con palabras, gestos o actos de desprecio y de turbar o interrumpir el acto en que se halla el funcionario o tribunal; y el 233 se refiere a insultar u ofender. Al menos debería unificarse la terminología, para evitar las dudas y abusos que pueden producirse.

En cuanto al sujeto pasivo, el Código hace las siguientes distinciones:

- Si el sujeto pasivo es el Presidente de la República o quien ejerce la Función Ejecutiva, el delito existe aunque no se lo cometa cuando se halle ejerciendo sus funciones o por razón de tal ejercicio (Art. 230);

- El desacato en contra de los demás funcionarios públicos, ejerzan o no jurisdicción, solo existirá si se lo comete cuando se hallen ejerciendo sus funciones o por razón de tal ejercicio (Art. 231);

- Se tipifica el delito de faltar al respeto a un tribunal, corporación o funcionario público, cuando se halle en ejercicio de sus funciones con palabras o gestos de desprecio; o de turbar o interrumpir aquel en que se hallen (Art. 232);

- En este último caso también se sanciona la conducta de quien insulte u ofenda a una persona que se halle presente en el acto (Art. 233).

Las penas oscilan entre un mínimo de prisión de ocho días a un mes y un máximo de seis meses a dos años.

Este delito es diferente de las ofensas o vilipendios contra las instituciones como tales, que prevé el Art. 128 ubicado en el Título I de este Libro.

10.4.- Desobediencia y denegación de servicios

Aunque, de alguna manera, también podrían calificarse de rebelión, los delitos tipificados en los Arts. 234 y 235 tienen una naturaleza que los diferencia de los señalados anteriormente. Aquí se trata de prestaciones que se piden a las personas, de una naturaleza un tanto indeterminada, pero que son necesarias para el mejor servicio público, que es el requisito fundamental para que las conductas sean punibles.

En efecto, el primero de estos artículos sanciona con prisión de ocho días a un mes a quienes desobedecieren a las autoridades, cuando ordenaren "alguna cosa" para el mejor servicio público, en asuntos de su dependencia y de acuerdo a sus atribuciones legales.

El segundo de los artículos sanciona con prisión de ocho días a dos meses a quienes rehusaren prestar el servicio que se les exija, en la profesión, arte u oficio que ejerzan o de cualquier manera que sea necesaria para la administración de justicia o servicio público.

10.5.- Usurpación de funciones

Este delito se diferencia del delito de usurpación de atribuciones, que comete el funcionario público que realiza actos que no son de su competencia. Aquí se trata de personas que no tienen la calidad de funcionarios públicos, pero que actúan como tales.

Los Arts. 236 a 238 establecen los siguientes casos:

- El fingimiento como empleado público civil, militar o eclesiástico (?), sin título legítimo, dice el Código innecesariamente, pues el acto consiste en un fingimiento y en el ejercicio como tal de alguna función. Este delito está sancionado con prisión de uno a cinco años y multa.

- La anticipación de funciones, situación que se produce cuando la persona que ha sido nombrado para funcionario pública ha entrado en funciones sin haber prestado la promesa legal. La sanción en este caso es de multa.

- La prorrogación de funciones, que se produce cuando el funcionario público ha continuado en el ejercicio de sus funciones, luego de haber sido destituido, suspendido, declarado en interdicción o cuando ha terminado el período para el cual fue nombrado, salvo los casos legales (prorrogación de los jueces). La pena para este delito es de prisión de seis meses a un año y multa.

El Código agrega en este capítulo el delito de usurpación pública de nombres (Art. 239), aunque como, dice la jurisprudencia francesa no haya habido la intención de engañar ni causar perjuicio. La sanción es prisión de ocho días a tres meses y multa. El uso de un nombre falso puede ser uno de los mecanismos engañosos que servirían para cometer una estafa (Art. 563).

Finalmente los artículos innumerados agregados en 1972 tipifican el uso indebido de grados, insignias, uniformes, denominaciones o distintivos militares (prisión de seis meses a dos años); así como el uso con finalidades delictivas de estos mismos grados,

insignias, etc. (prisión de tres a cinco años). Y si llegara a cometerse algún delito, se deberá imponer el máximo de la pena.

10.6.- Violación de sellos y documentos

Nada menos que seis artículos (del 240 al 245) dedica el Código al delito de rotura de sellos puestos por orden de autoridad pública (se sobrentiende que en puertas o muebles), para precautelar la integridad de bienes o documentos de interés público.

El delito puede ser cometido por particulares, pero el Código sanciona también al guardián que dolosamente hubiere incurrido en la infracción o que, por negligencia, la hubiese permitido.

El delito se sanciona con pena de seis meses a dos años y multa; pero admite como atenuante la simple negligencia, y como circunstancias agravantes la importancia de los papeles o efectos guardados bajo sello (si pertenecen a persona acusada de delito), el empleo de violencias y, de haberse producido, la ejecución por parte de un funcionario público.

10.7.- Obstáculos a la ejecución de obras públicas

Los Arts. 246 a 248 tipifican un delito que, en realidad, es una modalidad del delito de rebelión señalado anteriormente, pues consiste en la oposición, por vías de hecho, a la ejecución de obras públicas ordenadas por autoridad. Se sanciona con prisión de ocho días a tres meses.

Es agravante la oposición por medio de atropamiento, de violencias, vías de hecho (elemento constitutivo del delito y agravante, a la vez) o amenazas. La sanción en este caso será de tres meses a dos años de prisión. Los jefes y promotores recibirán una pena de seis meses a tres años.

10.8.- Delitos contra la actividad judicial

En el Capítulo VIII de este Título se agrupan varios delitos que nuestro Código califica contra la actividad judicial, a los que podrían agregarse otros que se ubican en diferentes títulos y capítulos. Ya se señaló que en este Capítulo se encuentra también la omisión en que incurre el funcionario que no denuncia la perpetración de un delito del que hubiere tenido noticia, que se analizó anteriormente.

En cuanto a los delitos que pueden ser cometidos por particulares, se tipifican los siguientes:

- La omisión de denuncia de médicos y otros profesionales sanitarios que al prestar sus servicios descubrieren hechos que presenten características de un delito; pero se abstendrán de denunciar, en virtud del secreto profesional, si la denuncia pudiera acarrear responsabilidad penal a la persona asistida. Se sanciona con multa (Art. 293).

- La acusación o denuncia de un delito que no ha existido, o la simulación de vestigios de una infracción, realizadas con el propósito de obtener una certificación a su favor. Se sanciona con prisión de tres meses a un año (Art. 294).

- La autoincriminación falsa, ya sea de un delito que no se ha realizado o en el cual no se ha tenido participación. La sanción es de prisión de tres meses a dos años. No se sancionará este delito si se lo ha cometido para favorecer al cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos o parientes afines dentro del segundo grado. Esta exención podría considerarse como un caso más de inexigibilidad de la conducta conforme a derecho, o catalogarse simplemente como una excusa absolutoria. (Art. 295).

- El cambio artificial del estado de las cosas, lugares o personas, realizado durante el decurso de un procedimiento civil o administrativo o antes de un procedimiento penal o durante él, con el objeto de inducir a engaño al juez. Se sanciona con prisión de seis meses a dos años y multa. La conducta se asemeja a una de las modalidades de encubrimiento, en los términos del Art. 44. Esta norma (Art. 296) tiene un carácter subsidiario, pues si el hecho "constituye otra infracción penada más gravemente", tendría que aplicarse la disposición que sanciona esa conducta más grave; por ejemplo: perjurio (véase Resolución 429-01 de la Corte Suprema de Justicia, Registro Oficial 526, de 4 de marzo de 2002).

10.9.- Escritos anónimos

En el Capítulo IX de este Título (Arts. 297 a 299) se tipifica un delito cuyo objetivo sería, según la doctrina prevaleciente en los antecedentes franceses y belgas, evitar que circulen escritos anónimos, impresos o no, que impedirían el poder sancionar a quienes cometan delitos a través de este medio. Por tanto, en este caso no importa el contenido de tales escritos, basta que no lleven el nombre del autor o del impresor o de la imprenta.

El delito lo comete todo aquel que hubiere contribuido a la publicación o distribución de tales escritos, excepto quienes hubieren dado a conocer al autor, al impresor o a la imprenta, y los vendedores o repartidores que hubieren dado a conocer las personas de quienes recibieron los escritos.

La pena es de prisión de tres meses a un año y multa; pero se establece como rigurosa pena adicional el comiso de la imprenta o mimeógrafo en que se hubieren hecho los escritos.

10.10.- Delitos de los proveedores

El Capítulo X (Arts. 300 a 306) trata de delitos cometidos exclusivamente por proveedores de las Fuerzas Armadas que estuvieren encargados de suministrarles provisiones. No se prevé el delito en perjuicio de otras instituciones públicas, en cuyo caso habría que determinar si la conducta se subsume en otra figura penal.

Las conductas son tres: faltar al servicio, retardarlo o cometer fraude sobre la naturaleza, calidad o cantidad de las cosas suministradas. Los delitos admiten la

modalidad culposa, cuando ha habido negligencia de los proveedores, y la agravante de haber sido cometidos en tiempo de guerra.

Las penas van desde multa en caso de retardo en tiempo de paz; prisión de tres meses a dos años en los casos de negligencia, hasta reclusión menor de tres a seis años, si la falta se ha producido en campaña. También se sanciona a los funcionarios públicos que hubieren participado en los delitos con penas que pueden llegar hasta reclusión menor de seis a nueve años.

10.11.- Evasión

Como ya se señaló anteriormente, el delito de evasión (Arts. 307 a 312) puede ser cometido tanto por personas que ejercen la función de conducir o guardar a los detenidos o presos, como por otras personas. En este segundo caso, el delito será siempre doloso y su gravedad dependerá de la sanción que cumplan o deban cumplir los evadidos y del uso de violencias, amenazas o armas. Por eso las penas oscilan entre quince días a seis meses de prisión y reclusión menor de tres años.

Igual que en el delito de autoincriminación, también la evasión será impune cuando lo cometan los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos del prófugo y sus afines en los mismos grados. Nada dice el Código sobre la responsabilidad penal del prófugo, cuya conducta sólo podría ser sancionada en el ámbito disciplinario, ya sea que la evasión fracase o que sea recapturado.

10.12.- Juegos prohibidos y rifas

El último capítulo del extenso Título (Arts. 313 a 317), de dudosa ubicación entre los delitos contra la administración pública, establece tres situaciones:

- el establecimiento de casas o mesas de juegos prohibidos;

- el ingreso a casas de juego de hijos de familia, dependientes de almacenes o de otros establecimientos, sirvientes domésticos o individuos notoriamente vagos (la sola enumeración es reveladora de los criterios con que se redactó el Código en el siglo XIX);

- la promoción y administración de rifas no autorizadas.

Estas conductas se sancionan con penas de prisión de hasta un año, en el más grave de los casos, y multa.

Al hablarse de juegos prohibidos, se hace implícitamente una remisión a normas que establezcan la prohibición. En efecto, una antigua legislación (Decreto Supremo 130, de 30 de diciembre de 1937) establecía que "están prohibidos los juegos de azar, o sea aquellos en que hay envite o se arriesga dinero o algo que le represente y la ganancia o pérdida dependa única y exclusivamente de la suerte", y excluía de la prohibición únicamente a la lotería de la Junta de Beneficencia de Guayaquil.

Nuevas normas de carácter administrativo, referidas básicamente a la actividad turística (por ejemplo, la Ley de Turismo, Art. 5), abrieron la posibilidad de instalar casinos y casas de juego siempre que cuenten con una autorización.

Posteriormente, en la consulta popular de 7 de mayo de 2011 (pregunta 7), se prohibió el funcionamiento de "negocios dedicados a juegos de azar tales como casinos y salas de juego", con lo cual se retornó a la prohibición original del Código. Cabe señalar que en la pregunta la referencia a casinos y salas de juego es solo ejemplificativa, por lo cual la prohibición podría extenderse a otros negocios.

Por supuesto se mantiene también lo relativo a las rifas no autorizadas.

El Art. 317 mantiene la curiosa excusa absolutoria para los pregoneros y fija-carteles de rifas no autorizadas que denunciaren a quienes les entregaron los billetes de las rifas o los escritos publicitarios.

En todo caso, también estamos aquí frente a normas penales cuya razón de ser ha quedado desvanecida con el paso del tiempo, pues no se ve que haya necesidad de recurrir al arbitrio penal para sancionar lo que, en último término, constituyen violaciones de normas administrativas.

Capítulo IV
DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA

1.- Denominación y bien jurídico

Aunque la denominación utilizada por nuestro Código, delitos contra le fe pública, es la que se emplea con mayor frecuencia, hay al respecto un importante debate doctrinario. Hay códigos, como el español y el alemán, que han preferido usar en el título la palabra “falsedades”, aludiendo, antes que al bien jurídico, a la modalidad empleada para la comisión de los delitos. Otro sector doctrinario considera que estos delitos atentan fundamentalmente contra la seguridad del tráfico jurídico.

Es indudable que cualquiera de estas denominaciones plantea dificultades, en cuanto a determinar con precisión su alcance de la misma y las conductas que deberían incluirse dentro de ella. En definitiva la expresión escogida podría, inadecuadamente, extender o restringir el ámbito penal que el legislador pretende señalar.

En principio, salvo razones de peso, parece preferible utilizar en la denominación una referencia al bien jurídico protegido, que resulta lesionado por las distintas conductas tipificadas; pero hay casos, como éste, en que la dificultad radica en determinar en qué consiste exactamente el bien jurídico.

Fue Carrara el primero que trató de delimitar el concepto de fe pública. Según él, lo que distingue a la fe pública de la fe privada es la intervención de la autoridad del Estado, que crea signos materiales y delega en ciertos funcionarios la potestad de asegurar, mediante tales signos o con su participación, las características y condiciones de ciertos objetos o la existencia de ciertos hechos o convenciones. Y es, gracias a esa

intervención de la autoridad pública, que los ciudadanos confían en la autenticidad de los objetos que llevan esos signos y en la veracidad de los documentos en que se afirma la existencia de ciertos actos.

Correlativamente, las conductas que la ley califica como delitos contra le fe pública consisten en atentar contra esa confianza de los ciudadanos, mediante la introducción de elementos de falsedad. La falsedad es, indudablemente, el medio característico para la comisión de estos delitos, pero no se puede desconocer que hay otros delitos, que afectan a distintos bienes jurídicos, en los cuales el sujeto activo también acude a un medio falso; la estafa, por ejemplo.

Un intento de delimitar el concepto de falsedad, para efectos de los delitos contra la fe pública, especialmente en el ámbito documental, se encuentra en el código francés, que expresamente señala que *"Constituye una falsedad toda alteración fraudulenta de la verdad, susceptible de causar un perjuicio y realizada por cualquier medio, en un escrito o en cualquier otro medio de expresión del pensamiento, que tenga por objeto o que pueda tener como efecto constituir la prueba de un hecho con consecuencias jurídicas, o de un derecho".* Este concepto incluye, no solo los elementos materiales constitutivos de la infracción, sino además el eventual resultado de perjuicio y el efecto probatorio que se pretende dar al objeto material en que se ha concretado la falsedad.

También la expresión "delitos contra la seguridad del tráfico jurídico" resulta excesivamente general y puede comprender conductas diferentes en que la falsedad no constituye la modalidad de la conducta; pero si bien no es el bien jurídico propio de estos delitos, sí es un elemento que puede servir para la más correcta interpretación de las normas, atendiendo a su finalidad.

Por cierto que, en el Código ecuatoriano, la referencia expresa a la fe pública no está exenta de cuestionamientos. Algunas de las conductas tipificadas en este Título lesionan más bien la fe privada; el perjurio y el falso son delitos que afectan preferentemente a la administración de justicia; y es por demás discutible la ubicación en este título del delito de pago con cheques sin provisión de fondos y de los delitos relativos al comercio, industrias y subastas.

Lo señalado en el párrafo anterior contribuye además a que este Título sea uno de los más desafortunados del Código, como habrá oportunidad de señalarlo en el análisis que se hará a continuación.

2.- Clasificación

Lo señalado en el punto anterior nos anticipa la dificultad que entraña clasificar estos delitos y agruparlos adecuadamente. Por citar el caso del Código español, muy criticado en este punto por la doctrina, las falsedades se clasifican en falsedades reales (especialmente monetarias), falsedades documentales (con un nuevo concepto de documento) y falsedades personales.

La clasificación del Código ecuatoriano es también discutible por la razón que se anotó previamente. El Título tiene seis capítulos, de los cuales los tres primeros se agrupan bajo la denominación de "falsificaciones": de monedas, billetes de banco, títulos al

portador y documentos de crédito, el primero; de sellos, timbres y marcas, el segundo; y de documentos en general, el tercero. El cuarto capítulo tipifica el falso testimonio y el perjurio; el quinto recoge los delitos relativos al comercio, industrias y subastas. El sexto, hasta la reforma de marzo de 2009, contenía como único delito, el pago con cheques sin provisión de fondos. es sin provisión de fondos.

Finalmente hay que agregar que la reforma de septiembre del 2007, agregó un Capítulo, que ahora sería el sexto, "a continuación del artículo 367", en que se tipifican delitos relativos a la comercialización ilícita de hidrocarburos. La ubicación que de esta manera le ha dado el legislador lleva a suponer que también forma parte de este Título, aunque resulta singularmente extraño que a estos delitos se los pueda considerar como atentatorios contra la fe pública.

3.- Falsedades monetarias

Otra muestra del carácter arcáico del Código es que dedique nada menos que ocho artículos (del 318 al 325) a tipificar conductas relativas a la falsificación de monedas y a otras falsedades monetarias, que son prácticamente irrealizables en las actuales circunstancias.

Hay que tomar en cuenta adicionalmente que estas normas tipifican falsedades producidas en monedas metálicas y no en billetes (papel moneda). En este caso la norma aplicable es otra, específica (el Art. 326), que se analizará separadamente. Además de las razones históricas, posiblemente el legislador consideró en su momento que existen numerosas modalidades de falsedad que pueden afectar a la moneda metálica, y que la ley prevé una por una, mientras que la falsificación del billete se ciñe prácticamente a una sola modalidad.

Esta distinción (que otras legislaciones no hacen, ni tampoco el Convenio Internacional para la represión de la falsificación de moneda suscrito por nuestro país), adquiere una nueva significación a raíz del proceso de dolarización, que se produce en el Ecuador en el año 2000, y que se oficializa en una reforma sustancial de la Ley de Régimen Monetario. Esta Ley, aunque en el Art. 9 tiene un concepto único de moneda, como medio de pago por excelencia, distingue también entre moneda fraccionaria, que es metálica y que será acuñada por el Banco Central (Art. 5); y billetes, dólares de los Estados Unidos de América. La misma Ley (Art. 1) prohíbe al Banco Central emitir nuevos billetes sucres.

En todo caso, hay que advertir que las falsedades monetarias, incluyendo las de billetes, a más de atentar contra la fe pública, inciden negativamente en las transacciones comerciales y de otra naturaleza y lesionan, en último término, el orden económico.

3.1.- Los delitos del Código

En cuanto a las falsedades producidas en monedas metálicas, el Código toma en cuenta los siguientes aspectos: el metal del que está hecha la moneda, el curso legal de la moneda en la República y, por supuesto, las distintas modalidades que puede adoptar la falsedad. Prevé, por tanto, los siguientes casos:

Falsificación de monedas de oro y plata, que tengan o no curso legal en la República (Art. 318);

Introducción, expedición o puesta en circulación de tales monedas (Art. 318);

Falsificación de monedas de otro metal, que tengan o no curso legal en la República (Art. 319);

Introducción, expedición o puesta en circulación de tales monedas (Art. 319);

Exceso en la acuñación de monedas (Art. 320);

Alteración, mediante cercén, taladro o lima o de otra manera, del valor de las monedas de oro, plata y otros metales, que tengan circulación legal en la República (Art. 321);

Alteración, mediante los mismos procedimientos, de monedas que no tengan circulación legal en la República (Art. 322);

Fraude en la elección de los patrones destinados a la comprobación de la ley y peso de las monedas de oro y plata (Art. 323);

Fraude en la elección de patrones para monedas de otro metal (Art. 324);

Circulación de monedas falsas o alteradas, que fueron recibidas como buenas, después de haber reconocido sus defectos (Art. 325).

Las penas oscilan entre prisión de ocho a sesenta días y multa (Art. 322) hasta reclusión menor de nueve a doce años (Art. 323). En las falsificaciones propiamente tales, la más grave (Art. 318) es de reclusión mayor de cuatro a ocho años y multa.

Se puede advertir, en la larga lista de conductas, algunas que son absolutamente obsoletas:

Ya no se acuñan monedas de oro y plata, lo que ocurría cuando las monedas tenían un valor intrínseco y no uno meramente nominal, como es ahora. Y, si alguna vez se acuñan, lo son exclusivamente para fines numismáticos, por lo que su falsificación, de producirse, ya no influiría en su circulación, sino en la aceptación de un coleccionista, en cuyo caso en rigor se estaría ante una estafa.

Menos todavía se practican en el ámbito monetario alteraciones de monedas, mediante los procedimientos señalados en el Art. 321: cercén, taladro o lima, que tenían razón de ser tratándose de monedas de oro y plata.

Tampoco es concebible el fraude en la elección de patrones para la comprobación del peso y de la ley (proporción del metal precioso en la aleación empleada) de las monedas.

Hay que establecer que algunas de las conductas tipificadas son potencialmente realizables, aun cuando, tratándose de monedas fraccionarias, la falsificación, poco

rentable, ha dejado de ser una conducta delictiva que tenga atractivo. Lo cual es muy diferente a lo que ocurre con la falsificación de billetes.

3.2.- Falsificación

La palabra "falsificación", que la ley utiliza en este Título y concretamente en este Capítulo, parece corresponder a la segunda acepción que el Diccionario trae para el verbo falsificar: fabricar algo falso. La doctrina utiliza adicional o preferentemente el verbo "contrahacer", que significa hacer una copia de una cosa tan parecida a ella, que apenas se distingan una de otra. Por cierto que en este mismo Título, la ley emplea el verbo "imitar" con idéntico significado.

Esta condición de la conducta implica que el objeto falsificado, en este caso una moneda, puede ser puesto en circulación y aceptado por las personas, al menos por las no expertas, sin que sea posible a primera vista establecer su carácter apócrifo. Si la falsificación es tan burda y evidente que no hay una mínima apariencia de autenticidad, se estaría frente a un caso de delito imposible, en el que la falta de idoneidad no permitiría siquiera considerar el caso como tentativa.

La doctrina suele considerar que este delito exige la presencia de un elemento subjetivo, que acentúa el carácter doloso de la conducta: la intención de poner en circulación la moneda o las monedas que han sido producto de la falsificación. Nuestra legislación nada dice al respecto, aunque podría presumirse la existencia de tal intención. Por cierto que si es claro que hay un propósito diferente, por ejemplo una demostración de habilidad, y el autor advierte que se trata de una imitación, desaparecería el dolo propio de estos delitos.

3.3.- Circulación

Los Arts. 318 y 319 sancionan con la misma pena de la falsificación a quienes, se sobrentiende que sin ser los falsificadores, pero dolosamente, en connivencia con estos, han introducido en el tráfico monetario, han expedido o han puesto en circulación monedas falsificadas.

Esta conducta no constituye exactamente un delito de falsedad. El delito de falsedad monetaria se consuma con la sola falsificación. Al sancionar la puesta en circulación, se ha tipificado una conducta de agotamiento del delito.

El Art. 325 prevé un caso distinto, menos grave sin duda, aunque continúa siendo doloso: el de quien recibió como buenas monedas falsas o alteradas, y las volvió a poner en circulación, después de haberlas reconocido como tales, lo que le confiere a la conducta un carácter doloso. Se le sancionará con prisión de uno a seis meses y multa, o con una de estas penas solamente.

4.- Imitación y falsificación de billetes y otros documentos

Como ya se señaló, el Código tipifica separadamente la falsificación de monedas metálicas y la de billetes, apartándose de la práctica de otros códigos que unifican su tratamiento penal.

Pero, además, en el artículo correspondiente (326) se advierte otra extraña situación: equiparar a la imitación o falsificación de billetes, la de otros documentos de diversa naturaleza: cheques, títulos de la deuda pública, e inclusive documentos emitidos por instituciones bancarias o societarias: títulos, cédulas, acciones al portador, y cupones de intereses.

Todo ello se explica por el momento histórico en que estas normas se redactaron (vienen constando desde el Código de 1872) y por las regulaciones que entonces se aplicaban en materia monetaria. Antes de las reformas monetarias y bancarias de 1928-29, oficialmente solo se emitían monedas metálicas y eran los bancos privados quienes ponían en circulación el papel moneda, los billetes de banco, como todavía los califica el Código, agregando que su emisión debía estar autorizada por la ley. Y por la misma razón, se equiparaba su falsificación a la de otros documentos de origen bancario o societario, es decir emitidos por instituciones privadas.

Las reformas monetarias señaladas, que crearon el Banco Central y le atribuyeron la facultad exclusiva de emitir todo tipo de moneda, no produjeron, como debía ser, la reforma penal correspondiente. Pasado el tiempo, y decretada la dolarización, surge nuevamente una situación novedosa: los billetes que tienen circulación legal en el país y son el medio de pago por excelencia son los dólares de los Estados Unidos de Norte América.

En todo caso, la sanción que prevé el Código para todos los delitos previstos en este artículo es de reclusión mayor de cuatro a ocho años y multa; gravedad que es lógica tratándose de la falsificación de billetes (moneda de curso legal y poder liberatorio ilimitado), conducta indudablemente dolosa. Sin embargo, la pena no parece tener suficiente justificación tratándose de otros documentos de menor importancia.

4.1.- Billetes

La conducta prevista en el Art. 326 es la de "imitar" o "falsificar" billetes de banco, cuya emisión estuviere autorizada por la ley.

Según Pérez Borja, la utilización de estos dos verbos se debe a que el código belga, que inspiró al ecuatoriano, emplea también dos verbos: "*contrafaire*", que se ha traducido por imitar, y que significa crear, fabricar un objeto con similitud al auténtico; y "*falsificar*", que significaría alterar el objeto en una de sus partes. Recordemos que este mismo verbo, que aparece en los delitos de falsedad monetaria, debe entenderse en el sentido de fabricar íntegramente monedas falsas.

La utilización de estos dos verbos para describir el acto típico resulta, en este punto concreto, irrelevante, pues no implica que haya dos conductas que se acomoden a la previsión legal. El delito consiste, en todo caso, en fabricar, o contrahacer, un billete apócrifo con tal semejanza a uno legítimo, que no se lo pueda distinguir fácilmente, de

tal manera que pueda ser aceptado por quien lo recibe. Si no tiene esta característica, si es tan burda la falsificación, o imitación, que se la descubre a simple vista, de la misma manera que tratándose de monedas, se estaría frente a un delito imposible.

El proceso de dolarización, con la consiguiente desaparición de los billetes emitidos con el signo monetario nacional, plantea la cuestión de cuáles son los billetes que se habría tratado de imitar, a los que se refiere el Código. La Ley de Régimen Monetario no establece expresamente que los billetes dólares de los Estados Unidos sean la moneda oficial del país y más bien determina (Art. 1) que *"el régimen monetario se fundamenta en el principio de plena circulación de las divisas internacionales en el país"*. Sin embargo, por otra parte señala (Art. 3) que *"todas las operaciones financieras realizadas por o a través de las instituciones del sistema financiero se expresarán en dólares de los Estados Unidos de América"*.

Todo esto lleva a concluir que los billetes a los que se refiere el Código Penal son precisamente los dólares de los Estados Unidos, aunque lo que la ley autoriza, no es su emisión, sino su circulación como moneda de curso legal y, por consiguiente, con poder liberatorio. Por otra parte es dudoso que en esta norma esté comprendida la imitación o falsificación de otras divisas, aunque éstas circulen libremente en el país.

4.2.- Cheques

El Art. 326 incluye al cheque entre los documentos que pueden ser objeto de imitación o falsificación. La equiparación, para efectos penales, de este documento con los billetes, introducida en el Código de 1938, se explica por el afán del legislador de dar una especial protección al cheque como medio de pago, a pesar de que en rigor, más que la fe pública, en este caso estaría en juego la fe privada. Por la misma razón, en este mismo Título se incorporó el delito de pago con cheques sin provisión de fondos, que se analizará más adelante y que permitirá señalar aquellas características fundamentales de este documento, que interesan para efectos penales.

Hay que señalar que en el caso del cheque podría darse no solo la imitación o contrahechura integral, sino también la alteración de un cheque legítimamente expedido mediante la introducción de elementos falsos, como también el giro en un formulario auténtico de una orden de pago con firmas falsificadas. Habría que entender que el Art. 326 comprende todas estas modalidades, dándole al verbo falsificar un sentido amplio, como señalaba Pérez Borja: alterar en alguna de sus partes un documento auténtico. De rechazarse esta interpretación, para la sanción de tales conductas, habría que remitirse a otros artículos del Código, dentro del capítulo de falsificación de documentos en general.

4.3.- Otros documentos

También el Art. 326 incluye entre los documentos que pueden ser objeto de imitación (contrahechura) o falsificación (introducción de elementos falsos) a los siguientes: títulos de deuda emitidos por el fisco, los consejos provinciales, los concejos municipales o cualquier otra institución legalmente autorizada para emitirlos; títulos, cédulas o acciones al portador emitidos por bancos o compañías autorizadas y los

cupones de intereses de estos mismos documentos.

Dos observaciones que deben hacerse a propósito de esta enumeración:

El Código equipara, sin ningún justificativo, para efectos penales, los títulos de la deuda pública con documentos emitidos por entidades privadas, bancos y compañías;

La Ley de Compañías (Art. 168) establece que las acciones que emita una compañía serán nominativas. No se prevé la emisión de acciones al portador, que podrían ser el objeto del delito. ¿Cómo debería calificarse entonces la imitación o falsificación de una acción nominativas? ¿Podrá encuadrarse el caso en el delito cometido en títulos o cédulas, o, subsidiariamente, en la falsificación de documentos en general?

4.4.- Fraude en la emisión

Finalmente el mismo Art. 326 sanciona con la misma pena los fraudes cometidos en la emisión de billetes, títulos o cupones. Este delito lo cometerían quienes tienen la atribución de hacer tales emisiones, pero que lo harían fuera de los límites determinados por los organismos correspondientes, con el objeto de obtener un beneficio indebido.

Como la emisión de billetes ya no se efectúa en el país, esta modalidad del delito ya no podría producirse; sí, en cambio, en la emisión de títulos y cupones.

4.5.- Circulación de billetes sin autorización

Otra conducta que, por la razón señalada en el punto anterior, tampoco podría cometerse es la prevista en el Art. 327 y que el Código sanciona de la misma manera que la falsificación: poner en circulación billetes sin contar con la respectiva autorización.

4.6.- Circulación de objetos en calidad de moneda

El Art. 328 sanciona con prisión de ocho días a seis meses y multa a quien expida billetes, letras de cambio o fichas en calidad de moneda convencional, o emplee cualquier otro objeto para destinarlo a la circulación.

5.- Extraterritorialidad

El Art. 5 del Código señala varios casos en que un delito, aunque haya sido cometido fuera del territorio nacional, será reprimido conforme a la ley ecuatoriana. Entre estos delitos constan la falsificación de monedas y billetes de banco de curso legal en el Estado.

Se trata de una de las excepciones al principio de territorialidad de la ley penal que el propio Código establece como regla general: la aplicación de la ley penal ecuatoriana a los delitos cometidos en el territorio ecuatoriano, por ecuatorianos o extranjeros.

El principio de extraterritorialidad se ha incorporado a las legislaciones por varias razones, entre otras la que sustenta este caso: el principio de defensa de los intereses de un país en aspectos especialmente sensibles, como aquí ocurre, con la protección de la moneda nacional. Por cierto que la dolarización pone también en entredicho la razón de ser, en este caso, de la aplicación de este principio.

6.- Falsificación de sellos, timbres y marcas

En el Capítulo II de este Título (Arts. 329 a 336) aparecen varias conductas que, debido a reformas legales (en especial la derogatoria de la Ley de Timbres), resultan de muy limitada aplicación. Por otra parte, no todos los delitos de este Capítulo constituyen estrictamente casos de falsedad, pues se incluyen conductas de uso doloso, conforme se verá al examinar su contenido:

Art. 329: imitación o falsificación (vale aquí lo dicho respecto a billetes) de sellos o timbres nacionales, adhesivos o fijos, de cualquier especie o valor; y la puesta en venta o circulación dolosa de los mismos. Se sanciona con reclusión menor de nueve a doce años; pero si la imitación o falsificación se hubiere hecho en territorio extranjero, la pena será de seis a nueve años de reclusión menor. Se trata de otro caso de aplicación extraterritorial de la ley penal.

Art. 330: imitación o falsificación de punzones, matrices, clisés, planchas o cualquier otro objeto que sirva para la fabricación de timbres, acciones, obligaciones, cupones y billetes de banco. Se trata de actos preparatorios que se sancionan como delitos consumados, con las mismas penas previstas en el Art. 329.

Art. 331: uso doloso de sellos o timbres imitados o falsos. Se sanciona con prisión de uno a cinco años y multa.

Art. 332: falsificación de boletas para el transporte de personas o cosas y el uso de boletas falsas; falsificación de sellos, timbres o marcas de una autoridad cualquiera, de un establecimiento privado, de banco, de industria o de comercio, o de un particular; y uso doloso de estos sellos, marcas o timbres falsos. Por la levedad de la pena y el contexto, habrá que interpretar que la frase “autoridad cualquiera” se refiere a directivos de establecimientos privados y no a autoridades públicas. Se sanciona con prisión de tres meses a un año.

Art. 333: aplicación o uso perjudicial de los verdaderos punzones, clisés, planchas u otros objetos que sirvan para la fabricación de timbres, acciones, obligaciones, cupones y billetes de banco. Se sanciona con reclusión menor de seis a nueve años.

Art. 334: imitación o falsificación de sellos o timbres oficiales de países extranjeros. Se sanciona con prisión de uno a cinco años.

Art. 335: uso doloso de sellos o timbres extranjeros imitados o falsos. Se sanciona con prisión de seis meses a un año.

Art. 336: hacer desaparecer de un timbre de correos u otro la marca que indica que ya ha

sido servido; y el hacer uso doloso de un timbre del cual se ha hecho desaparecer la marca. Se sanciona con multa.

7.- Falsificación de documentos en general

Este Capítulo, indudablemente clave dentro de este Título, deja sin resolver claramente los complejos problemas que se plantean en relación a la falsedad documental. En buena parte esto se debe a la antigüedad de sus disposiciones, que se mantienen casi inalterables desde el Código de 1872, que al menos en este punto fue una traducción literal de la legislación belga.

De los diferentes tipos de falsedad, la documental es sin duda la de mayor trascendencia. En primer lugar, por la frecuencia de casos, pero además por la importancia del documento en la vida de la sociedad, especialmente cuando ese documento surte o puede surtir efectos jurídicos.

En este sentido, la doctrina (Bacigalupo) considera que el documento cumple al menos tres funciones: la de perpetuación, que permite que se recoja y mantenga una declaración de voluntad para conocimiento de terceros; la probatoria, que permite demostrar procesalmente esa declaración de voluntad; y la de garantía, que permite imputar esa declaración a quien la realizó.

Antes de analizar los delitos previstos en el Código, haremos algunas puntualizaciones de carácter doctrinario.

7.1.- Concepto de documento

En el presente capítulo resulta fundamental establecer qué se debe entender por documento en el ámbito penal, pues este es el objeto material de los delitos más importantes que en él se tipifican. Por cierto que el Código no emplea, ni siquiera en este punto, un lenguaje homogéneo. Si bien el Capítulo y varios de sus artículos hablan de documento, en otras normas se emplea la palabra instrumento, que es la que utilizan los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, cuando se refieren, respectivamente, a las pruebas de las obligaciones y a las que se pueden presentar en un juicio.

El Código Penal no define lo que es documento. Por su parte, los Códigos Civil (Art. 1716) y de Procedimiento Civil (Art. 164), con el alcance que hemos señalado, definen de forma similar al instrumento público como *"el autorizado con la solemnidades legales por el correspondiente empleado"* y el segundo hace a continuación (Art. 165) una larga enumeración de los que se inscriben en esta categoría. El instrumento privado solo está definido por el Código procesal (Art. 191): *"el escrito hecho por personas particulares, sin intervención de notario ni de otra persona legalmente autorizada, o por personas públicas en actos que no son de su oficio"*.

Estas normas revelan que, en general, la legislación ecuatoriana ha mantenido un concepto tradicional de instrumento, que podría ser aplicable también a documento, y que en definitiva lo identifica como un escrito constante en papel o en un material similar. Y es este mismo concepto el que se detecta en las normas que tipifican en el

Código Penal los delitos de falsedad documental.

Los avances tecnológicos de las últimas décadas han llevado a los juristas a revisar este concepto al menos en dos aspectos: la posibilidad de que el documento contenga una información que no consista en escritos, y la naturaleza del soporte material de esa información.

En esta línea resulta significativa la fórmula que recoge el Código Penal español (Art. 26), que considera documento *"todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones"*. De esta manera documento será una fotografía, una película, un video, una cinta, un disco u otro soporte y la información no necesariamente será un escrito. Se trata de un ejemplo que revela el cambio profundo que se ha producido en esta materia y la necesidad de que las legislaciones penales, en ámbitos como el de la falsedad documental, actualicen sus disposiciones, pues sin duda la conducta que devendría en punible tendrá características diferentes.

Hay que agregar que el Código de Procedimiento Civil (Art. 121) ha incorporado, como pruebas valederas en un proceso, estas nuevas modalidades de registro y conservación de datos o hechos, pero distinguiéndolas como pruebas diferentes de las documentales. En cambio, el Código de Procedimiento Penal (Art. 156) las califica de "documentos semejantes".

Finalmente señalemos, en este punto, que la Ley de Comercio Electrónico (Art. 2) dio el mismo valor jurídico a los llamados "mensajes de datos" que a los documentos escritos; creó (Art. 51) el concepto de instrumentos públicos electrónicos y determinó que: *"Se reconoce la validez jurídica de los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente.- Dichos instrumentos públicos electrónicos deberán observar los requisitos, formalidades y solemnidades exigidos por la ley y demás normas aplicables"*. De alguna manera, este concepto ha sido agregado por el codificador como segundo inciso del Art. 164 del Código de Procedimiento Civil.

7.2.- Falsedad material y falsedad ideológica

La doctrina al estudiar las modalidades de falsedad documental suele distinguir dos formas: la falsedad material y la falsedad ideológica.

Falsedad material es la que se realiza "materialmente", cabe la redundancia, mediante la contrahechura o fabricación total, o imitación, según el lenguaje que emplea el Código, de un documento enteramente falso; o parcialmente, mediante agregados, supresiones o modificaciones de un texto original legítimo. En este caso se atenta contra la autenticidad y la veracidad del documento. La falsedad puede ser realizada por la misma persona que emite el documento o por un tercero. Esta modalidad doctrinariamente suele llamarse también falsificación.

Falsedad ideológica (singular denominación aceptada por la doctrina) es la que se produce en el contenido del documento que contiene declaraciones, datos o hechos falsos. En este caso no se atenta contra la autenticidad, porque el documento ha sido emitido por quien tiene facultad para hacerlo, sino contra su veracidad. Esta modalidad,

por tanto, solo puede ser realizada por la misma persona que lo emitió.

La distinción de estas modalidades tiene un importante efecto procesal: la comprobación de la falsedad material podrá hacerse mediante pericias técnicas que demuestren que el documento fue alterado luego de su expedición. Para establecer la falsedad ideológica la prueba, que será fundamentalmente testimonial, deberá demostrar que los hechos o declaraciones que constan en el documento realmente no se produjeron.

Como se verá más adelante, esta distinción no ha sido recogida en forma expresa por el Código que, en los delitos que tipifica en forma casuística, establece indistintamente una u otra modalidad.

7.3.- Elemento subjetivo: dolo

Es criterio unánimemente aceptado que los delitos de falsedad son dolosos y, en el caso de la falsedad documental, el dolo aparecería en la conducta realizada a sabiendas y con la intención de utilizar fraudulentamente el documento falso en su beneficio y con perjuicio de terceros.

Pérez Borja comenta que el Código ecuatoriano (el de 1906, al que se refería), aunque siguió casi literalmente al Código belga en esta materia, no incluyó el artículo que en este último exigía para que haya delito la "intención fraudulenta" o la "intención de dañar". No basta entonces, agrega, que se haya cometido la falsedad, es necesario que aparezca la intención de causar un perjuicio, una lesión a un derecho personal o social. Subraya que aun el Código de Enjuiciamiento Civil, vigente en ese tiempo, determinaba que un instrumento es falso cuando "contiene alguna suposición fraudulenta en perjuicio de tercero", y si en materia civil es necesaria la prueba de la intención fraudulenta, con mayor razón en lo criminal. Cabe señalar que el actual Código de Procedimiento Civil (Art. 178) contiene exactamente la misma frase.

Hay que concluir que, aunque el Código vigente (igual en este capítulo al de 1906) no hace referencia alguna al elemento intencional, los delitos de falsedad documental requieren de un elemento subjetivo que aparece de su propia denominación: deben ser dolosos: debe haber la intención o, al menos, la aceptación de causar un perjuicio. Esto quiere decir que si no hay dolo no hay delito (Ver sentencia de la Corte Suprema, Gaceta Judicial, Serie VII, No. 9).

7.4.- Falsedad en documentos públicos

En este Capítulo, se mantiene casi sin alterarlo el mismo texto que, en el Código de 1872, se tomó del Código belga, pero se incurre en notorias incoherencias.

Basta ver, por ejemplo, los términos que se emplean en los primeros artículos del Capítulo para referirse al objeto material del delito. El Art. 337 habla de documentos públicos; el 338 se refiere a las piezas correspondientes a su empleo que el funcionario desnaturaliza; y el 339, simplemente habla de instrumentos públicos.

Estas diferencias hacen necesario que se establezca con precisión cuál es, en definitiva, el objeto material. Parece evidente, si tomamos en cuenta la denominación del Capítulo y el primero de sus artículos, que se trata de documentos públicos, aunque descritos de un modo diferente en el Art. 338, por lo que debería entenderse de la misma manera la expresión "instrumentos públicos" del Art. 339.

Ahora bien, para tratar de establecer cuáles son las características de un documento público, deben servirnos las normas de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, que se han citado anteriormente. Es decir que será tal el autorizado o expedido por un funcionario público en el ámbito de sus competencias y con las solemnidades legales.

En especial, debe tomarse en cuenta la enumeración de instrumentos públicos que hace el Art. 165 del Código de Procedimiento Civil: *"Los diplomas, decretos, mandatos, edictos, provisiones, requisitorias, exhortos u otras providencias expedidas por autoridad competente; las certificaciones, copias o testimonios de una actuación o procedimiento gubernativo o judicial, dados por el secretario respectivo, con decreto superior, y los escritos en que se exponen los actos ejecutados o los convenios celebrados ante notario, con arreglo a la ley; los asientos de los libros y otras actuaciones de los funcionarios y empleados del Estado de cualquiera otra institución del sector público; los asientos de los libros y registros parroquiales, los libros y registros de los tenientes políticos y de otras personas facultadas por las leyes"*. En resumen puede afirmarse que documentos públicos son los que tienen un origen administrativo, los documentos notariales y los documentos judiciales.

7.4.1.- Delito cometido por funcionarios públicos

Los Arts. 337 y 338 establecen que el sujeto activo del delito debe ser un funcionario público. Para determinar esta calidad, cabe recordar lo que se señaló al estudiar los delitos contra la administración pública: son funcionarios públicos las personas que desempeñan alguna función en una institución del Estado, de las enumeradas en el artículo 225 de la Constitución, sea que la actividad desarrollada corresponda a una atribución propia de la potestad estatal o de las asumidas por el Estado.

Los artículos especifican que el sujeto activo, además de tener la calidad de funcionario público, debe haber actuado como tal en la comisión del delito. El 337 precisa "en el ejercicio de sus funciones" y el 338, "al redactar piezas correspondientes a su empleo".

La pena en estos dos casos es de especial severidad: nueve a doce años de reclusión menor, que se justifica por la especial responsabilidad que tiene el funcionario público, en uno de los actos más propios de su función y cuyos efectos son especialmente graves.

7.4.2.- Modalidades de la falsedad

El Art. 337 emplea una fórmula casuística, adoptada también del modelo belga, para determinar las formas que pueden haberse empleado para producir la falsedad. Estas fórmulas, que el Código utiliza con frecuencia, tienen el riesgo de ser de difícil precisión, de volverse insuficientes y no comprender otros casos que eventualmente podrían producirse. Los códigos más modernos prefieren utilizar fórmulas que describan genéricamente la conducta (alterar, simular, consignar una falsedad, etc.).

Las modalidades que señala el Código, que han sido analizadas extensamente por Pérez Borja, son las siguientes:

firmas falsas. El sujeto activo imita la firma de otra persona, lo más frecuente; o firma con un nombre ficticio;

alteración de actas, escrituras o firmas. Las actas o escrituras han sido enmendadas o retocadas y las firmas que inicialmente tuvo el documento han sido alteradas o sustituidas por otras;

suposición de personas. Cuando en el documento se hace constar la presencia de alguien que no estuvo presente en la expedición del documento. Esta conducta podría realizarse conjuntamente con la de firma falsa, pero en tal caso habría una sola infracción;

escrituras hechas o intercaladas en registros u otros documentos públicos, en escritos u otras actuaciones judiciales, después de su formación o clausura.

Pérez Borja considera que en todos estos casos existe una falsedad material, pero parecería que, al menos, al tratarse de suposición de personas, se estará más bien en un caso de falsedad ideológica.

El Art. 338 tipifica dos formas de falsedad que son claramente ideológicas, pues desnaturalizan la sustancia o pormenores del documento:

escribir estipulaciones distintas de las que hubieren acordado o dictado las partes;

establecer como verdaderos hechos que no lo eran.

La descripción de las distintas conductas lleva a la conclusión de que el legislador consideró que la consumación del delito se produce al momento en que realiza la falsedad, que afecta ya a la naturaleza del documento público, independientemente de que se haga uso o no de él. Doctrinariamente se lo puede calificar como un delito formal o de simple actividad, en que el acto mismo incluye el resultado. En una sentencia de la Corte Suprema (Resolución 27-2001, Registro Oficial 411, de 13 de septiembre de 2001), se recoge básicamente este criterio. Sin embargo, no se puede prescindir del análisis que, en cada caso, debe hacerse del elemento doloso del delito, es decir la intención de causar un perjuicio.

7.4.3.- Delito cometido por particulares

El Art. 339 tipifica la falsedad cometida por "cualquiera otra persona", es decir por quienes no sean funcionarios públicos; pero también por tales funcionarios que, en el caso, no actúan como tales. El delito se sanciona con reclusión menor de seis a nueve años.

Pero el artículo introduce algunas novedades en cuanto a la determinación del objeto material del delito. En primer lugar no se lo define como un documento público sino como un instrumento público. Ya se ha señalado previamente que, aunque es aconsejable la unificación de la terminología, la expresión no afecta la inteligencia de la

norma; pero, en segundo lugar, agrega que la falsedad podría producirse también en "escrituras de comercio o de banco", contratos de prenda y en escritos u otra actuación judicial.

La equiparación que en este artículo se hace de documentos públicos con documentos privados relativos a actos de comercio, revela sin duda el afán del legislador, que puede ser discutible, de dar una especial protección penal a la actividad comercial, sancionando la falsedad cometida en tales documentos con una pena de idéntica gravedad.

Queda por establecer qué debería entenderse por escrituras de comercio y banca, así enunciadas en términos generales, pues en cuanto a los casos de prenda, su especificación es suficientemente clara. Habrá que entender, en principio, que la ley se refiere a los documentos que habilitan para el ejercicio de la actividad comercial (matrículas de comercio, escrituras societarias) y a los libros que deben llevar los comerciantes y que constituyen pruebas que tienen validez en un juicio; pero cabe preguntarse si se extenderá también a los documentos en que constan los contratos mercantiles, a las facturas, letras de cambio, pagarés, facturas u otros títulos valores. En un caso la Corte Suprema (Gaceta Judicial, Serie XV, No. 2) consideró que los pagarés no podían ser considerados como escrituras de comercio. Pérez Borja opinaba que también se incluyen en este artículo las falsedades producidas en los libros copiadores de cartas.

Hay que tomar en cuenta además que la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (Art. 128) y la Ley de Mercado de Valores (Art. 215) tipifican formas particulares de falsedad documental que deben ser tomadas en cuenta en estos dos ámbitos concretos.

7.4.4.- Modalidades

Las modalidades previstas en el Art. 339, salvo en un caso, presentan alguna diferencia con las establecidas en el Art. 337. Son las siguientes:

firmas falsas. Este caso es igual al del Art. 337 y tiene, por tanto, el mismo alcance;

imitación o alteración de letras o firmas. A diferencia del 337 no se habla aquí de actas o escrituras, sí de letras y firmas. La conducta consistirá en imitar las de otra persona o alterar las que constan originalmente en el documento;

invención de convenciones, disposiciones o descargos, o inserción en los documentos fuera de tiempo;

adición o alteración de las cláusulas, declaraciones o hechos que esos documentos tenían por objeto recibir o comprobar. Estos dos últimos casos prevén aquellas falsedades que consisten en alterar la verdad en cuanto a los contenidos de fondo del documento.

La exigencia de que estas falsedades hayan sido cometidas por personas que no desempeñan una función pública, o que, aun siendo funcionarios, no los cometen en esa calidad, llevan a suponer que son falsedades materiales. Es decir que el documento, en

que se ha producido la falsedad, es un documento auténtico, expedido legítimamente al que, posteriormente, se lo altera. Por cierto que algunas de las conductas previstas (invención, inserción, adición) parecerían consistir más claramente en falsedades ideológicas, pero no se ve cómo la podría cometer un particular que no expidió el documento.

7.4.5.- Contrahechura de un documento

Habíamos señalado anteriormente que una de las formas en que se produce la falsedad ideológica es la contrahechura de un documento. En esta caso la conducta consiste en crear un documento ex novo, imitando o no un documento preexistente; la simulación documental que tipifica, por ejemplo, el Código español (Art. 390), siempre por cierto con la intención de utilizarlo para causar un perjuicio, es decir con dolo.

El Código ecuatoriano prevé esta modalidad cuando se trata de billetes, cheques, títulos de deuda pública, sellos o marcas; pero no cuando se trata de documentos en general. La omisión resulta singular, pues, aunque se sanciona la introducción de una falsedad parcial en un documento, se deja sin sanción la contrahechura o creación total de un documento falso. Por esta razón en una sentencia de la Corte Suprema (Gaceta Judicial, Serie XII, No. 7), se condenó a una persona, no por haber forjado íntegramente una sentencia de divorcio y falsificado firmas, sino por haber logrado su inscripción en la oficina del Registro Civil.

7.4.6.- ¿Prejudicialidad?

El Art. 180 del Código de Procedimiento Civil plantea un problema de interpretación que ha dado lugar a una intensa polémica. Esta norma establece el procedimiento que un juez civil debe adoptar cuando se demandare la falsedad de un instrumento público; y concluye, en la parte final del tercer inciso, señalando que si declarare falso tal instrumento, se ordenará el envío de copias del juicio civil al fiscal competente para que ejerza la acción penal, "sin que pueda ejercerla antes de tal declaración".

La Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema (sentencia publicada en el Registro Oficial 322, de 19 de noviembre de 1999) sostiene que el artículo mencionando establece un caso de prejudicialidad, pues es indispensable, en todo caso, el pronunciamiento del juez civil, que declare la falsedad del instrumento público para que se pueda iniciar el proceso penal. La Sala se apoya entre otros criterios, en los expuestos por el tratadista Zabala Baquerizo y por la Contraloría General del Estado.

En nuestra opinión este criterio es discutible, tanto en la cuestión de fondo (la exigencia de entablar una demanda civil y esperar su resultado, en todos los casos en que se detecte una falsedad en un instrumento público), como también en la interpretación literal de la norma.

En cuanto a lo primero, porque se trataría de una exigencia que no solo dilataría indebidamente la iniciación del proceso penal, sino que también parece exagerada e injustificada en la mayor parte de los casos, en que la declaración civil no sería necesaria. Lo será, como sostiene Carrara, cuando la falsedad está relacionada con relaciones jurídicas de orden privado, cuya situación deberá esclarecerse previamente (por ejemplo, la falsedad constante en una escritura pública de compraventa). Pero ¿será

pertinente demandar civilmente la falsedad de una escritura judicial, de un acta, de un título?

En cuanto al texto concreto del Art. 180, hay que considerar que su tercer inciso es, obviamente, la secuencia de los dos anteriores. Y la primera frase del primer inciso dice: "Si se demandare la falsedad de un instrumento público", hecho que viene a ser la condición para la aplicación del procedimiento que se establece a continuación. Esto quiere decir que, solamente cuando se haya demandado ante el fuero civil esta falsedad, deberá esperarse el pronunciamiento del juez para iniciar la acción penal, sin duda para evitar resultados contradictorios en los dos procesos. Pero si no se ha acudido al ámbito civil, cabe el proceder penalmente. Este criterio ha sido sostenido posteriormente por la Corte Suprema (sentencia en el expediente 818-06, Registro Oficial 145, 9 de agosto de 2007).

7.5.- Falsedad en instrumentos privados

Ya se advirtió, al inicio de este Capítulo, que algunos de los delitos que se incluyen en el Título IV del Código, no afectan directamente la fe pública, sino más bien a lo que pueda llamarse la fe privada: la confianza que se tiene en la palabra y en los actos de otra persona, natural o jurídica. El legislador ha querido de esta manera dar una especial protección penal a determinadas actividades propias del sector privado, especialmente en el ámbito empresarial, que requieren de la confianza general de la sociedad. La falsedad que se comete en documentos privados afecta, sin duda, a la buena marcha de las actividades comerciales, financieras y otras, y puede causar perjuicios significativos en varios órdenes. Por eso el legislador la sanciona, equiparándola en algunos casos, como ya se ha visto a la falsedad en documentos públicos; y estableciendo una norma general, el Art. 340, para los casos no comprendidos dentro de esa equiparación.

El Art. 340 sanciona con prisión de dos a cinco años la comisión de falsedad en instrumentos privados, excepto los cheques, pues el caso ya está previsto en el Art. 326; y aunque el artículo no lo señale, también quedan excluidos los documentos que se citan en el mismo Art. 326 y en el 339, cuyo alcance genera algunas dudas, conforme se ha señalado.

Para los demás casos, y a falta de otra definición, deberá entenderse como instrumento privado, en conformidad con el Art.191 del Código de Procedimiento Civil, *"el escrito hecho por personas particulares sin intervención de notario ni de otra persona legalmente autorizada"*; pero también los escritos de personas públicas en actos que no son de su oficio. Otros artículos de este mismo Código ejemplifican este concepto: los documentos que recogen actos o contratos que no requieren de escritura pública (Art. 192), vales simples, cartas y documentos contables (Art. 193), aunque prevalecería en este último caso su calificación como escritura de comercio y su sanción según el Art. 339. Una nueva comprobación de las dificultades de interpretación que este título plantea. Tal vez, con frase de Perogrullo, se puede decir que es instrumento o documento privado el que no es público.

En cuanto a las modalidades que puede adoptar la falsedad, el artículo simplemente señala que se producirá "por cualquiera de los medios indicados en el artículo precedente" (el 339).

La frase precedente puede llevar a la conclusión de que la consumación del delito se produce de forma idéntica a la falsedad en documento público, es decir en el momento mismo en que se comete la falsedad. Pero una parte de la doctrina considera, y el Código colombiano (Art. 289) ha recogido expresamente ese punto de vista, que la falsedad de documento privado solo se consuma con el uso del documento falso, lo cual implica también la existencia del elemento doloso: la intención de causar un perjuicio.

Nos parece justificada esta exigencia, pues el bien jurídico que se lesiona en este caso no es exactamente homologable al afectado por la falsedad de documento público, cuya naturaleza y objetivo le confieren una especial significación que no la tiene un documento privado. Y por supuesto, el dolo solo podrá comprobarse con el uso que se pretenda hacer del mismo. Esta sería a nuestro entender la forma adecuada de interpretar el Art. 340.

7.6.- Uso de docuçmento falso

En algunos casos será una persona la que realiza la falsedad y otra la que usa el documento falso. El Art. 341 prevé esta situación y establece que quien hace un uso doloso de un documento falso será reprimido como si fuera autor de la falsedad. En el caso de que sea la misma persona la que cometió la falsedad y que, luego, utiliza el documento falso, habría un solo delito: la falsedad absorbería al uso, que sería la forma de agotar el delito.

Al parecer esta norma prevé el caso de que el usuario del documento sea una persona que nada tuvo que ver con la falsedad; pues de lo contrario los dos deberían ser considerados coautores del delito, para cuya ejecución y agotamiento se dividieron los actos a realizar.

La norma exige que el uso sea doloso, lo cual sin duda quiere decir con conocimiento de la falsedad del documento.

La norma se refiere tanto a documentos públicos o privados, pero ya hemos comentado que, en el segundo caso, solo con el uso se cometería la infracción.

7.7.- Falsedad documental y estafa

Son frecuentes los casos en que la falsedad documental es un delito medio para la comisión de un delito fin: la estafa, delito contra la propiedad previsto en el Art. 563 (que básicamente consiste en hacerse entregar bienes con el ánimo de apropiarse, mediante el uso de un medio engañoso).

Se produce en tales casos un concurso o concurrencia de delitos, en que probada su existencia, al juzgador le toca el determinar la pena aplicable, en conformidad con las reglas del Art. 81 (Ver sentencias de la Corte Suprema en este sentido: Registros Oficiales 611 y 474, de 4 de julio del 2002 y 2 de diciembre de 2004, respectivamente). Ahora bien, si la falsedad es de documento público, la pena de este delito, que es de reclusión, absorbería a la de estafa, que es de prisión; pero si la falsedad es de

documento privado, también sancionada con prisión, se produciría una acumulación de penas hasta de seis años.

7.8.- Otras falsedades documentales

A partir del Art. 342 y hasta el 353, este Capítulo incluye varios casos específicos de falsedad documental que tienen un tratamiento particular. Por tanto, tratándose de normas especiales, prevalecerán sobre las normas generales que sancionan las falsedades documentales. Se examinarán a continuación:

Billetes de banco. El Art. 342 sanciona con reclusión menor de tres a seis años, la falsificación de billetes de banco, cuya emisión no esté autorizada. Esta condición distingue a esta conducta de la prevista en el Art. 326, que sanciona la falsificación de billetes, cuya emisión esté autorizada, caso comentado anteriormente. Por las razones señaladas anteriormente, no se advierte cuál podría ser la aplicación de esta norma.

Pasaportes. El Art. 343 sanciona con prisión de un mes a un año la imitación y la falsificación de pasaportes y el uso doloso de pasaportes imitados o falsos; y el 344, con multa, la entrega de un pasaporte por un empleado público a una persona que no conocía o cuya identidad no estaba atestiguada. La conducta del empleado puede agravarse y sancionarse con prisión si tuviere conocimiento de la suposición de nombre o calidad o si hubiere obrado movido por dones o promesas.

Sorprende en este punto la levedad de la pena, y para entenderlo es necesario tomar en cuenta que la norma, que mantiene el texto del siglo XIX, tiene un concepto de pasaporte, "licencia o despacho para circular libremente", acepción que si bien continúa en el Diccionario, ha sido sobrepasado en el mundo contemporáneo. Ahora lo entendemos básicamente como un documento de identificación, de alcance internacional, emitido por una autoridad pública, por lo cual su imitación (contrahechura) o falsificación tiene una especial gravedad, similar a la de cualquier otro documento público.

Certificados médicos. Varios artículos de este Capítulo tipifican delitos relacionados con certificados que, según el Diccionario, son documentos en que se asegura la verdad de un hecho. Los Arts. 345 y 346 establecen dos conductas referidas a certificados de enfermedad o imposibilidad.

En el primer caso, se sanciona con prisión de ocho días a un año, a quien hubiere forjado (contrahecho) un certificado de enfermedad o imposibilidad, con el nombre de un médico, cirujano o practicante, o con un nombre cualquiera atribuyéndole falsamente estas calidades; para eximirse él, o liberar a otro, de un servicio u obligación legal.

En el segundo caso, se sanciona con prisión de seis meses a dos años y multa, al médico, cirujano o practicante, que hubiere certificado falsamente enfermedades o imposibilidades, para dispensar a otro de un servicio u obligación legal, o para exigir o reclamar un derecho. La pena se agravará si el sujeto activo ha sido motivado por ofertas o promesas.

En ambos casos también se sanciona al que hubiere utilizado dolosamente el certificado

forjado o falso. Se entiende en este, como en todos los casos de uso, que el sujeto activo es distinto del autor de la falsedad.

Otros certificados. En los Arts. 347 y 348 se prevén dos casos más de forja de certificados; y en el 350, un caso de entrega de certificados falsos.

El Art. 347 tipifica la conducta de quien forje un certificado que debe reunir algunas características: debe ser forjado con el nombre de un funcionario público; debe atestiguar la buena conducta, la indigencia o cualquier otra circunstancia relativa a una persona; y su objeto debe consistir en atraer la benevolencia de la autoridad pública o de particulares para procurarle empleo, crédito o socorros. Se sanciona con prisión de un mes a un año. Si el certificado se ha forjado con el nombre de un particular, la pena será de ocho días a dos meses. El uso doloso del certificado se sanciona de la misma manera.

El Art. 348 también tipifica la conducta de quien forja un certificado con el nombre de un funcionario público en asuntos que pueden comprometer intereses públicos o privados. Esta conducta es más grave que la señalada anteriormente y por eso la pena es de prisión de seis meses a cinco años. Si el certificado ha sido forjado con el nombre de un particular la pena será de dos meses a un año. El uso doloso del certificado también se sanciona de idéntica forma.

El Art. 350 sanciona, con tres a seis años de reclusión menor, al funcionario público que entregue un certificado falso, o falsifique un certificado o haga uso doloso de un certificado falso. Como la ley no determina un carácter específico del certificado, este podría referirse a cualquier materia.

Registros hoteleros. En el Art. 351 se tipifica la conducta de los posaderos u hoteleros que dolosamente hubieren inscrito en su registro a las personas alojadas con nombres falsos o supuestos, o que de cualquier otra manera hubieren falsificado sus registros. Se sanciona con prisión de un mes a un año y multa.

Partes telegráficos. El Art. 352 sanciona a los empleados o encargados de una oficina telegráfica que hubieren cometido una falsedad en el ejercicio de sus funciones, inventando (contrahechura) o falsificando partes telegráficos (telegramas). Y el Art. 353 sanciona a quien usa dolosamente el parte falso. En ambos casos la pena es de uno a cinco años de prisión, cuya relativa gravedad se justifica en virtud de la naturaleza oficial del documento.

La expresión de la ley, de que el delito debe ser cometido por el sujeto activo en el ejercicio de sus funciones, permite concluir que el delito no puede ser cometido por persona distinta al empleado o encargado.

La aparición de nuevos medios de comunicación y el virtual ocaso de la telegrafía, tan importante en otros tiempos, no han movido al legislador a actualizar esta norma.

7.9.- Falsificación electrónica

Al expedirse la Ley de Comercio Electrónico se introdujo un artículo innumerado a continuación del 353. En él se tipifica como delito la alteración o modificación, por

cualquier medio, de "mensajes de datos".

En el Glosario de la ley se define al mensaje de datos como: *"toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio. Serán considerados como mensajes de datos, sin que esta enumeración limite su definición, los siguientes: documentos electrónicos, registros electrónicos, correo electrónico, servicios web, telegrama, télex, fax e intercambio electrónico de datos"*.

Por otra parte, según se señaló previamente, la propia Ley (Arts. 2 y 51) reconoció la validez jurídica de los mensajes de datos y, más todavía, los equiparó, con tal alcance, con los documentos escritos.

Con este fundamento legal, podría sostenerse que las normas que tipifican los delitos de falsedad documental serían también aplicables a los casos de falsedad de estos "documentos" electrónicos, tomando en cuenta además que los bienes jurídicos protegidos (fe pública y fe privada) son los mismos y son similares las modalidades del delito (falsedades materiales e ideológicas). Sin embargo, el legislador ha preferido crear una figura especial, con lo cual se elimina la posible discusión sobre la eventual interpretación extensiva que esta aplicación podría producir.

7.9.1.- Modalidades

En todo caso, el artículo agregado señala que el delito de falsificación electrónica lo comete la persona que, por cualquier medio, altere o modifique mensajes de datos o información contenida en estos, que se encuentre contenida en cualquier soporte material, sistema de información o telemático. Establece además tres modalidades de falsificación:

Alterar un mensaje de datos en alguno de sus elementos o requisitos de carácter formal o esencial. Este sería un caso de falsedad material;

Simular un mensaje de datos en todo o en parte, de manera que produzca un error sobre su autenticidad. Aunque la redacción es oscura (la falsedad simplemente produce un error), se concluye que se trata de una falsedad material que consistiría en una contrahechura;

Suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuir a las que han intervenido en el acto declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho. Caso característico de falsedad ideológica.

7.9.2.- Elemento subjetivo

El artículo establece que la conducta debe estar motivada en el ánimo de lucro o con el objeto de causar un perjuicio a un tercero. Esta exigencia, conforme se había señalado, es característica de todos los delitos de falsedad, aun cuando no consta expresamente señalada en el texto del Código. De todas maneras se confirma el carácter doloso propio de estos delitos.

7.9.3.- Sanción

La frase final del artículo señala que el delito de falsificación electrónica "será sancionado de acuerdo a lo dispuesto en este Capítulo". Como en el Capítulo se tipifican muchas infracciones, cada una de las cuales tiene su propia sanción (falsedad de documentos públicos y privados, realizada por funcionarios públicos y por particulares, otras falsedades, uso de documentos falsos, etc.), tan ambigua remisión deja a este delito prácticamente sin sanción.

8.- Falso testimonio y perjurio

Al inicio de este Capítulo se indicó que la inclusión de estos delitos es discutible, pues más que lesionar la fe pública, el bien jurídico afectado sería la administración de justicia. En efecto, un testigo que comparece ante un juez no se convierte por ello en fedatario; pero, en cambio, su testimonio puede llegar a torcer la decisión judicial. Por esta razón en general los códigos no los ubican bajo este título, como sí lo hace el nuestro siguiendo el modelo del Código belga que lo inspiró.

Tampoco es frecuente la distinción de la conducta en dos tipos diferentes: falso testimonio y perjurio, como lo hace el Código ecuatoriano, tomando en cuenta si el sujeto activo ha prestado o no juramento. Bajo la denominación de falso testimonio se suele tipificar el delito que comete el testigo al faltar a la verdad en su testimonio en un causa judicial, sin distinguir si lo ha hecho o no bajo juramento.

8.1.- Las conductas típicas

El Art. 354 distingue, como ya se ha dicho, dos tipos delictivos, cuyo núcleo es idéntico: faltar a la verdad a sabiendas al declarar, confesar o informar ante la autoridad pública; pero que se diferencian, porque en el falso testimonio no se ha prestado juramento y en el perjurio sí.

Como la ley penal no recoge todas las normas de carácter moral, el faltar a la verdad, el mentir, solo constituye delito en situaciones muy concretas, que se enuncian con los verbos declarar, confesar e informar.

Aunque a los tres verbos se les podría dar un significado estrictamente procesal (el testigo declara, la parte en un proceso confiesa, el perito informa), la frase que se agrega: "ante la autoridad pública" (que podría referirse solamente a "informar"), extiende excesivamente el alcance de la norma a otras situaciones, en que una persona comparece ante cualquier autoridad del orden administrativo a proporcionar una información; y así lo establece expresamente el Art. 18 de la Ley de Modernización del Estado. ¿También estarán en este caso las "versiones" sin juramento, que reciben los fiscales durante la etapa de instrucción (Código de Procedimiento Penal, Art. 216 numeral tercero)?

También en este punto encontramos diferencias con la mayoría de las legislaciones, que se refieren específicamente a la declaración falsa que formula un testigo dentro de un

proceso, aunque se equipare con el testigo al perito y al intérprete (También en nuestro Código se da esta equiparación, Art. 360).

8.2.- El contenido de la declaración

Varias cuestiones se han debatido por la doctrina en relación al contenido de la declaración que hace un testigo y a la falsedad que podría afectar a distintas partes de la misma. Y aunque el análisis se ha centrado en la declaración testimonial, podría extenderse a los contenidos de una confesión o de un informe pericial.

La falsedad testimonial consiste básicamente en afirmar lo falso o negar lo verdadero y podría afectar a cualquier parte de la declaración. Sin embargo la doctrina estima que para ser penalmente relevante, la falsedad debe referirse a hechos que tengan trascendencia para la resolución que el juez vaya a expedir. Por tanto no sería punible la que versa sobre un punto indiferente al proceso (Resolución 685-02 de la Corte Suprema, Registro Oficial 71 de 29 de abril del 2003); tampoco las meras inexactitudes o imprecisiones.

¿Si la falsedad se produce en los datos de identificación personal que proporciona el testigo, habría delito? No se puede contestar esta pregunta de una manera rotunda, pues tales datos, en algunos casos, pueden tener importancia para la decisión judicial, aunque en otros no la tengan. En cambio, siempre será importante la respuesta que dé el testigo, cuando se le pregunte con la frase ritual de la "razón de sus dichos", es decir la explicación que debe darse sobre la forma en ha llegado a tener conocimiento de los hechos sobre los cuales testifica. También es una falta a la veracidad de la declaración el afirmar que se ignoran hechos que sí son conocidos por el declarante.

No son relevantes en cambio los juicios valorativos que pudiera emitir el declarante, ni las opiniones que tuviere sobre el desarrollo futuro de los acontecimientos, pues la declaración debe referirse necesariamente a hechos ya ocurridos.

8.3.- El juramento

La distinción que hace nuestro Código entre falso testimonio y perjurio se basa en el hecho de que se haya prestado o no juramento en forma precedente a la declaración, confesión o información. El punto tiene especial trascendencia pues el perjurio se sanciona con mayor severidad.

El juramento es una solemnidad regulada por la ley (Código de Procedimiento Civil (Art. 230) y consiste en la promesa de decir la verdad que hace una persona, ya sea utilizando una fórmula ritual de carácter religioso o prometiéndolo por su palabra de honor; promesa que debe prestarse previa explicación del significado del juramento y de las responsabilidades que acarrea.

En la práctica todo testigo en un proceso civil o penal debe prestar juramento, excepto los menores de edad (Códigos de Procedimiento Civil, Art. 230; de Procedimiento Penal, Art. 133); también debe jurar la parte en un juicio civil a quien se le llama a confesar (Código de Procedimiento Civil, Art. 133). El acusado en materia penal puede

declarar o no, y si lo hace puede prestar su declaración bajo juramento (Código de Procedimiento Penal, Art. 143). En conclusión, los casos de testimonio sin juramento son escasos y, por lo mismo, de menor relevancia penal.

Una cuestión que ha sido debatida y ha provocado alguna polémica es la relativa a las llamadas declaraciones juramentadas, que exige la ley en ciertos casos, por ejemplo, la declaración de bienes de funcionarios públicos. Si en tal declaración hay datos falsos ¿se habrá cometido un delito de perjurio? La Corte Suprema ha dicho que no hay perjurio (ver Resolución 343-04, Registro Oficial 514-S, de 28 de enero del 2005). La Corte señala que el juramento exige la solemnidad de la presencia del que confiesa, declara o informa, ante el juez o ante autoridad competente, que le deben advertir del significado del juramento, de las consecuencias que puede acarrear una declaración falsa, e inclusive del propio ritual que se emplee.

¿Deberán examinarse con el mismo criterio las declaraciones escritas que ciertos funcionarios pueden enviar al juzgado, cuando han sido llamados a prestar testimonio, y que deben ser emitidas con juramento? (Código de Procedimiento Civil, Art. 226).

8.4.- Elemento subjetivo

El Código señala que al faltar a la verdad, el sujeto activo debe hacerlo "a sabiendas", lo cual obviamente significa con conciencia de que está formulando afirmaciones falsas, con el objeto de engañar al juez o a la autoridad ante la cual se hace la declaración. Por esto se puede establecer que se trata de delitos dolosos, y con dolo directo, en consonancia con la definición del Art. 13.

Pero, del texto del Código, no queda claro si hace falta que, efectivamente, el juez o la autoridad hayan sido engañadas, o si es suficiente la intención de hacerlo. Dos normas del Código de Procedimiento Penal (Arts. 137 y 293) permiten admitir esta segunda alternativa, pues determinan que, si en el curso de la declaración de un testigo, se sospechare que está faltando a la verdad, el presidente del tribunal podrá ordenar su detención para los efectos procesales del caso.

Por tan razón se concluye que el falso testimonio y el perjurio son delitos de peligro abstracto; son también delitos formales o de simple actividad, pues se consuman con la sola expresión intencionada de la falsedad, y no admiten tentativa. Así lo ha aceptado la Corte Suprema en la Resolución 429-01, citada anteriormente.

8.5.- Sanciones

El Art. 355 establece que el falso testimonio se sancionará con prisión de uno a tres años y el perjurio con reclusión menor de tres a seis años.

Pero en los Arts. 356 y 357 se configuran dos agravantes que solo pueden aplicarse al perjurio, pues se refieren a testigos en procesos judiciales. En el primer caso se trata del cometido en causa penal en perjuicio del inculpado, que se sanciona con reclusión mayor de ocho a doce años. El segundo caso ocurre cuando el reo ha cometido el delito habitualmente, suponiéndose "razonablemente" la habitualidad, por haber declarado

falsamente en dos o más juicios, sus antecedentes sospechosos, su falta de oficio o industria u otras circunstancias. La sanción es igualmente de reclusión mayor de ocho a doce años.

8.6.- Excepciones

El segundo párrafo del Art. 354 establece excepciones a la punibilidad de la conducta: la confesión e indagatoria (en el proceso penal actual se habla genéricamente de testimonio del acusado) de los sindicados en juicios penales; y los informes de las autoridades cuando pueden acarrearles responsabilidad penal.

Este punto debe ser analizado en relación con la norma constitucional (Art. 24 numeral noveno), que determina que nadie podrá ser obligado a declarar en juicio penal contra su cónyuge o parientes próximos en juicio penal, ni compelido a declarar en contra de sí mismo, en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

Si en violación de esta norma, y cometiéndose el delito previsto en los Arts. 203 y 204, una persona ha sido obligada a declarar, ese acto no tendrá validez alguna, ni podrá surtir ningún efecto jurídico, aun cuando el declarante haya faltado a la verdad; cuanto más que, al haber sido obligado, habría una situación de coacción moral, que afectaría al análisis de culpabilidad.

En la norma constitucional se admiten sin embargo, las declaraciones voluntarias de las víctimas de un delito o sus parientes, con independencia del parentesco; y en general puede darse el caso de declaraciones hechas voluntariamente en asuntos que pueden ocasionarle responsabilidad penal al declarante. ¿Hay en tales casos la obligación jurídica de decir la verdad? Opino que sí, en el caso de declaraciones formuladas en contra de los parientes, que podrían ser seriamente afectados por imputaciones falsas; pero la declaración voluntaria falsa, con la que el autor trata de favorecerse a sí mismo, no sería punible, en armonía con lo dispuesto en el párrafo segundo del Art. 354.

8.7.- ¿Prejudicialidad?

Otra cuestión que plantea el perjurio, tal como se lo tipifica en el Código, es la oportunidad para iniciar la correspondiente investigación penal. Son frecuentes los casos en que, al resolver un caso, civil o penal, los jueces disponen que se ponga en conocimiento del funcionario competente, ahora un fiscal, el comportamiento de determinado testigo, por haber presunciones de perjurio. ¿Será necesario este pronunciamiento judicial previo para poder iniciar el proceso penal? ¿Habrá en este caso una cuestión prejudicial?

El Art. 215 del Código de Procedimiento Civil parecería confirmar esta tesis, pues dispone que si los jueces, al pronunciar auto o sentencia, observaren que los testigos o las partes han incurrido en “manifiesto” perjurio o falso testimonio, dispondrán que se saquen copias de las piezas necesarias y se remitan al fiscal competente para el ejercicio de la acción penal.

Pero esta norma, que establece esta obligación para los jueces, no condiciona el

ejercicio de la acción penal a la preexistencia de un pronunciamiento judicial. Más todavía los Arts. 137 y 293 del Código de Procedimiento Penal, que ya hemos citado, determinan que, si en el curso de la declaración de un testigo, se sospechare que está faltando a la verdad, el presidente del tribunal podrá ordenar su detención inmediata, pues se trataría de un delito flagrante.

8.8.- Conducta sospechosa

El Art. 358 establece que quedará sometido a la vigilancia de la autoridad por dos a cinco años el sindicado, cuya conducta fuese sospechosa, por falta de ocupación lícita u otros antecedentes, aunque en la sentencia se declare no constar la falsedad del testimonio.

La ambigüedad del texto legal lleva a suponer que no se trata estrictamente de una norma penal que crea un delito, que debe ser juzgado en un proceso, y que merece una pena. Parece más bien ser un caso de "peligrosidad", que merecería una medida de seguridad, ordenada en la sentencia del caso en que se produjo el testimonio sospechoso.

Por cierto que es más que dudosa la constitucionalidad de esta norma, que establece una sanción sin previo juicio.

8.9.- Soborno a testigos

El Art. 359 sanciona dos conductas claramente dolosas: sobornar a testigos, peritos o intérpretes y hacer uso en juicio de testigos o peritos falsos, sea en causa propia o de sus clientes o representados. El soborno consiste, según lo establece el Art. 290 (delitos contra la administración pública) en corromper mediante promesas, ofertas, dones o presentes.

La pena en cualquiera de las conductas será la misma del falso testimonio o del perjurio, en su caso. Pero el mismo artículo prevé dos agravantes: que el intérprete o perito sobornado sea campesino o "montubio", en cuyo caso la pena se aumentará en un año; o que el sobornador sea abogado, y en ese supuesto se le suspenderá definitivamente en el ejercicio profesional.

Finalmente el artículo establece el delito del facultativo (persona que ejerce la profesión médica) que diere dolosamente un informe falso, a quien, además de la pena de prisión, se le privará definitivamente del ejercicio profesional.

8.10.- Testigos instrumentales y juramentos

Simplemente para delimitar con precisión la figura penal, se debe analizar la situación de los testigos instrumentales, en expresión de Carrara. Tales son quienes comparecen a la celebración de un acto y suscriben el documento correspondiente, para certificar su realización y preconstituir una prueba. Estas personas no están sujetas a la norma penal que se está analizando, pues no prestan un testimonio, ni formulan una declaración, en

el sentido procesal. Si el documento que suscriben contiene una falsedad, podrían sí ser partícipes en un delito de falsedad documental.

También repugna al concepto penal de perjurio, aunque hay un juramento de por medio, cuando se presta como solemnidad previa al ejercicio de funciones públicas. Aunque, luego, el funcionario incumpla su promesa, su conducta no corresponde a las exigencias que establece la ley para la comisión del delito.

9.- Delitos relativos al comercio, industrias y subastas

Ya se anticipó lo discutible que resulta la inclusión de este Capítulo entre los delitos contra la fe pública. Con esta denominación constaba en los códigos anteriores, dentro de los delitos contra el orden público cometidos por particulares; pero como esta sección fue eliminada en el Código de 1938, y los que capítulos que contenía redistribuidos en otros títulos, el legislador lo ubicó en el presente título. El examen de las distintas conductas, de variada naturaleza y casi todas tomadas del Código belga de 1867, revelará lo injustificado de la inclusión.

Por otra parte, la referencia a "subastas", que se explicaba en el Código anterior por un artículo que se refería a esta materia, ya no tiene razón de ser. También se podrá advertir que en algunos casos, conductas muy similares han sido tipificadas como delitos en leyes especiales.

9.1.- Revelación de secretos de fábrica

El Art. 361 exige tres elementos para la existencia del delito que tipifica: que se haya comunicado a un tercero un secreto de fábrica; que la comunicación haya sido hecho por un empleado o ex empleado de la fábrica; y que lo haya hecho maliciosa o fraudulentamente. El delito se sanciona con prisión de tres meses a tres años y multa.

La visión del legislador del siglo XIX sobre el tema, que aparece de la expresión "secretos de fábrica", pone el énfasis en la revelación de procedimientos o medios de fabricación de productos industriales, cuyo conocimiento pertenece al fabricante, aunque él no los haya inventado. La violación del secreto, en este caso, lesiona el derecho económico del fabricante a emplear tal procedimiento en forma exclusiva y afecta indirectamente la libre competencia. La doctrina predominante considera que tales efectos deben ser objeto de reparaciones civiles y no penales.

Los otros elementos del delito limitan su aplicación, en cuanto al sujeto activo, con la exigencia de tener o haber tenido una relación laboral con el fabricante (el tercero que conoció el secreto fortuitamente no está obligado a mantenerlo, pero el tercero que aprovecha la comunicación debería ser calificado como partícipe); y al aspecto subjetivo (el delito solo puede doloso, no se sanciona la indiscreción imprudente).

La legislación de propiedad intelectual también ha abordado la cuestión. El numeral primero del Art. 320 de la Ley Propiedad Intelectual sanciona con una pena similar a quienes "divulguen, adquieran o utilicen secretos comerciales, secretos industriales o información confidencial". Se trata de una norma de más amplio alcance, tanto en la

determinación de las conductas (divulgar, adquirir o utilizar), como en el objeto (secretos comerciales e industriales e información confidencial), pero queda por determinarse si la norma del Código ha sido tácitamente sustituida por esta.

9.2.- Atentados contra la libertad de trabajo e industria

Así denomina Pérez Borja al delito previsto en el Art. 362. Tiene dos formas. La primera consiste cometer violencias, proferir injurias o amenazas, imponer multas (fórmula prevista en el régimen corporativo del antiguo régimen, dice los comentaristas del código belga), prohibiciones o cualquier otra interdicción contra los que trabajan o contra los que hacen trabajar; pero tales hechos deben tener un propósito: forzar el alza o baja de los salarios o atentar contra el libre ejercicio de la industria o el trabajo.

La segunda forma consiste en atentar contra la libertad de los maestros (se refiere a artesanos) o de los obreros por medio de reuniones cerca de los establecimientos en que se trabaje o cerca de la morada de los que dirigen el trabajo.

La sanción en ambos casos es prisión de ocho días a tres meses y multa, o una de estas penas solamente.

Como ya se señaló, la norma es una reminiscencia de formas laborales arcaicas, que poco tienen que ver con la realidad actual. Los derechos laborales, que no guardan relación alguna con la fe pública, pueden tener protección penal, como lo hacen códigos modernos (el español, por ejemplo, en los Arts. 311 a 318).

9.3.- Atentados contra la libertad de comercio

También es de Pérez Borja la denominación, bajo la cual se agrupan, los delitos previstos, en el Código vigente, en el numeral primero del Art. 363, en los Arts. 365, 366 y 367 y en el artículo innumerado agregado, a continuación del 363, por el Decreto Supremo 587 (Registro Oficial 480, de 25 de enero de enero de 1974). Todos exigen dolo, como se establece claramente de los medios que deben emplearse para su tipificación. Por cierto que tampoco corresponden a la naturaleza de los delitos contra la fe pública.

Las conductas tipificadas son las siguientes:

El numeral primero del Art. 363 sanciona con prisión de dos meses a dos años y multa, a quien hiciere alzar o bajar el precio de las mercaderías, papeles, efectos o valores, por cualquier medio fraudulento o por coalición de los principales tenedores de una mercadería o género. La referencia a papeles y valores plantea un tema de concurso de leyes con el Art. 213 numeral quinto de la Ley de Mercado de Valores, que sanciona a quien efectúe operaciones bursátiles ficticias que tengan por objeto fijar fraudulentamente precios o cotizaciones de valores.

El Art. 365 sanciona con prisión de catorce meses a un año, al comandante general, jefe de zona militar, gobernador o jefe político, que ejerza autoridad en el lugar, que emplee cualquiera de los medios indicados en el caso anterior o tome parte en tales

especulaciones, sea abiertamente, sea por actos simulados o por interposición de personas.

El Art. 366 sanciona con prisión de tres meses a dos años a quien perturbare el orden público en los mercados, por medio de tumultos, violencias o amenazas, con el propósito de provocare el saqueo u obligar a los vendedores a deshacerse de sus mercaderías por un precio inferior al que resultaría de la libre concurrencia. Los promotores de estos hechos serán sancionados con prisión de cinco meses a cinco años y sujeción a la vigilancia de la autoridad.

El Art. 367 sanciona con prisión de un mes a un año y multa a quien deteriorare mercaderías o materiales o instrumentos que servían para su fabricación. Es agravante si el hecho ha sido cometido por persona empleada en la fábrica, taller o cada de comercio. Una segunda agravación opera si esta persona ha cometido el hecho para desacreditar a la industria, o por soborno.

El artículo innumerado ya citado sanciona con prisión de seis meses a dos años y comiso a quien alzare o participare de alguna menara en el alzamiento de los precios de artículos alimenticios de primera necesidad destinados al consumo humano, con acciones que consistan en monopolio, ocultamiento, acaparamiento, especulación (que también está prohibida por la Ley de Defensa del Consumidor), desplazamiento u otra forma fraudulenta, que produzca desaparición, encarecimiento o limitación de la producción o de la comercialización de tales productos. En caso de reincidencia se aplicará el doble de la pena. Y si en el delito estuviere involucrada una persona jurídica la sanción recaerá sobre los representantes legales, administradores o ejecutivos, siguiendo la doctrina tradicional de la irresponsabilidad penal de la persona jurídica.

9.4.- Delitos en el ámbito societario

Finalmente en este capítulo, que es una especie de cajón de sastre, aparecen los delitos tipificados en los numerales segundo y tercero del Art. 363 y en el Art. 364. En general, salvo alguna extraña referencia en el numeral segundo del Art. 363 (“fondos públicos”), son conductas que afectan a sociedades o personas jurídicas en general, que podrían constar en un capítulo de delitos societarios, que ya existe en otros códigos.

El numeral segundo del Art. 363 sanciona con prisión de dos meses a dos años y multa, a quien ofreciere acciones u obligaciones de una sociedad o persona jurídica (que si no es sociedad no puede emitir acciones ni obligaciones), afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas. Esta conducta también aparece sancionada en la Ley de Mercado de Valores.

Ya se señaló la extraña referencia a la oferta de fondos públicos, cuyo sentido no se alcanza a entender, pues solo podría hacerlo un funcionario público, y en tal caso podría tratarse más bien de un delito contra la administración pública.

El numeral tercero del Art. 363 sanciona con la misma pena al fundador, administrador, director, gerente o síndico de una sociedad o de una persona jurídica de otra índole que publicare o autorizare un balance o cualquier otro informe falso o incompleto, cualquiera que haya sido el propósito. A esta norma se remite el Art. 128 de la Ley

General de Instituciones del Sistema Financiero.

El Art. 364 sanciona con prisión de uno a cinco años al director, gerente o administrador de una sociedad o de una persona jurídica de otra índole, que prestare su concurso para actos contrarios a los estatutos, leyes u ordenanzas, a consecuencia de los cuales, la sociedad o persona jurídica quedare imposibilitada de satisfacer sus compromisos o en la necesidad de ser disuelta. La sanción más severa se justifica por el posible efecto del acto.

10.- Pago con cheques sin provisión de fondos

Entre las reformas que se introdujeron al Código Penal, en la Ley reformatoria de marzo de 2009, una de las más significativa fue la supresión del Capítulo VI, de este Título, con un solo artículo, el 368, que tipificaba el delito de pago con cheques sin provisión de fondos.

Este artículo, agregado por el legislador en el Código de 1938, era una figura penal de compleja naturaleza y estructura y planteaba, por tanto, varios problemas doctrinarios y de aplicación. Era un delito al que se apelaba con notoria frecuencia en la realidad procesal ecuatoriana, en no pocas ocasiones utilizándolo indebidamente, como elemento de presión, si no de extorsión, contra deudores de una obligación. Tal vez, precisamente por estas razones, el legislador lo eliminó, aunque por cierto queda en pie la posibilidad de recurrir, en ciertos casos, a otras figuras penales, especialmente la estafa.

11.- Delitos de comercialización ilícita de combustibles

Como ya se señaló, la Ley 2007-85, en su Art. 7, determinó que se agregara un capítulo al Código Penal, a continuación del Art. 367, hasta entonces el penúltimo del Título IV. El Capítulo contiene nueve artículos, en los que se tipifican varias conductas delictivas, que se señalarán de inmediato.

11.1.- Bien jurídico

La insólita inclusión de este Capítulo entre los delitos contra la fe pública, conforme parece haber sido la intención del legislador, no es suficiente para establecer que ese sea el bien jurídico protegido mediante esta reforma legal.

Las conductas que se tipifican consisten, en términos generales, en tráfico y tenencia ilegales de hidrocarburos, conductas especialmente relacionadas con el contrabando de estos bienes al extranjero; además de adulteración, uso indebido y sustracción de los mismos, actos que causan, como se señala en los considerandos de la ley, graves perjuicios económicos al Estado, por tratarse de productos subsidiados, y desequlibrios en la oferta y demanda de estos recursos.

Se puede concluir, por tanto, que se trata de delitos económicos, que afectan al orden económico, es decir a las regulaciones impuestas por el Estado a las distintas actividades económicas; en este caso a la comercialización de combustibles derivados de hidrocarburos; que se trata de un bien jurídico de carácter supraindividual; y que para la persecución de tales delitos cabe la “acción popular”, que se reconoce en una de las disposiciones generales de esta Ley.

En esta visión se legitima la persecución penal, según se expresa en la misma Ley, porque no son suficientes las sanciones administrativas, por lo que hace falta recurrir, como última ratio, al expediente penal.

11.2.- Los delitos en particular

11.2.1.- Tráfico ilegal

En el primero de los artículos, el delito, que es el más importante del Capítulo, se tipifica con los siguientes elementos:

El núcleo de la conducta consiste en vender, ofrecer, distribuir o comercializar a cualquier título, hidrocarburos, sus derivados, incluido el gas licuado de petróleo y biocombustibles (en un artículo posterior se ejemplifica en esta categoría al etanol);

Condición, para que la conducta sea punible, es que se realice en las zonas de frontera, en puertos marítimos o fluviales o en el mar territorial, a efectos de sacar los productos ilegalmente del país;

El sujeto activo del delito será cualquier persona natural, incluidos los representantes legales de personas jurídicas;

El elemento subjetivo exige que los medios sean fraudulentos, dolosos o clandestinos.

La pena será reclusión menor de tres a seis años, multa y comiso de los bienes y medios de transporte que sirvieron para la comisión del delito.

La pena se agrava (seis a nueve años de reclusión menor, multa y clausura del establecimiento) para el propietario o administrador de plantas de abastecimiento, almacenamiento, envasado, centros de distribución, comercializadoras o estaciones de servicio, que estén autorizados para el almacenamiento, transporte y comercialización de combustibles, que dolosamente, con su acción u omisión y en forma fraudulenta y dolosa, haya permitido la comisión del delito.

11.2.2.- Almacenamiento, transportación y comercialización sin autorización

El segundo de los artículos agregados, complementario del primero, sanciona a quienes ilegalmente comercialicen, almacenen o transporten derivados de hidrocarburos, especialmente en las zonas de frontera y mar territorial.

La ilegalidad de estas actividades se aclara en el propio artículo al señalarse que habrá tal ilegalidad al actuarse sin autorizaciones, guías de remisión y demás permisos exigidos por la ley, para la ejecución de dichas actividades. Se trata, por tanto, de una norma penal en blanco, pues para determinar el carácter delictivo de la conducta se deberá establecer el incumplimiento de las exigencias legales.

La pena será de prisión de uno a tres años, multa y comiso de los bienes utilizados para la comisión del delito.

También se sancionará con la misma al director de la DIGMER (Dirección General de la Marina Mercante) o a sus delegados cuando ilegal y fraudulentamente hayan emitido las autorizaciones correspondientes.

11.2.3.- Adulteración de los derivados de hidrocarburos

En el tercero de los artículos se sanciona con prisión de dos a tres años y el comiso de los bienes utilizados para la ejecución del delito, a quien de manera fraudulenta o dolosa, para obtener beneficio personal o de un tercero, adulterare la calidad o cantidad de los hidrocarburos, sus derivados, incluido el gas licuado de petróleo y biocombustibles.

Esta conducta más bien se aproxima a una defraudación próxima a la estafa.

11.2.4.- Uso indebido de derivados de hidrocarburos

En el artículo cuarto se sanciona con prisión de un año y el comiso de los bienes utilizados en la ejecución del delito, a quienes, en beneficio propio o de terceros, utilizaren derivados de hidrocarburos, incluido el gas licuado de petróleo y biocombustibles, en actividades distintas a las permitidas expresamente en la ley.

Una evidente norma en blanco, pues habrá que establecer cuales son las actividades que la ley permite, para establecer su violación.

11.2.5.- Sustracción de hidrocarburos

El quinto artículo sanciona con reclusión mayor de seis a nueve años, multa y comiso a quien, por medios fraudulentos o clandestinos, se apoderaren de hidrocarburos, sus derivados, incluido el gas licuado de petróleo o biocombustibles. La norma exige, para la tipicidad de este delito, que el acto se realice cuando estos bienes sean transportados a través de un oleoducto, gasoducto, poliducto o de cualquier otro medio; o cuando se encuentren almacenados en fuentes inmediatas de abastecimiento o plantas de bombeo.

Se trata, en principio, de un delito contra la propiedad; pero tanto por la naturaleza del objeto material como por las especiales circunstancias de lugar y por sus efectos económicos, se le ha dado un especial tratamiento legal, caracterizado por la severidad de la sanción.

11.2.6.- Perjuicios al Estado y medio ambiente

El sexto artículo sanciona con pena de reclusión mayor de ocho a doce años dos conductas, que deben realizarse fraudulentamente y que pueden tener efectos independientes o relacionados: la destrucción de la infraestructura hidrocarburífera y la destrucción o deterioro del medio ambiente.

Si la primera conducta se caracteriza por su generalidad, la segunda es de tanta amplitud e imprecisión, cuando las normas penales deben ser ciertas y precisas, que demuestra la más absoluta carencia de una elemental técnica legislativa. Si se recuerda que en el

mismo Código hay un capítulo en que se tipifican delitos ambientales, no se logra entender cuál es la razón de ser de esta norma. La única explicación, para que conste en este mismo Capítulo, sería que el daño ambiental sea una consecuencia de la destrucción de la infraestructura.

El artículo agrega que además de la pena, los culpables deberán remediar daños ambientales y recuperar (?) los bienes al Estado.

11.2.7.- Suspensión del servicio de combustibles

El artículo noveno tipifica como delito el paralizar o suspender de manera injustificada el servicio público de expendio o distribución de combustibles, ya sea gasolina, diesel, gas licuado y demás productos derivados del petróleo o biocombustibles como el etanol. La sanción será una multa y la revocatoria definitiva del permiso de expendio u operación, otorgado por la Dirección Nacional de Hidrocarburos.

En el artículo que prevé esta sanción, se dice que se impondrá *"sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar"*, frase que llevaría a suponer que se trata de un sanción administrativa; pero consta entre las normas reformatorias del Código Penal, en capítulo diferente de las sanciones administrativas que la propia ley establece.

11.3.- Agravante general

En el artículo octavo se determina que se impondrá el máximo de la pena para los diferentes delitos si fueren cometidos por funcionarios, empleados, servidores públicos o miembros de la Fuerza Pública; o si permitieron su comisión, de manera fraudulenta y clandestina, por sus acciones u omisiones.

11.4.- Destino de los bienes comisados y de las multas

El comiso especial, como lo denomina el Código (Art. 65) es una pena de carácter pecuniario que, como todas, deberá cumplirse una vez que haya una sentencia condenatoria ejecutoriada, momento en el cual se transfiere al Estado el dominio de los bienes comisados.

Sin embargo, el artículo séptimo de esta Ley establece que *"una vez que el fiscal haya determinado la procedencia ilícita de los hidrocarburos, sus derivados, gas licuado de petróleo o biocombustibles, solicitará al juez la entrega de estos a PETROCOMERCIAL a efectos de que ésta le de el uso conveniente a los intereses del Estado"*, entrega que, como es obvio, se producirá al inicio del proceso, mucho antes de que se dicte una sentencia.

El artículo establece que el juez, una vez recibida la solicitud del fiscal, dispondrá la entrega inmediata a PETROCOMERCIAL, no solo de los hidrocarburos, sino también de los bienes utilizados en la comisión de la infracción.

La ley nada dice sobre el carácter de esta entrega, que debería entenderse como provisional, a la espera del fallo que corresponda, pues de producirse un sobreseimiento

definitivo o una sentencia absolutoria, los bienes deberán ser devueltos a sus propietarios.

En las disposiciones generales de la Ley (tercera y cuarta) se establece que el producto de las multas se entregarán a PETROCOMERCIAL para fines de tecnología, monitoreo, control y supervisión; pero que el veinticinco por ciento de las multas se entregará al denunciante de las infracciones, dentro de la acción popular que se concede para hacerlo.

Capítulo V
DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA

1.- Denominación y bien jurídico

No resulta fácil determinar con exactitud el alcance que tiene la denominación "seguridad pública", con que se encabeza el extenso Título VI del Libro Segundo del Código.

La tradición de los códigos del siglo XIX, inclusive el belga que inspiró al ecuatoriano, fue la de reunir bajo esta denominación varios delitos de peligro, es decir de conductas potencialmente capaces de afectar diversos bienes jurídicos y que, por tal razón, crean una sensación de intranquilidad, de "inseguridad", tanto en el conjunto de la sociedad como en las personas individualmente consideradas, que, confiando en la protección de la ley, aspiran a vivir en un ambiente de paz social. En algunos códigos, el italiano, por ejemplo, se emplea con el mismo sentido, la expresión "orden público". Por cierto que estas conductas son muy distintas de aquellas que atentan contra la seguridad del Estado.

Los delitos inicialmente incluidos eran delitos de peligro abstracto, en los cuales se presume el surgimiento de la situación de peligro con la sola realización de la conducta. Posteriormente se han ido agregando delitos, tanto de peligro abstracto como de peligro concreto, en los cuales debe comprobarse la creación del riesgo, pero también delitos de daño. Con el paso del tiempo el título se ha convertido en una especie de cajón de sastre, en el que se han incorporado conductas de variada especie, algunas de ellas claramente lesionadoras de otros intereses sociales o bienes jurídicos, pero que de alguna manera, el legislador ha entendido, pueden afectar bienes jurídicos colectivos, supraindividuales o inclusive difusos.

2.- Clasificación

A la primitiva integración de este Título (el Código de 1906 tenía cinco capítulos), se han ido agregando nuevos capítulos hasta llegar a ser quince en el actual texto, que por las razones anotadas tienen alcances diversos y también muy distinta significación social. Algunos de los más antiguos corresponden a posiciones claramente superadas, mientras que algunos de los nuevos tocan materias de acuciante actualidad.

En un primer grupo podríamos recoger los viejos delitos de peligro abstracto

mantenidos en el Código vigente: la asociación ilícita, la intimidación, los delitos de vagos y mendigos, la instigación para delinquir, la apología del delito y la conservación indebida de explosivos. Próximos a este grupo estarían la piratería, los delitos contra los medios de transporte y comunicación, y el quebrantamiento de condena.

Capítulos muy importantes, incorporados en el Código de 1938, son el VII, desgajado en su momento de los delitos contra la propiedad, en el que tipifica el incendio, destrucciones, deterioros y daños; y el X, que contiene los delitos contra la salud pública.

Los capítulos añadidos en los últimos años, en respuesta a nuevas preocupaciones de orden jurídico y social, son los que tipifican los delitos contra el patrimonio cultural, contra el medio ambiente, el tráfico ilegal de emigrantes y los delitos relacionados con actividades turísticas.

3.- Delitos de peligro abstracto

Los delitos de peligro abstracto son aquellos, según se señaló, en los cuales se presume que el peligro ha surgido con la sola realización de la conducta. Son los más antiguos del título, pues tradicionalmente se ha considerado que importan amenazas a bienes jurídicos esenciales como la vida, la integridad física y la propiedad. Sin embargo, también se advierte, paradójicamente, que algunos de ellos han quedado absolutamente desfasados.

3.1.- La asociación ilícita

La asociación ilícita requiere al menos la concurrencia de dos personas, y el Art. 369 la define como la formada con el fin de atentar contra las personas o las propiedades; y agrega, destacando de esta manera su carácter de peligro abstracto, que el delito existe por el solo hecho de la organización de la partida. Esto quiere decir que sus integrantes serán sancionados aunque no hayan realizado todavía ninguno de los atentados que se habrían propuesto.

Para precisar el alcance de la conducta, la propia ley (Art. 370) induce a sostener que el verbo "atentar" debe entenderse como "perpetrar delitos"; y la doctrina (Pérez Borja) considera que la referencia a personas y propiedades no debe limitarse a los delitos tipificados en los títulos VI y X del Códigos, sino que debe comprender otras conductas que lesionan derechos de las personas, protegidos en otros títulos del Código (las libertades individual y sexual, por ejemplo) o que afectan a los bienes (los incendios y daños a la propiedad, tipificados en este mismo título). Por otra parte, la naturaleza de la conducta presupone dolo.

En la parte general de esta obra se señaló ya la diferencia entre asociación ilícita y conspiración (Art. 17). Esta es una fase del íter críminis, que implica el acuerdo de dos o más personas para la ejecución de un delito concreto, lo cual recalca su carácter temporal; en tanto que la asociación tiene un carácter más permanente, una cierta organización jerárquica y su objetivo es, en general, la comisión de delitos, que pueden o no estar previamente determinados.

La tasación de las penas aplicables a este delito depende de dos factores (Arts. 370 y 371): la gravedad de los delitos que la asociación se propone cometer y el grado de participación de los asociados. Si los delitos planeados merecen pena de reclusión mayor, los provocadores de la asociación, los jefes y lo que ejercieren algún mando, serán reprimidos con reclusión menor de tres a seis años; si se asociaron para cometer delitos reprimidos con reclusión menor, la pena será de dos a cinco años de prisión; y si se tratare de delitos de otra índole, prisión de seis meses a tres años.

Cualquier otra persona que tomare parte en la asociación o que dolosamente suministraren a la partida armas, municiones, instrumentos para cometer el delito, alojamiento, escondite o lugar de reunión, será reprimida, según la gravedad de los delitos que se propone perpetrar, con prisión de uno a cinco años, con prisión de tres meses a tres años o con prisión de dos meses a un año.

Los condenados por este delito podrán, además, ser colocados bajo la vigilancia de la autoridad de dos a cinco años.

Ahora bien, si uno o más de los atentados llegan a realizarse, se produciría un concurso entre la conspiración y los delitos cometidos.

3.2.- Intimidación

Bajo esta denominación (introducida en el Código vigente, pues en los anteriores el capítulo se denominaba "amenazas"), se tipifica (Art. 377) el hecho de *"amenazar a otro con cualquier atentado contra las personas o las propiedades"*.

Las amenazas han sido definidas en el propio Código como *"los medios de apremio moral que infundan el temor de un mal inminente"*; y aparecen en el Código en numerosos artículos, principalmente como medio utilizado para la realización de muy diversos delitos: plagio, violación, robo, etc. Pero en este capítulo, las amenazas constituyen por sí mismas un delito autónomo, siempre que la amenaza implique la comisión de un delito. Más todavía la diversa gravedad de la conducta, y de la pena consiguiente, dependerá del delito que se amenaza cometer.

Los Arts. 377, 378 y 379 prevén cinco tipos delictivos, en el minucioso estilo que caracteriza al Código en algunos capítulo. De esta manera, sin haber una razón sustancial, queden sin sanción las amenazas que se señalan más adelante:

- Amenaza de un delito que merezca pena de reclusión menor, hecha por escrito, anónimo o firmado, y acompañada de orden o condición. Se sanciona con prisión de seis meses a tres años y multa. La orden o condición podría referirse a hacer algo o dejar de hacer algo, que inclusive podría ser algo a que tiene derecho el que amenaza. Este ejemplo lo pone Pérez Borja: Si usted no me paga lo que me debe, le mato;

- Amenaza de un delito que merezca pena de reclusión menor, hecha por escrito pero sin orden ni condición. Se sanciona con prisión de tres meses a un año y multa;

- Amenaza de un delito que merezca pena de reclusión mayor, hecha por escrito,

anónimo o firmado, y acompañada de orden o condición. Se sanciona con prisión de uno a cinco años y multa;

- Amenaza de un delito que merezca pena de reclusión mayor, hecha por escrito, sin orden ni condición. Se sanciona con prisión de seis meses a un año y multa;

- Amenaza verbal, hecha con orden y bajo condición. Se sanciona con prisión de uno a seis meses y multa.

De este listado se establece que no constituyen delitos las amenazas que consistan en cometer delitos sancionados solamente con prisión, o con conductas que no están tipificadas como delitos, aunque pudieran ser agresivas o contengan una amenaza de carácter general, o que puedan provocar desprestigio o deshonra de las personas amenazadas. Tampoco lo es la amenaza verbal, aunque pudiera referirse a delitos graves, si no va acompañada de orden o condición.

Además de la pena privativa de la libertad, los condenados por estos actos podrán ser puestos bajo la vigilancia de la autoridad por un tiempo que no exceda de cuatro años (Art. 380).

El Art. 381 determina que no estarán sujetas a pena las amenazas que se hagan en el acto de alguna riña o pelea, agresión, ofensa, provocación o injuria, salvo la pena en la que se incurra por la misma agresión, ofensa o riña. Esto significa, en definitiva, que si la agresión, ofensa o riña no tienen carácter delictivo (por no reunir los elementos exigidos por la respectiva tipicidad), las amenazas no serán sancionadas. Queda por determinarse si se trataría de una causa de inculpabilidad, debida a la especial situación emocional; o una excusa absolutoria, en la que habiendo delito, el legislador considera conveniente no sancionarlo. Parece más lógica la primera alternativa.

La doctrina considera que si la amenaza llega a cumplirse, es decir si se comete el delito amenazado, este absorbería a la amenaza, pues se trataría de un caso de delito progresivo.

El Art. 382 (incluido en 1938) tipifica un delito de un alcance diferente, pues en este caso el acto no se dirige contra una persona en particular, sino que tiene un carácter general. En efecto, se sanciona con prisión de un mes a dos años, al que hiciere señales, diere gritos de alarma, hiciere estallar bombas o explosivos, o amenazare con un desastre de peligro común, con el objeto de infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes. Se trata de una norma subsidiaria, que se aplicará si el acto no constituye un delito más grave, pues podría tratarse de un acto terrorista o de daños en la propiedad.

3.3.- Vagos y mendigos

Los códigos modernos han eliminado los delitos de vagancia y mendicidad; pero el ecuatoriano inexplicable e inútilmente los mantiene en el Capítulo IV de este Título (Arts. 383 a 385), lo que, por otra parte, prueba su arcaica factura.

Por supuesto que la vagancia y la mendicidad no son delitos en sí mismos, ni podían

serlo, pues no constituyen actos sino estados o condiciones de una persona que no tienen intrínsecamente carácter penal. Son más bien calidades que debe reunir la persona que realiza determinados actos expresamente tipificados en estos artículos, que el legislador ha considerado que crean situaciones de peligro.

Son vagos, dice el Art. 383, los que se encuentran en una de estas dos situaciones: no tener domicilio fijo ni medios de subsistencia; o no ejercer habitualmente oficio o profesión sin sufrir enfermedad o lesión que les imposibilite. En cambio, nada se dice sobre quienes son mendigos, a quienes define el Diccionario como personas que habitualmente piden limosna.

El Art. 384 establece varias conductas que podrían ser cometidas por vagos o mendigos y sancionadas con prisión de tres meses a un año: llevar certificados o pasaportes falsos; llevar armas; amenazar con un ataque a las personas o propiedades o ejercer un acto de violencia contra aquellas; estar provistos de limas, ganzúas u otros instrumentos propios para cometer robos u otros delitos o para procurarse los medios para entrar en las casas.

El Art. 385 sanciona con prisión de dos meses a un año al mendigo al que se encontrare disfrazado de cualquier modo o que hubiere fugado del establecimiento en que le hubiere colocado la autoridad.

3.4.- Instigación para delinquir

La instigación es una figura penal que tiene una doble expresión. Puede ser, en primer término, una de las modalidades de coautoría previstas en el Art. 42, que establece que se reputa autor, entre otros, al que aconseja o instiga a otro a cometer un delito, cuando el consejo ha determinado su perpetración.

Pero la instigación puede ser también el delito autónomo previsto en el Art. 386. Sin embargo, el carácter subsidiario de esta norma, exige que previamente se descarte que el instigador sea considerado coautor; y que se verifique la condición que en este caso se requiere: que la instigación a cometer un delito determinado, contra una persona o institución, haya sido hecha públicamente. La publicidad puede darse tanto si la instigación se realiza en lugares o reuniones públicas, frente a varias personas (de diez o más, habla el Art. 491, para un caso similar) o por un medio de comunicación.

A diferencia de la instigación como forma de autoría, el delito no autónomo no exige que el delito instigado se haya perpetrado.

La pena es de quince días a dos años de prisión.

3.5.- Apología del delito

La apología del delito podría ser calificada como una modalidad particular de instigación, que debe hacerse públicamente, empleando cualquier medio.

La apología es la alabanza de algo o alguien, hecha de palabra o por escrito, y según el Art. 387, debe ser de un delito; de un condenado por delito, por razón del acto realizado;

o de un suicidio, aunque en este caso no se trate de un delito.

El delito se sanciona exclusivamente con multa.

3.6.- Conservación indebida de explosivos

El Capítulo II de este Título se refiere a la conservación indebida de explosivos y contiene cuatro artículos. El primero (373) establece una prohibición y el segundo (374), una obligación. No es común que en los códigos penales se incluyan normas de esta naturaleza, más propias de leyes administrativas, a las que se remite la ley penal. En este caso, la Ley de Fabricación, Importación y Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, explosivos y Accesorios cumple precisamente esa función.

La prohibición "terminante" se dirige a "particulares", que no pueden tener en sus domicilios, bodegas o instalaciones de cualquier tipo, materiales o explosivos que constituyan elementos de peligro para las personas o propiedades. Estos materiales, se agrega, deben ser guardados en lugares técnicamente adecuados, frase que, luego de la prohibición terminante, no parece tener sentido alguno.

La obligación consiste en entregar tales materiales a las autoridades militares o policiales correspondientes. Pero se exceptúan de la obligación y también de la prohibición, las actividades artesanales dedicadas a la fabricación de juegos pirotécnicos y actividades mineras, siempre y cuando se encuentren almacenadas en lugares no poblados. Con lo cual la prohibición no aparece tan terminante.

Según el Art. 375, el delito consiste en contravenir estas dos disposiciones; es decir en realizar una acción (tener explosivos) y en omitir una obligación (no entregar tales materiales); y aunque parecería que se trata de dos conductas, en realidad, constituyen un solo hecho.

La sanción es prisión de dos a cuatro años.

En este Capítulo, que se limita a sancionar una conducta de peligro, el Art. 376 contiene una norma un tanto extraña: los atentados contra personas o bienes utilizando explosivos se sancionan con reclusión mayor de dieciséis años. Como se ve se sanciona la sola utilización de los explosivos, sin que importe el resultado que se produzca.

El Art. 31 de la Ley que regula lo relativo a las armas sanciona de manera más grave (tres a seis años de reclusión, multa y comiso), entre otras conductas, la tenencia de explosivos.

4.- Incendio

Se señaló ya que el Capítulo VII, que comprende el delito de incendio, otras destrucciones, deterioros y daños, había sido desgajado del Título de delitos contra la propiedad, como constaba anteriormente, en conformidad con una clasificación tradicional, auspiciada por el propio Carrara.

Es cierto que estos delitos afectan a la propiedad, pues significan básicamente la destrucción o menoscabo material de bienes que tienen un valor económico. En la clasificación aludida, se hablaba de delitos contra la propiedad con ánimo de lucro, que son los que actualmente continúan bajo ese epígrafe; y delitos con ánimo vindicativo, que son los que se han separado del título.

Se ha justificado la separación en códigos más nuevos, considerando que el incendio, las destrucciones y daños no solo lesionan patrimonialmente a los dueños de los bienes, sino que afectan también colectivamente a la sociedad; son, de alguna manera, delitos de peligro. E inclusive, pueden sancionarse conductas que afecten al propio sujeto activo de la infracción, cuando se ejecutan sobre bienes muebles o inmuebles de su propiedad.

Se puede concluir de esta reflexión que el incendio y los otros delitos del Capítulo son pluriofensivos, pues lesionan dos bienes jurídicos: la seguridad pública y la propiedad. Aunque, los resultados de tales delitos pueden derivar, bajo ciertas circunstancias, en daños y aun en la muerte de personas.

La doctrina ha considerado siempre al incendio como una conducta de especial gravedad entre las destrucciones y daños. Aunque la diferencia básica es el medio empleado para causar tal destrucción o daño, el recurrir al fuego, con los riesgos adicionales que supone para las personas y los bienes, ha justificado la especial severidad del legislador.

4.1.- La conducta típica

En los distintos artículos que tipifican las conductas de incendio (del 388 en adelante), se emplea, como núcleo del delito, la frase "poner fuego", aunque en el 394 y 396 se dice directamente "incendio", por la razón que más adelante se indicará.

La frase poner fuego, en relación a la palabra incendio, tiene la ventaja de excluir los casos en que el incendio no ha sido consecuencia de un acto humano, sino de un hecho fortuito. Determina así mismo que se trata de una acción y, en principio, excluye también las omisiones (podría sin embargo tener responsabilidad penal, en virtud del Art. 12, quien tenía la obligación de impedir la propagación del incendio y no trató de hacerlo).

La frase, en cambio, no incorpora expresamente un elemento que revele la magnitud del fuego. No puede tener carácter penal un fuego limitado, que no tenga una capacidad de destrucción de bienes (una hoguera que se enciende con objetivos lícitos), y que, por tanto, no constituya una amenaza.

Por otra parte, se trata de un delito que causa un daño, la destrucción total o parcial de un determinado bien; pero que es capaz de causar daños adicionales, por lo que es también un delito de peligro, y este doble carácter acentúa la gravedad de la conducta.

4.2.- Los bienes destruidos

Elemento central para la tipificación de los distintos casos de incendio, en el Código ecuatoriano, es el objeto al que se pone fuego, pues la mayor o menor gravedad del delito dependerá de la naturaleza de tal objeto.

4.2.1.- Figura delictiva básica

La figura más grave, prevista en el Art. 388, tipifica el poner fuego a:

- Embarcaciones, aeronaves, almacenes, astilleros;
- Edificios o cualquier otro lugar que sirva de habitación y contenga una o más personas en el momento del incendio;
- Edificios que sirvan para reuniones de individuos, durante el tiempo de estas reuniones;
- Todo lugar, aun inhabitado, si contuviere depósitos de pólvora u otras materias explosivas, y si, según las circunstancias, el autor ha debido presumir que había en él una o más personas en el momento del delito, o si podía comunicarse el incendio a otros edificios habitados inmediatos.

Excepto en el primer caso, en que la gravedad se relaciona con el objeto mismo del incendio, en los otros, la gravedad está relaciona con el peligro de muerte de personas.

La pena en este caso es de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años; pero si las paredes del edificio incendiado fueren de piedra, ladrillo u otros materiales incombustibles, y no contuvieren materiales explosivos, la pena será de reclusión menor de seis a nueve años. El condenado también podrá ser puesto bajo la vigilancia especial de la autoridad entre dos y cinco años (Art. 390).

4.2.2.- Figura atenuada

El Art. 389 sanciona con reclusión de tres a seis años a quienes pusieren fuego a:

- Los objetos designados en el Art. 388, pero fuera de los casos previstos en dicho artículo, es decir edificios que no sirvan de habitación ni contengan a personas en el momento del incendio; edificios que sirvan parea reuniones, pero fuera del tiempo de estas reuniones; lugares que no contuvieren explosivos, etc.;
- Montes, arboledas, talleres o sementeras.

Se impondrá prisión de uno a cinco años a quienes pusieren fuego a mieses segadas, maderas cortadas y puestas en montones.

Se impondrá prisión de seis meses a tres años y multa a quienes pusieren fuego a mieses y maderas cortadas, que no hubieren sido reunidas.

También se podrá colocar a los condenados a la vigilancia especial de la autoridad entre dos y cinco años.

4.2.3.- Incendio de bienes propios

El mismo Art. 389 incluye situaciones en que los bienes, a los que se ha puesto fuego, pertenecen exclusivamente al incendiario. En tales casos, el bien jurídico lesionado ya no sería la propiedad, sino la seguridad pública, u otros intereses generales, como se podría deducir del texto legal.

Aunque la redacción desordenada produce alguna confusión, es claro que los bienes incendiados pueden ser cualesquiera de los enunciados en este artículo, siempre y cuando haya habido una intención fraudulenta, entendiéndose por tal cuando el incendio afecte a la economía nacional y *"no tenga justificación razonable"* (¿cobrar un seguro?). En cada caso habrá que establecer la inexistencia de tal justificación para que se tipifique el delito.

Pero el mismo artículo incluye una norma más general, relativa a bienes propios: *"no será castigado el que incendie una cosa propia"*, cualquiera que esta sea, con tres posibles excepciones: que hubiere fraude, que exista peligro de que el fuego perjudique a otros, o que se perjudique la economía nacional.

La sanción es menor que en el incendio de cosa ajena. En el más grave de los casos, prisión de uno a cinco años, multa y sujeción a la vigilancia de la autoridad.

4.2.4.- Incendio a través de otros objetos

El Art. 391 prevé una conducta sui generis: poner fuego a objetos colocados de tal modo (se entendería que en proximidad), para que el fuego se comunique a la cosa que se quería destruir. Se reprimirá, dice la ley, como si se hubiera puesto o intentado poner directamente el fuego a esta última cosa. Es decir que la sanción, mayor o menor, dependerá de la naturaleza del bien que quería destruir el sujeto activo.

El Art. 392 plantea, en la misma hipótesis anterior, otro posible resultado: el fuego se comunica además a otro objeto, cuya destrucción acarrea una pena más grave. Se aplicará esta última, si las cosas estuvieren colocadas de tal modo que el incendio haya de comunicarse necesariamente de la una a la otra.

4.2.5.- Elemento subjetivo: dolo

Como se señaló previamente, la frase "poner fuego" excluye los incendios fortuitos y, más bien, establece un elemento intencional. Quien pone fuego a un objeto, de los señalados en el Código, y lo deja cobrar cierta magnitud quiere provocar un incendio o, por lo menos, acepta su producción. Por tanto, actúa dolosamente, si no con dolo directo, al menos con dolo eventual (la situación prevista en el Art. 392 se encuadraría en el dolo eventual).

El Art. 388, que establece la forma más grave de incendio, solo utiliza la frase señalada; pero el Art. 389, que tipifica la modalidad atenuada, expresamente acompaña a la frase con el adverbio "voluntariamente", que confirma este criterio. Sin embargo no cabe sostener que la omisión de la palabra en el 388 le dé un alcance diferente a la voluntariedad. Se trata, una vez más, de una incoherencia legislativa.

4.2.6.- Resultado de muerte o lesiones

El Art. 393 prevé el caso en que el incendio haya causado la muerte de una o más personas, o heridas o lesiones permanentes. Si lo primero, la sanción será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años; si lo segundo, de reclusión mayor de ocho a doce años.

El caso plantea una especial consideración sobre la culpabilidad. ¿Cuál es la representación subjetiva que se ha hecho el autor del incendio respecto del daño potencial que pueden sufrir las personas? Pueden darse varias situaciones: el autor no preveía la presencia de personas en el lugar incendiado; o las preveía, pero confiaba en que lograrían escapar del incendio; o le era indiferente lo que pudiera ocurrir con ellas. Cabe también la posibilidad de su intención era causar la muerte de personas, y que el incendio fuera el medio para hacerlo.

La última situación quedaría fuera de la aplicación de este artículo, porque el delito sería un asesinato, es decir un homicidio doloso agravado por la utilización del medio, conforme lo establece el Art. 450 numeral tercero. Pero todos los demás casos sí quedarían comprendidos en el artículo, lo cual presupone que resulta indiferente el análisis subjetivo: así se tratare de un resultado fortuito, de una imprudencia, o hasta de dolo eventual, el autor responde por el resultado. Estas formas de responsabilidad objetiva, fundada en la aplicación del principio *versare in re illicita*, son contrarias a la exigencia de la culpabilidad subjetiva, exigida por la doctrina penal.

4.2.7.- Incendios culposos

Es frecuente que un incendio se haya producido por negligencia o imprudencia. Los códigos atendiendo los riesgos potenciales, suelen sancionar también tales conductas culposas. El Art. 394 del Código ecuatoriano no emplea tales palabras, sino que prevé unos cuantos casos en que el incendio ha sido consecuencia de actos negligentes o imprudentes. La fórmula casuística utilizada puede dejar por afuera situaciones similares.

Los casos que se enumeran son: vejez o falta de reparación o limpieza de hornos, chimeneas, fraguas, casas o talleres próximos; fuegos encendidos en los campos a menos de cien metros de edificios, bosques, matorrales, huertos o plantaciones, cercas, pilas de granos, de paja, de heno, de forrajes o cualquier otro depósito de materias combustibles; fuegos o luces llevados o dejados sin precaución; fuegos artificiales encendidos o tirados incautamente. Con tal enumeración muchos casos posibles quedarían fuera de la previsión legal.

El delito se sanciona con prisión de ocho días a tres meses y multa.

4.2.8.- Incendio de bienes de escaso valor

El último de los artículos dedicados al tema, el 396, tipifica el incendio de construcciones de poca significación (chozas, pajares y cobertizos) o de objetos de muy poco valor: el texto del Código les asigna un valor de diez a cincuenta sucres, en el

signo monetario que fue reemplazado por el dólar de los Estados Unidos en el año 2000, es decir ningún valor. Pero se agrega una condición: que no haya peligro de propagación del incendio. La pena es de prisión de quince a noventa días.

4.2.9.- El iter criminis

La naturaleza del incendio plantea una especial situación del iter criminis que debe ser analizada: ¿en qué momento se produce la consumación del delito?

En la doctrina hay opiniones discrepantes. Para algunos autores (Quintano Ripollés), el delito se consumaría solamente cuando el fuego se haya vuelto incontrolable para quien lo inició. Si el fuego se apaga previamente, por causa ajena al autor, se estaría en situación de tentativa; y si lo hace el propio autor, en un caso de arrepentimiento eficaz (Art. 16, tercer inciso). Pero la frase "poner fuego" de nuestro Código, parece determinar que la consumación se produciría con este solo hecho, como un delito de peligro abstracto, aunque el daño efectivo sea mínimo; por lo que si el propio autor controla el fuego causado, solo se beneficiaría de un atenuante. Esa es la opinión de Carrara.

4.2.10.- El incendio como medio de otros delitos

Ya se ha señalado que el incendio puede ser un medio para cometer un asesinato, en cuyo caso el autor deberá ser juzgado por ese delito. Pero hay otros casos en que la ley alude al incendio como un medio para causar otros delitos. Tal ocurre, por ejemplo, con los delitos de sabotaje y terrorismo, dentro del Título de los delitos contra la seguridad del Estado o en los delitos contra el medio ambiente, incorporados en este mismo Título del Código. En estos casos también la figura penal podría desplazarse, según el resultado producido.

5.- Otras destrucciones y daños

En el mismo Capítulo VII, que tipifica el incendio, se incluyen, bajo la denominación de destrucciones, deterioros y daños, conductas de una variada casuística que se caracterizan en todo caso por afectar la integridad de bienes. Por esta razón, en varios códigos estos delitos también integran el título de delitos contra la propiedad.

5.1.- Explosión

El Art. 395 tipifica la destrucción mediante explosión, de edificios, embarcaciones, aeronaves, carruajes, vagones, almacenes, astilleros u otras construcciones; en definitiva cualquier tipo de construcción. La sanción será la prevista en los casos de incendio, según la naturaleza de los bienes afectados. La equivalencia se fundamenta en los efectos, que pueden ser incontrolables, de la explosión.

Como la ley no define lo que debe entenderse por "explosión", hay que recurrir al Diccionario, que en la acepción más ajustada al caso, dice que es la: *"Liberación brusca de una gran cantidad de energía, de origen térmico, químico o nuclear, encerrada en un volumen relativamente pequeño, la cual produce un incremento violento y rápido de*

la presión, con desprendimiento de calor, luz y gases. Va acompañada de estruendo y rotura violenta del recipiente que la contiene".

Pero el mismo artículo sanciona también al que intentare destruir, mediante explosión, los objetos señalados. En este caso, una tentativa es equiparada con el delito consumado, y merecería por tanto la misma pena. Tal equiparación es, al menos, discutible, pues si se parte del principio de que la sanción debe ser proporcional al daño causado, hay una notoria diferencia, al menos en este caso, entre una tentativa y un delito consumado.

5.2.- Destrucción de edificios, puentes, carreteras y otras construcciones

El Art. 397 prevé la destrucción o derribamiento, total o parcial, de edificios, puentes, diques, calzadas, carreteras, ferrocarriles, acueductos, aeródromos u otras construcciones, ya sean nacionales, municipales o pertenecientes a terceras personas. La destrucción o derribamiento puede ser producida por cualquier medio, excepto incendio o explosión, que se tipifican en normas especiales. Se sanciona con prisión de tres a cinco años.

En sentencia de la Corte Suprema se señala que la destrucción parcial será tal cuando el daño material determina que el bien no pueda prestar *"la utilidad que corresponde a su uso específico y el beneficio que su destinación produce"* (Prontuario 2, Resolución 89-066).

El segundo inciso de este artículo determina que la misma pena se aplicará a quien destruya, total o parcialmente, instalaciones para servicios de alarma contra incendios; pero, en forma singular, se sanciona también a quienes hagan uso indebido de estos servicios.

5.3.- Destrucción de acueductos y cercas

En el Art. 397 se tipifica la destrucción, entre otras construcciones, de acueductos; y en el 398 también se habla de acueductos, pero estableciendo una diferencia que atenúa la pena: que el acueducto ajeno no constituya obra de mampostería, es decir realizado con materiales de construcción.

La pena es de prisión de tres a seis meses; pero no se aplicará, en una especie de legítima defensa, cuando se trate de obras nuevas, que atacan el derecho de propiedad o posesorio del sujeto activo, es decir construidas en tierras en las que ejerce dominio o posesión.

En el mismo artículo se sanciona con la misma pena a quien destruya cercas vivas o de cualquier clase. Pero esta norma es subsidiaria de la que tipifica uno de los casos de usurpación (Art. 580), que exige, como elemento subjetivo, que el acto esté encaminado a apoderarse de un inmueble.

5.4.- Destrucción de máquinas

El Art. 399 sanciona con prisión de seis meses a tres años y multa a quien destruya una máquina perteneciente a otro. La máquina puede ser hidráulica, de vapor, eléctrica o movida con fuerza animal y puede estar destinada a la industria fabril o agrícola.

Habrá destrucción cuando la máquina ha sido paralizada en todo o en parte, y se agrega, ociosamente, ya sea en la parte motora o en los aparatos que se ponen en movimiento.

El Art. 400 establece como agravante (prisión de tres a cinco años) que el acto haya sido cometido en pandilla, o por medio de violencias, vías de hecho o amenazas.

5.5.- Destrucción de tumbas y monumentos

Según el Art. 401, los objetos contra los cuales se atenta tienen un carácter diferente, en que la defensa de la propiedad, que aparece en las otras figuras penales, ha sido dejada a un lado. Aquí la seguridad pública, genérica en este título, se complementa con otros valores: respeto a los difuntos, al ordenamiento urbanístico, al patrimonio cultural y a la libertad religiosa.

En efecto estos objetos son: tumbas, signos conmemorativos o piedras sepulcrales (numeral primero); monumentos, estatuas u otros objetos destinados a la utilidad u ornatos públicos (numeral segundo); monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en iglesias, capillas u otros edificios públicos (numeral tercero).

Para determinar la conducta, la ley emplea varios verbos (destruir, derribar, mutilar o menoscabar), que amplían el alcance del daño. La pena es de prisión de ocho días a un año y multa.

5.6.- Violación de sepulcros

Pero en el inciso final del mismo Art. 401, se tipifica otro delito que, aunque guarda relación con lo previsto en el numeral primero, requiere de un elemento subjetivo específico, que no necesariamente estará presente en los otros casos.

La conducta consiste en destruir o violar sepulcros para robar las cajas mortuorias, los objetos encerrados con los cadáveres o el cadáver mismo, o para aprovecharse de los materiales de la tumba. En estos casos predominaría un afán de lucro, aunque lo sustraído no tenga dueño, ni puede ser objeto de apropiación, como el cadáver. Pero también se sanciona si el acto ha sido realizado como un acto de venganza.

En cualquiera de estos casos, la pena será de prisión de tres a cinco años.

5.7.- Destrucción de documentos

El Art. 402 señala como objeto material del delito objetos de diferente naturaleza: documentos, lo que aproxima la conducta a los delitos contra la fe pública, del Título IV. Según el tipo de documento, la pena varía:

- Si los documentos son registros auténticos, instrumentos originales de autoridad pública, procesos civiles o penales, la pena será de cuatro a ocho años de reclusión mayor;

- Si los documentos son títulos, letras de cambio, documentos de comercio o de banco, o cualquier fiduciario (¿título?), la pena será de uno a cinco años de prisión y multa;

- Si los documentos son recibos, obligaciones, minutas u otros documentos privados que contengan prueba de un acto o contrato, la pena será de seis meses a tres años de prisión.

Este artículo contiene una regla excepcional que establece el aumento que sufrirán las penas si se han cometido con una o más circunstancias agravantes. En este caso, aunque no se alcanza a ver la razón, el Código se aparta de la regla general (Arts. 72 y 73), conforme a las cuales el efecto de las circunstancias agravantes consiste en impedir la rebaja establecida en el caso de haber circunstancias atenuantes.

5.8.- Destrucción de muebles

La destrucción o el detrimento de bienes muebles, excepto las maquinarias que se enumeran en el Art. 399, y cualquiera sea su valor, están previstos, con varias alternativas, en los Arts. 403 a 406.

Si la destrucción se ha ejecutado sin violencias ni amenazas, la pena será de prisión de ocho días a un año y multa; y si se ha cometido en reunión o en pandilla, la pena será de prisión de tres meses a dos años.

Si la destrucción se ha ejecutado con violencias o amenazas, en una casa habitada o en sus dependencias y concurriendo alguna circunstancia agravante, la pena será de reclusión de tres a seis años. Es evidente el vacío de la norma al no señalar la pena, para el caso de ejecución con violencia o amenazas, pero sin que concurra ninguna circunstancia agravante.

Si, en las circunstancias del párrafo anterior, el delito ha sido cometido en reunión o en pandilla, la pena será de reclusión menor de seis a nueve años.

Finalmente (Art. 406), si las violencias o amenazas han producido una enfermedad incurable o una lesión permanente, los culpados serán sancionados con la pena inmediata superior; y si hubieren causado la muerte, con reclusión especial de dieciséis a veinticinco años. Como en el caso de incendio, el autor del hecho responde por el resultado, sin considerar el aspecto subjetivo.

5.9.- Destrucción en escenarios deportivos

La Ley 2006-63 se expidió, fundamentalmente, con el propósito de combatir las acciones de violencia que pudieran producirse con motivo de actividades deportivas; pero la ley se extendió a las manifestaciones que podrían producirse en otros espectáculos públicos, culturales, artísticos o de otra naturaleza.

De los dos artículos que integran la ley, uno de ellos se agregó a este Capítulo, y se lo ubicó a continuación del 405, por la ilación que mantiene con los artículos anteriores, ya comentados, que tipifican la destrucción o detrimento de bienes muebles.

Pero esta norma, a diferencia, de las señaladas, tipifica la destrucción o detrimento de bienes muebles o inmuebles, cometidos al interior de escenarios deportivos o en sus inmediaciones; pero también en lugares capaces de albergar reuniones masivas de público.

La sanción es de reclusión menor de tres a seis años; pero también sería aplicable la agravación prevista en el Art. 406, si las violencias han causado lesiones o muerte de personas.

5.10.- Eliminación de amarras

El Art. 407 sanciona con prisión de ocho días a dos años el quitar, cortar o destruir las amarras o los obstáculos que sujeten embarcaciones, vagones o carruajes. Es claro en este caso que se trata, más que de un delito de daño, de un delito de peligro abstracto que se sanciona por los posibles efectos dañinos que podrían producir las embarcaciones, vagones o carruajes sueltos.

5.11.- Destrucción de sementeras y árboles

El Art. 408 sanciona con prisión de un mes a tres años y multa a quien cortare o tale sementeras o plantaciones, debidas a la industria o a la naturaleza.

El Art. 409 sanciona con prisión de un mes a dos años y multa a quien tale o destruya un campo sembrado. En una antigua sentencia (Gaceta Judicial, Serie IX, No. 5), se advirtió la similitud de las dos conductas (talar sementeras y talar campos sembrados), lo que se atribuyó a una mala traducción del Código belga, en el que se basó el nuestro. En esa sentencia se consideró que, tomando en cuenta la diferencia en la sanción, el Art. 408 sanciona la destrucción de sementeras próximas a la cosecha, en tanto que el 409 sanciona la destrucción de sembríos recientes.

Pero el Art. 409 sanciona además otras conductas: derramar en el campo sembrado semillas de cizañas o de otras yerbas y plantas dañinas; y romper o descomponer instrumentos de agricultura, parques de animales o cabañas de guardianes.

El Art. 410 sanciona al que derribe, mutile o descortece uno o más árboles de modo que perezcan, o destruya uno o más injertos. La pena que se establece adopta una modalidad sui generis: ocho días de prisión a un mes de prisión y una multa por cada árbol, sin que la totalidad de la pena exceda de tres años de prisión y multa de treinta y un dólares.

Aunque los artículos señalados no lo señalan expresamente, en el sentido general del capítulo, debe entenderse que se trata de sembríos, instrumentos y árboles ajenos.

En el caso de destrucción de árboles, se deberá establecer si el artículo aplicable es éste o el 437-H, que consta en el capítulo de los delitos contra el medio ambiente, que sanciona la destrucción de bosques o formaciones vegetales legalmente protegidos.

5.12.- Muerte de animales

Los actos en los cuales el objeto material del delito son animales se tipifican en los Arts. 411 a 414:

- El envenenamiento de caballos u otras bestias de tiro o carga, animales de asta, carneros, cabros o cerdos, se reprime con prisión de tres meses a dos años y multa;

- La destrucción de peces echando sustancias a ríos, canales, arroyos, vivares o depósitos de agua, se reprime con prisión de ocho días a tres meses y multa;

- La muerte o las heridas graves, sin causa justificada, de los animales enumerados en el primer acápite, se reprime, según el lugar en donde se cometió el delito: de propiedad o tenencia del dueño de los animales, de propiedad o tenencia del autor del hecho, o en otro lugar. La pena en el primer caso será de prisión de uno a seis meses y multa; en el segundo caso, de prisión de ocho días a tres meses y multa; y en el tercer caso, de prisión de quince días a cuatro meses y multa;

- La muerte o heridas graves de animales domésticos distintos a los enunciados anteriormente, o domesticados, en lugares de propiedad o tenencia del dueño del animal, se reprime con prisión de ocho días a tres meses y multa. Si el hecho se produce en lugares de propiedad o tenencia del autor, se sanciona solamente como contravención (Art. 605 numeral 32).

También son pertinentes en este punto las dos observaciones hechas para el caso de sembríos y árboles: se entiende que los animales muertos o heridos son ajenos, no se sanciona la muerte de animales propios; y los animales deben ser diferentes de los que tienen especial protección en las leyes ambientales, en cuyo caso el delito es de naturaleza diferente.

5.13.- Agravación general

El Art. 415 establece un caso especial de agravación "para los casos previstos en los artículos precedentes", que rigurosamente serían todos los del Capítulo, a partir del 388. La circunstancia agravante exige que los daños se hayan causado con previa "violación de cerramiento", expresión más amplia que la violación de domicilio que constituye un delito autónomo, pues puede darse inclusive en espacios al aire libre.

También esta norma se aparta de la regla general (Arts. 72 y 73), pues establece la dura consecuencia de que la pena se aumentará en el doble.

5.14.- Daños informáticos

La Ley de Comercio Electrónico agregó a este Capítulo dos artículos innumerados, bajo la denominación de daños informáticos, a los que podríamos identificar, por el objeto en que produce el daño, como daños en el software y daños en el hardware.

5.14.1.- Daños en el software

La tipicidad del primero de los dos artículos, que podríamos calificar como sabotaje informático, contiene los siguientes elementos:

- El núcleo de la conducta, que se establece con los verbos destruir, alterar, inutilizar, suprimir o dañar;
- El objeto: programas, datos, bases de datos, información o cualquier mensaje de datos contenido en un sistema de información o red electrónica;
- Los efectos del daño, que pueden ser temporales o definitivos; - Los medios, que pueden ser de cualquier tipo, la utilización de virus, por ejemplo;
- El delito debe ser cometido con dolo.

La sanción será de seis meses a tres años de prisión y multa; pero si los programas, datos o información afectada están destinados a prestar un servicio público o están vinculados a la defensa nacional, la pena se agravará.

La descripción de la conducta y la referencia al objeto, nos revela que estamos frente a un delito pluriofensivo, pues además de la lesión patrimonial concreta, y de sus efectos en los servicios públicos o en la defensa nacional, estaría afectándose la información, como tal, que una tendencia doctrinal considera que es un bien jurídico susceptible de tener protección penal, por su interés social y como objeto de tráfico jurídico y económico.

5.14.2.- Daños en el hardware

El segundo de los artículos innumerados guarda más relación con el contenido general del Capítulo, pues sanciona la destrucción, alteración o inutilización de la infraestructura o instalaciones físicas necesarias para la transmisión, recepción o procesamiento de mensajes de datos. Esta conducta es próxima a la destrucción de maquinarias prevista en el Art. 399.

La sanción que prevé este artículo es de prisión de ocho meses a cuatro años y multa, "si no se tratare de un delito mayor", pero la destrucción de maquinarias del Art. 399 tiene una pena más leve y no se ve claro a que otro delito podría referirse la ley.

5.15.- Elemento subjetivo

Los artículos que tipifican los distintos casos de daños, salvo el artículo innumerado que tipifica los daños en el software, no hacen referencia alguna al elemento subjetivo. Sin embargo se puede concluir que la naturaleza de los actos constitutivos de los diversos

delitos exige dolo. En la mayor parte de los casos habrá dolo directo, es decir el sujeto activo tendrá la intención dirigida de producir el daño, pero podría haber situaciones de dolo eventual, con la aceptación del daño probable que el acto puede causar. En todo caso con conciencia del acto y de las consecuencias del mismo.

De hecho pueden producirse daños debidos a conductas negligentes o imprudentes, pero si el legislador no ha previsto delitos culposos, lo que significa que tales conductas no tienen relevancia penal, aunque pudieran reclamarse en el fuero civil.

5.16.- Delitos de acción privada

El Art.36 literales d) y e) del Código de Procedimiento Penal enumera entre los delitos de acción privada, que solo pueden perseguirse por querella de la parte ofendida, los daños ocasionados en propiedad privada, excepto el incendio y la muerte de animales domésticos o domesticados.

Con esta norma casi todos los delitos que se han considerado en este punto quedan comprendidos en esta clasificación. Quedarían excluidos y serían, por tanto, delitos de acción pública, la destrucción de tumbas y monumentos, la violación de sepulcros y la destrucción de documentos, en que no se afecta propiedad privada. También obviamente aquellos casos en que las violencias han causado la muerte o la lesión de personas.

Por tratarse de normas agregadas con posterioridad a la expedición del Código de Procedimiento Penal, queda en duda si los delitos de destrucción en escenarios deportivos y de daños informáticos son también de acción privada. En el primer caso, como la norma habla expresamente de propiedad de terceros, y en el caso del hardware, infraestructura de propiedad privada, la respuesta sería afirmativa. La destrucción del software, en cambio tiene un efecto lesionador más amplio, por lo cual sería un delito de acción pública.

6.- Delitos contra la salud pública

Ha sido tradicional que los códigos penales reúnan en un capítulo especial, bajo la denominación de delitos contra la salud pública, conductas potencialmente capaces de afectar en su salud, no solo a una persona determinada, sino a un conjunto indeterminado y más o menos amplio de personas.

Antes de la promulgación del Código vigente, en 1938, estos delitos se ubicaban entre los delitos contra las personas, bajo la denominación genérica de otros delitos. En 1938, con la actual denominación se integraron, más lógicamente, dentro del Capítulo X (Arts. 428 a 437), en el Título V, de los delitos contra la seguridad pública, bajo la consideración de que se trata de delitos de peligro. En todo caso el Capítulo no incluye los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes, que en general las legislaciones las ubican entre los delitos contra la salud pública, pero que en el Ecuador se tipifican en una ley especial.

6.1.- Bien jurídico

Aunque este Capítulo se incluye dentro del Título, cuyo bien jurídico es la seguridad pública, se considera que la salud pública, en concreto, es un bien jurídico autónomo, principalmente tutelado a través de los delitos que se tipifican en el mismo. De todos modos se podría afirmar que entre los dos bienes jurídicos hay una relación de género a especie.

El derecho a la salud está consagrado constitucionalmente (Art. 32); derecho que el Estado garantiza mediante políticas, programas, acciones y servicios. Más adelante, la propia Constitución (Arts. 358 a 366) desarrolla los principios que rigen esta actividad estatal.

Por su parte, la Ley Orgánica de Salud (Art. 3), tomando el concepto de la carta de la Organización Mundial de la Salud, define a la salud como *"el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"*. Este concepto, aplicable a la salud individual, permite precisar el alcance de la salud pública, ya sea como una suma de derechos individuales o, mejor todavía, como un derecho colectivo que debe ser protegido por el Estado a través de sus programas y acciones, en conformidad con la Constitución y la Ley. Y acudiendo inclusive al ámbito penal.

Sin embargo, como el Código también en esta materia repite las normas del siglo XIX, no ha recogido las preocupaciones que la sociedad contemporánea se plantea frente a los desafíos de la salud pública y el papel que el Derecho Penal podría desempeñar en esta materia.

6.2.- Delitos de peligro

A diferencia de los que afectan a la salud individual, que son delitos de daño, los delitos contra la salud pública son delitos de peligro.

Para calificarlos como delitos de peligro concreto o abstracto, hay que verificar si la ley exige que se compruebe que el peligro existió realmente; o si la ley presume, con la sola realización de la conducta, la creación del peligro. Las legislaciones suelen establecer indistintamente conductas de uno u otro tipo, y en el Código ecuatoriano sucede lo mismo, aun cuando predominan, como ya se señalará, las de peligro concreto.

Puede ocurrir que el peligro finalmente se materialice y se produzca un daño efectivo, lesiones o muerte, como consecuencia de la conducta. Para resolver tal situación, el legislador pudo considerarla como un caso de concurso de delitos. Sin embargo, el Código considera, más bien, que este resultado dañoso actúa como una circunstancia agravante (Arts. 430 y 433); pero el delito continúa siendo de peligro, pues se mantiene el riesgo potencial para otras personas indeterminadas.

6.3.- Lo penal y lo administrativo

No cabe duda de que la protección estatal de la salud pública es una tarea esencialmente administrativa. Por lo mismo, corresponde a las leyes administrativas establecer los mecanismos de regulación y control de las actividades relacionadas con la protección de la salud, de los programas y acciones, tanto del Estado como de entidades privadas y personas, y, en general, para el control y vigilancia sanitaria.

Así mismo, en estas leyes se deben determinar las infracciones y sanciones que correspondan por el incumplimiento o violación de las propias leyes y de los demás cuerpos normativos, que se expidan en aplicación de las mismas.

Concretamente, esta normativa está contenida fundamentalmente en la Ley Orgánica de Salud, pero además en otras leyes más puntuales que, en su conjunto, establecen los mecanismos señalados, determinan las infracciones y las sanciones correspondientes, todo ello en el ámbito administrativo. En esta materia se cumple de manera muy clara el principio según el cual la ley penal es la "última ratio", a la que se debe recurrir en aquellos casos de especial gravedad en que resultan insuficientes los otros mecanismos legales, especialmente civiles y administrativos.

6.4.- Los delitos en particular

6.4.1.- Adulteración de bebidas y comestibles

El Art. 428 tipifica el hecho de mezclar o hacer mezclar con bebidas, comestibles, sustancias o artículos alimenticios, materias de tal naturaleza que puedan alterar la salud. La necesidad de comprobar este riesgo determina que este delito sea de peligro concreto.

Además dos condiciones deben cumplirse para que la conducta sea sancionada: que el sujeto activo tenga el propósito de proporcionarse una ganancia y que las bebidas, comestibles y demás sustancias estén destinadas a la venta. Aunque la primera condición parece revelar el carácter doloso de la conducta, haría falta además que el autor conozca el carácter nocivo de las materias que emplea en la mezcla.

La sanción es de prisión de tres meses a un año y multa; pero si la mezcla pudiera causar la muerte de una persona, la pena será de prisión de uno a cinco años y multa. Los productos alterados serán comisados (Art. 431).

6.4.2.- Venta de productos adulterados

El Art. 429 tipifica el vender o el poner a la venta bebidas comestibles, sustancias o productos alimenticios, sabiendo (con dolo) que contienen materias que pueden alterar la salud o causar la muerte.

Este delito implica un paso adelante en relación al previsto en el Art. 428. Si la misma persona es responsable de los dos actos, será sancionado por la conducta más avanzada, pues se estaría frente a un caso de delito progresivo.

Las penas son las mismas que en el artículo precedente.

6.4.3.- Provisión de materias

El tercer inciso del Art. 429 sanciona, con las mismas penas, a quien proporcione las materias destinadas a falsificar los productos destinados a la venta, si lo hace a sabiendas, es decir dolosamente.

6.4.4.- Resultado de lesiones o muerte

Las conductas tipificadas en los Arts. 428 y 429 se consuman, en el primer caso, con sola mezcla y en el segundo, con la puesta en venta de los productos adulterados. Tratándose de delitos de peligro, no hace falta siquiera que tales productos sean comprados y menos todavía consumidos. Pero si, eventualmente, esto llegara a ocurrir, se produciría la lesión o la muerte del consumidor; el delito de peligro habría evolucionado hasta convertirse en un delito de daño.

Para tal caso, el Art. 430 hace una remisión a las normas que en el Título VI, de los delitos contra las personas, sancionan las lesiones permanentes y el homicidio preterintencional. Aunque la remisión no precisa los artículos, habrá que entender que se refiere al 467, para el primer caso (prisión de dos a cinco años y multa) y al 455, o al 456, para el segundo caso (reclusión menor de tres a seis años).

6.4.5.- Propagación de enfermedades

El Art. 432 sanciona con prisión de uno a cinco años y multa a quien propague, a sabiendas, una enfermedad peligrosa o contagiosa para las personas.

La propagación consiste en extender algo, en este caso una enfermedad, a sitios distintos de aquel en que se produce, poniendo en riesgo la salud de personas indeterminadas. El Código, como es lógico, no define lo que es una enfermedad; la Ley Orgánica de Salud tampoco lo hace, aunque trata extensamente de la prevención y control de las enfermedades; en tanto que el Diccionario dice solamente que se trata de una alteración más o menos grave de la salud.

Pero el delito exige que la enfermedad tenga cierta gravedad, pues debe ser peligrosa, capaz de producir la muerte de personas o afectar su salud en alto grado; o debe ser contagiosa o transmisible, según el lenguaje de la ley, aunque no tenga la misma potencialidad de daño.

La frase "a sabiendas" determina el carácter doloso de la conducta.

6.4.6.- Envenenamiento de aguas, alimentos o medicinas

El Art. 433 sanciona al que, dolosamente, infectare o envenenare aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de la colectividad.

La acción típica consiste entonces en emplear elementos patógenos o venenos, que, mezclados en el agua, en alimentos o medicinas, sean capaces de producir graves daños

en la salud e inclusive la muerte. La norma agrega que el delito existe por el solo acto de envenenamiento o infección, por lo cual se estaría frente a un delito de peligro abstracto, en el que el legislador presupone que la sola realización de la conducta ha creado peligro.

La sanción es de reclusión mayor de cuatro a ocho años y multa; pero si efectivamente se ha producido el daño potencial, en el caso de enfermedad, cualquier enfermedad, pues la ley no la precisa, la pena será de ocho a doce años de reclusión mayor; y si se ha producido la muerte, de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

Expresamente se exige dolo en la realización del acto, y el resultado de enfermedad o muerte estaría cubierto al menos por dolo eventual.

6.4.7.- Delitos culposos

El Art. 434 sanciona las alternativas culposas de todos los delitos ya señalados, es decir, adulteración y venta de bebidas, comestibles, sustancias y artículos alimenticios; provisión de sustancias destinadas a tal adulteración; propagación de enfermedades; e infección o envenenamiento de aguas potables, alimentos y medicinas.

La culpa puede consistir, repitiendo el concepto del Art. 14, en imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión, inobservancia de los reglamentos u ordenanzas.

La pena será de multa; pero si se produjere enfermedad o muerte, será de prisión de seis meses a cinco años.

6.4.8.- Violación de medidas contra epidemias

El Art. 435 es una evidente norma en blanco. Inclusive se la podría calificar de norma totalmente en blanco y, por consiguiente, violatoria del principio constitucional de legalidad.

En efecto, el artículo sanciona (con prisión de seis meses a dos años y multa) a quien violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epidemia.

Si la remisión fuera a las normas legales que rigen para estos casos, es decir disposiciones expedidas en el mismo nivel jurídico que la norma penal, podría sostenerse que no se ha violentado el principio de legalidad; pero la remisión a disposiciones de carácter administrativo, cuyo contenido puede alterarse en cualquier momento para acomodarse a circunstancias cambiantes, atenta contra la garantía básica de que las conductas prohibidas deben ser determinadas con certeza en la ley, y que solo es admisible que aspectos de detalle queden encomendados a la determinación de la autoridad administrativa.

La Ley Orgánica de Salud, en relación al tema, establece (Art. 6) que es responsabilidad del Ministerio correspondiente, al presentarse una epidemia, solicitar al Presidente de la República la declaración de emergencia sanitaria.

6.4.9.- Delitos relativos al ejercicio de la medicina

Los Arts. 435 y 436 tipifican dos conductas relacionadas fundamentalmente con la profesión médica (la Ley Orgánica utiliza la calificación genérica de profesionales de salud).

- La primera (Art. 436) comprende a médicos y boticarios que recetaren, despacharen o suministraren medicamentos que comprometan gravemente la salud. La conducta es culposa, pues la ley requiere que sea por falta de precaución o cuidado; si hubiere dolo, la situación jurídica se encuadraría más bien en una tentativa de homicidio o en una tentativa o delito consumado de lesiones.

La descripción de la conducta, recetar y despachar medicamentos, califica al delito como de peligro concreto, pues para que haya tal, tendría que probarse que efectivamente los medicamentos podían causar un grave quebranto de la salud. En cambio, el suministro del medicamento peligroso correspondería más bien a un delito de daño. En todo caso, más que un delito contra la salud pública, se trata de una conducta que afecta a la salud individual, que debería ubicarse entre los delitos contra las personas.

Singularmente, la norma extiende la posible autoría a "cualquier persona", que hubiere realizado la conducta establecida. De esta posibilidad sin duda se excluiría el recetar y aun el despachar en el sentido farmacéutico clásico; pero quedaría la alternativa de suministrar culposamente el medicamento, lo cual exigiría también que se compruebe la falta de precaución o cuidado con la que actuó el sujeto activo. No queda claro de todas maneras por qué se equipara la conducta de una persona sin ninguna calificación profesional a la del médico o boticario.

La pena del delito es de prisión de seis meses a un año; si la administración del medicamento hubiere causado una enfermedad que parezca o fuera incurable, la prisión será de uno a tres años; y si causare la muerte, de tres a cinco años.

- La segunda (Art. 437) sanciona con prisión de un mes a un año y multa al médico que prestare su nombre a quien no tenga título para ejercer la profesión. Nada se dice de la persona que ejerció la profesión médica sin contar con el título correspondiente.

6.4.10.- Amparo al paciente

El Art. 13 de la Ley de Derechos y Amparo al paciente tipifica como delito el negarse a prestar atención a pacientes en estado de emergencia, del cual responderían los responsables del centro de salud.

Este sería un delito de peligro concreto, pues la condición para que el delito se produzca es que el paciente se encuentre en estado de emergencia, situación que debería ser probada.

La pena es de prisión de doce a dieciocho meses, pero si falleciere el paciente desatendido, sería de cuatro a cinco años.

6.5.-Sanciones y medidas adicionales

Una anotación final sobre los delitos contra la salud pública: en el Art. 568, ubicado entre los delitos contra la propiedad (un dato más sobre las incoherencias del Código), se determina que en los casos de los delitos tipificados en los Arts. 428, 429 y 430 (adulteración y venta de productos adulterados), el juez hará cerrar las fábricas, tiendas, bodegas y almacenes donde los artículos falsificados se guarden o expendan , hasta la expedición de la sentencia. Así mismo que mandará publicar esta sentencia por carteles y por la prensa a costa del condenado.

7.- Delitos contra el patrimonio cultural

Con fundamento en la norma constitucional vigente en ese momento (Art. 62), se expidió la Ley 99-49, inspirada en las disposiciones del Código español de 1995, que agregó a este Título el Capítulo VII-A. Por su parte la Constitución vigente señala en forma expresa (Art. 3, numeral séptimo) que uno de los deberes primordiales del Estado es proteger el patrimonio cultural del país; y en el Art. 379 determina los aspectos que integran el patrimonio cultural tangible e intangible.

La incorporación de este Capítulo entre los delitos contra la seguridad pública es, al menos, discutible. La protección del patrimonio cultural es, por sí misma, una política de estado con suficiente justificación, como para considerar al patrimonio cultural como un bien jurídico con clara autonomía. Por otra parte, las conductas tipificadas constituyen delitos de daño (próximos a las destrucciones y daños previstos en el Título), pero que no pueden equipararse con los delitos de peligro, que integran básicamente este Título.

Se examinará a continuación las conductas tipificadas en los Arts. 415-A, 415-B y 415-C que integran el Capítulo.

7.1.- Destrucción de bienes

El primer inciso del Art. 415-A sanciona a quien destruya o dañe bienes pertenecientes al patrimonio cultural de la nación, frase suficientemente amplia para identificar el objeto material del delito.

Sin embargo, el segundo inciso sanciona a quien cause daños en archivos, registros, museos, bibliotecas, centros docentes, instituciones análogas (?), yacimientos arqueológicos o, se insiste al final, en cualquier bien perteneciente al patrimonio cultural. ¿La enumeración previa implica que el delito se produce aunque tales bienes no hayan sido clasificados dentro del patrimonio cultural?

Si la condición claramente establecida en el primer inciso y subrayada innecesariamente en el segundo, es la pertenencia al patrimonio cultural, es indispensable la comprobación de este hecho. Para ello hay que remitirse, pues se trata en realidad de una norma penal en blanco, a la Ley de Patrimonio Cultural. Esta, en su Art. 7, declara cuáles son los bienes que pertenecen al patrimonio cultural, sin que haga falta un reconocimiento expreso, que solo se expediría en casos de duda sobre tal pertenencia.

La norma presupone que la conducta sea dolosa y la sanciona con prisión de uno a tres años; pero se admite la alternativa culposa, es decir cuando los daños se deban a negligencia o imprudencia, que se sanciona con prisión de tres meses a un año. Se excluye el caso de daños que provengan del uso normal que debe darse al bien, según su naturaleza y características.

El juez podrá ordenar a costa del autor, la reconstrucción, restauración o restitución del bien, de ser factible. Se deja a salvo el derecho a indemnizaciones a favor de terceros de buena fe: ¿los propietarios de los bienes?

7.2.- Autorización que produzca destrucción de bienes

El Art. 415-B sanciona al funcionario o empleado público que, actuando por sí mismo o como integrante de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, modificaciones, alteraciones o derrocamientos, que causen la destrucción o dañen bienes pertenecientes al patrimonio cultural. Igualmente se sancionará al funcionario o empleado cuya opinión o informe haya conducido al mismo resultado.

No constituye infracción, agrega el artículo, cuando la autorización haya sido dada para asegurar la conservación del bien, si se adoptan las precauciones para que en la ejecución se respeten las normas técnicas internacionales. Hay que tomar en cuenta que en esta materia está vigente en el Ecuador la Convención de las Naciones Unidas para la protección del Patrimonio Mundial Cultura y Natural.

La frase "contra derecho" que emplea la ley sugiere que se trata de una norma en blanco. La Ley de Patrimonio Cultural (Art. 13) determina que no se podrán realizar reparaciones, restauraciones o modificaciones de los bienes pertenecientes al patrimonio cultural sin previa autorización del Instituto de Patrimonio Cultural y el Reglamento de esta Ley (Arts. 32 y siguientes) establece el procedimiento que debe seguirse para obtener tal autorización. Con tales antecedentes, la infracción consistiría en haber autorizado la realización de tales obras, sin cumplir estos requisitos.

En cuanto a la pena, el artículo dice que este delito se sancionará con la misma pena prevista en el artículo anterior, que, como se ha señalado, sanciona tanto la modalidad dolosa como la culposa.

7.3.- Tráfico de bienes

El Art. 415-C sanciona a quienes trafiquen, comercialicen o saquen fuera del país piezas u objetos arqueológicos, bienes de interés histórico o pertenecientes al patrimonio cultural. En realidad bastaba esta única precisión.

También se trata de una norma penal en blanco, pues la existencia del delito se condiciona a que la conducta se haya realizado con violación de las leyes y demás normas jurídicas. También en este caso son la Ley de Patrimonio Cultural (Arts. 12 y 23) y su Reglamento General los que determina los requisitos para la comercialización y la salida del país de los bienes pertenecientes a este patrimonio.

La pena es la misma prevista en los artículos anteriores.

7.4.- Delitos previstos en la Ley de Patrimonio Cultural

Al expedirse la Ley 99-49, que creó los delitos previamente señalados, no se derogaron las normas penales constantes en la Ley de Patrimonio Cultural, vigente desde 1979. En efecto, en esta Ley encontramos las siguientes disposiciones:

- El Art. 13 sanciona con prisión de hasta un año y sanciones pecuniarias (?) a quienes realicen reparaciones, restauraciones o modificaciones de los bienes pertenecientes al patrimonio cultural, sin previa autorización del Instituto.

- El Art. 23 sanciona con prisión de hasta dos años y comiso a quienes saquen fuera del país bienes pertenecientes al patrimonio cultural sin autorización del Instituto. Esta conducta ha sido ya tipificada en el Código.

- El Art. 28 sanciona con prisión de hasta dos años y comiso a quienes realicen trabajos de excavación arqueológica o paleontológica, sin autorización escrita del Instituto.

8.- Delitos contra el medio ambiente

Una de las novedades más significativas en el mundo jurídico de las últimas décadas es la aparición y consolidación del Derecho Ambiental. Aunque pueden señalarse antecedentes anteriores, este movimiento tuvo como punto de partida la Conferencia de Estocolmo de 1972, y se afianzó posteriormente con la Conferencia de las Naciones Unidas en Río de Janeiro (1992).

Desde sus inicios el movimiento propugnó la intervención del Derecho Penal, con la consiguiente tipificación de delitos contra el medio ambiente. Sin embargo, no han faltado ni faltan posiciones opuestas a la penalización, que estiman que es suficiente la protección que puede brindarse a través de otras ramas de Derecho.

En todo caso, aunque se acepte en principio la necesidad de la protección penal, quedan en pie cuestiones claves. Una de ellas es la delimitación de las conductas que, por su gravedad, merecerían sanciones penales. Otra es la no menos compleja cuestión de la eficacia del Derecho Penal, tan sometida a debate en general, en este ámbito específico.

En el Ecuador, al expedirse en 1976 la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, se incluyeron en ella normas penales, que fueron derogadas en 1999. La Ley de Gestión Ambiental (Ley 99-37), con fundamento en las normas constitucionales, estableció responsabilidades civiles y administrativas por las infracciones ambientales. Posteriormente, la Ley 99-49, vigente desde enero de 2000, incorporó al Código Penal, el Capítulo X-A, dentro del Título de delitos contra la seguridad pública, con once artículos, ubicados a continuación del 437. La Ley agregó además un capítulo de contravenciones ambientales.

Desde el punto de la dogmática penal, los delitos contra el medio ambiente plantean

varias cuestiones significativas, en cuanto a su naturaleza y a los diversos elementos que configuran su formulación jurídica. Estos puntos serán analizados de inmediato.

8.1.- Bien jurídico

El tratamiento penal de las conductas que afectan al medio ambiente ha sufrido modificaciones en el curso de los últimos años. En primer lugar porque el propio concepto de medio ambiente ha ido evolucionando y con ello la determinación del bien jurídico y el alcance de las normas penales.

En una visión inicial, marcadamente antropocéntrica, se consideraba que el medio ambiente estaba limitado al entorno directo del ser humano; por tanto, se refería al conjunto de condiciones físicas en las que las personas desarrollan su vida. Naturalmente las conductas delictivas se estructuraron en conformidad con esta concepción. Pero el concepto de medio ambiente ha ido sobrepasando esta visión y se ha extendido al medio en que se desenvuelve la vida en general, por lo que ha llegado a tener una dimensión biocéntrica o ecocéntrica. La protección penal igualmente no se constriñe a sancionar exclusivamente las conductas que pueden afectar a la vida o salud humanas, sino que comprende conductas capaces de afectar al conjunto de la vida natural y al hábitat en que se desenvuelven los seres vivos.

Las propias normas constitucionales han participado en esta evolución. Desde normas declarativas generales hasta un tratamiento cada vez más amplio del tema. La Constitución vigente garantiza como un derecho básico de las personas el *"vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza"* (Art. 66, numeral veinte y siete); pero agrega un capítulo que se refiere a los derechos de la naturaleza (Arts. 71 a 74); y otro, bastante extenso, que trata de la biodiversidad y de los recursos naturales (Arts. 395 a 415).

La Ley de Gestión Ambiental define al medio ambiente de una manera amplia: *"Sistema global constituido por elementos naturales y artificiales, físicos, químicos o biológicos, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la naturaleza o la acción humana, que rige la existencia y desarrollo de la vida en sus diversas manifestaciones"* (Glosario de definiciones).

Es evidente que en la actualidad las amenazas contra el medio ambiente han aumentado en proporciones gigantescas hasta llegar a convertirse en uno de los problemas fundamentales que afectan a la humanidad. Baste hacer una lista de tales amenazas para advertir su gravedad: contaminación por pesticidas, por residuos tóxicos, por residuos urbanos; efecto invernadero, disminución de la capa de ozono; agotamiento de los recursos naturales, agotamiento de los recursos hídricos, deforestación, erosión, desertificación, pérdida de la biodiversidad, extinción de especies de flora y fauna, lluvia ácida, etc., situaciones todas ellas que deben ser tomadas en cuenta, al momento de establecer las conductas punibles.

Con estos antecedentes se puede concluir que la protección del medio ambiente constituye, por sí mismo, un bien jurídico de amplísimo contenido y autónomo. Por tanto, la ubicación del capítulo entre los delitos contra la seguridad pública fue un puro arbitrio legislativo sin una justificación técnica adecuada.

Pero es indudable que se trata de un bien jurídico, no solo de reciente consideración penal, sino que, tal vez por esto mismo, no acaba de ser entendido en su exacta dimensión. Todavía subsisten en las legislaciones dubitaciones sobre la primacía de lo antropocéntrico y, en consecuencia, sobre los contenidos concretos de las normas penales.

Por otra parte, este bien jurídico es de carácter supraindividual o colectivo, es decir un bien jurídico cuyo titular no es una persona natural o jurídica, sino el conjunto de personas que integran la comunidad, ya sea en su totalidad, o en sectores indeterminados de la misma. Por eso la doctrina suele distinguir entre bienes jurídicos generales, los primeros, y bienes jurídicos difusos, los segundos. Los delitos ambientales pueden, según el caso concreto, afectar de una manera o de otra, estos intereses colectivos; aunque las conductas punibles pueden lesionar también, y de una manera más directa e inmediata, determinados derechos e intereses individuales. En este sentido, puede afirmarse que, al menos en algunos casos, se trata de delitos pluriofensivos.

Por otro lado, hay tratadistas, Tiedemann especialmente, que relacionan los delitos ambientales con el derecho penal económico. Consideran que tales delitos también lesionan, en forma mediata, el orden económico, entendido como las regulaciones impuestas por el Estado a las actividades económicas, entre las cuales se encuentran necesariamente las que están dirigidas a la protección ambiental.

8.2.- Normas en blanco

La Constitución establece (Art. 396) la obligación del Estado de adoptar política y medidas que eviten los impactos ambientales negativos y señala que todo daño ambiental deberá ser sancionado. Podemos deducir de estos principios y de las consiguientes normas penales que, en rigor, los delitos ambientales consisten en el incumplimiento de las normas de carácter administrativo, que se hayan expedido para proteger el medio ambiente.

Esta estrecha vinculación entre el derecho penal ambiental y el derecho administrativo determina que, al tipificarse las distintas conductas, se haga relación, explícita o implícitamente, a normas extra penales que establecen regulaciones, requerimiento de autorizaciones, limitaciones o prohibiciones, normas que deben ser tomadas en cuenta para establecer la existencia o no de una conducta punible. Estamos entonces claramente frente a leyes penales en blanco, que, en términos generales, plantean cuestiones doctrinales polémicas, sobre todo por la posible violación del principio de legalidad, al generarse una falta de certeza y de precisión en la determinación de la conducta.

En materia penal ambiental, la situación se torna más compleja todavía, por la facultad que tienen numerosos entes públicos de dictar normas ambientales de distinto alcance. Ya no se trata solamente de leyes expedidas por el órgano legislativo del Estado, sino también de normas secundarias (reglamentos, ordenanzas, resoluciones) expedidas por distintos órganos del ejecutivo, por municipios e inclusive por otras entidades descentralizadas, que podrían superponerse unas a otras, provocando una indudable

confusión. Concretamente, habrá que tomar en cuenta, principalmente, leyes tales como la de Gestión Ambiental, la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, la Ley para la Preservación de Zonas de Reserva y Parques Nacionales, la Ley Especial para la Conservación y Desarrollo de Galápagos y otras más. También deberá contarse con convenios internacionales, además de ordenanzas municipales y numerosísimos reglamentos que se han expedido sobre esta materia.

A más del debate de fondo, sobre la constitucionalidad de las leyes penales en blanco, en general, esta dispersión plantea también la duda sobre su eficacia. En efecto estas normas no resultan de fácil aplicación, precisamente por la multiplicidad de disposiciones, de diversa jerarquía jurídica, que podrían ser aplicables a los casos concretos, algunas de las cuales ni siquiera se conocen suficientemente.

8.3.- ¿Delitos de peligro o de daño?

Inicialmente los delitos ambientales fueron considerados delitos de peligro, concreto o abstracto, según se exija o no en la norma la comprobación del daño potencial que la conducta podría provocar; pero que, en todo caso, solo constituían tan solo una amenaza a los bienes objeto de la protección penal. Tal vez esta consideración llevó al legislador a incluirlos en este Título.

Sin embargo, también la doctrina sobre este punto ha evolucionado al punto de considerar que los delitos ambientales son delitos de daño, que afectan directa e inmediatamente al medio ambiente, como bien jurídico. Aun cuando, como ya se ha dicho, los resultados lesivos alcancen a grupos indeterminados o a personas determinadas; y que, además, violentan, en forma mediata, el orden económico.

Esta es una cuestión que no ha quedado claramente resuelta en nuestra legislación. En el texto concreto de algunas normas (por ejemplo los Arts. 437-A y B) se tipifica a los delitos como de peligro concreto, en que debe demostrarse la efectiva potencialidad del daño; otras disposiciones (Arts. 437-F y G) los tipifican como delitos de peligro abstracto; e inclusive otras (Arts. 437-H e I), como delitos de daño.

8.4.- Elemento subjetivo

Al establecerse por el legislador los delitos contra el medio ambiente, surgen de inmediato algunas cuestiones en cuanto al aspecto subjetivo de las conductas: ¿se trata de conductas dolosas? ¿cómo entender el dolo en estos delitos? ¿podría darse también una forma culposa de tales delitos?

En principio, la doctrina considera que los delitos contra el medio ambiente son esencialmente dolosos; pero reitera que el elemento fundamental, para que exista dolo, es el conocimiento que tiene el sujeto activo de las características de su conducta y de los resultados dañosos que ésta puede causar. Al ponerse el énfasis, más en el conocimiento que en la intención (el designio de causar daño, de que habla el Art.14), se incluyen los casos de dolo eventual, que son frecuentes en esta materia. En efecto, aunque el sujeto activo no tenga directamente el designio de causar un daño ambiental,

sino que lo conoce y lo acepta, ya sea como resultado seguro, o probable, de la conducta, esta se considerará dolosa. Es, más bien, el afán de lucro el que mueve a los autores, ya sea porque los actos ilícitos son rentables; ya sea porque las precauciones que deben tomarse para evitar el daño son costosas, y afectan a las utilidades que se pretenden.

También, por supuesto, caben las conductas culposas, cuando los daños pudieron evitarse si se actuaba con el cuidado que se requiere en actividades que de por sí son riesgosas. Pero cuando se quiere sancionar conductas culposas, la ley debe hacerlo constar expresamente y, en todo caso, deben ser sancionadas con penas menores. Así lo hace, por ejemplo, el Código español (Art. 331).

Como se puede comprobar por la redacción de las correspondientes normas, nuestra legislación no define claramente la cuestión. Por regla general, debería entenderse que las conductas tipificadas deben ser dolosas. De ser así, también debería entenderse que, al no haber norma expresa, las conductas culposas son impunes.

8.5.- Autoría y participación

Las situaciones de autoría y participación, ya de por sí complejas, son todavía más difíciles de precisar en materia penal ambiental. En efecto, los hechos de preparación y ejecución que constituyen los distintos delitos, especialmente en el escenario de empresas de mediano o gran tamaño, son realizados en diversos momentos por distintas personas, a veces sin relacionarse unas con otras; y el resultado, en no pocas situaciones, pudo haberse evitado si quienes debieron obrar de determinada manera no hubieran omitido su actuación.

Se trata por tanto, en estos casos, de establecer el grado de responsabilidad de numerosas personas que actuaron o dejaron de actuar, con dolo o con culpa, o sin ninguna de estas dos modalidades. Estas personas pudieran ser calificadas como autores, según la extensa enumeración del Art. 42 (autores materiales, autores intelectuales, instigadores, cooperadores necesarios); o como cómplices e, inclusive, como encubridores, conforme lo establecido en el Código Penal.

Las dificultades probatorias que surgen para el establecimiento de responsabilidades de las personas naturales eventualmente involucradas en estos delitos, con el consiguiente corolario de impunidad, es uno de los argumentos que ha llevado a buena parte de la doctrina a admitir que en estos delitos (y, por supuesto, en otros también), cabe extender la responsabilidad penal a las personas jurídicas, sociedades, empresas. Otro argumento a tomarse en cuenta es que la gran mayoría de estas infracciones se cometen en el entorno de personas jurídicas, por sus representantes o funcionarios y en beneficio de tales entes. Por ello se insiste en que extender la responsabilidad penal a personas jurídicas, adicionalmente a la de las personas naturales, es una exigencia de política criminal, que se fundamentaría en el efecto preventivo que en tales casos sí podría tener la sanción penal.

8.6.- Los diversos delitos

No hay unanimidad doctrinaria al momento de determinar cuáles deben ser las conductas punibles en materia ambiental. Manso Porto, tomando como punto de partida el análisis de Kleine-Cosack, considera que los principales tipos que pueden presentarse se agruparían en cuatro categorías:

- Tipos que protegen bienes jurídicos individuales (vida, salud, propiedad) en el caso de lesiones que se produzcan como consecuencia de alteraciones del medio ambiente;

- Tipos que protegen bienes jurídicos individuales o que protegen el medio ambiente en situaciones de peligro sin necesidad de que ese peligro se materialice en una lesión;

- Tipos que protegen el medio ambiente por actos que afecten un bien colectivo (el agua, el suelo, la atmósfera, la flora, la fauna), sin que se produzca la lesión de un bien jurídico individual;

- Tipos que protegen el medio ambiente, ya sea frente a conductas de peligro o con resultados de lesión, que a su vez pueden ser idóneas para producir otro resultado más que se especifique en el tipo correspondiente.

Enrique Bacigalupo, atendiendo la experiencia que aparece de la legislación comparada, considera que los tipos penales deben circunscribirse a los siguientes ámbitos: protección del suelo y la flora; mantenimiento de la pureza de las aguas; eliminación de basuras; protección contra gases perjudiciales; eliminación o reducción de los efectos perniciosos de la radioactividad, desperdicios químicos, etc.; protección contra ruidos.

La doctrina señala que, por las razones ya anotadas (determinación del bien jurídico, necesidad de recurrir a modalidad de leyes en blanco, problemas de autoría y participación, etc.), la tarea de tipificar los distintos delitos requiere de una cuidadosa técnica legislativa, ausente en muchos casos.

Por su parte, la Ley 99-49, que incorporó a este Título el Capítulo X-A (Arts. 437-A a 437-K), tipificó seis tipos de delitos ambientales, que se examinarán a continuación.

8.6.1.- Desechos tóxicos

El primero de los artículos del Capítulo, el 437-A, en su inciso primero, sanciona conductas que se refieren al manejo de desechos tóxicos peligrosos, sustancias radioactivas u otras similares, los mismos que constituirían el objeto material del delito. Para entender el alcance de estos términos habrá que recurrir a normas extra penales.

La Ley Orgánica de Salud (Art. 259) define desechos como *"los residuos o desperdicios en cualquier estado de la materia, producto de actividades industriales, comerciales y de la comunidad"* y los clasifica en comunes (que no representan riesgos para la salud humana, animal o para el medio ambiente); infecciosos (que contienen gérmenes patógenos y representan riesgos para la salud) y especiales o peligrosos (aquellos resultantes de un proceso de producción, transformación, reciclaje, utilización o consumo y que tengan algún compuesto con características reactivas, inflamables, corrosivas, infecciosas o tóxicas, que presenten un riesgo para la salud humana, los recursos naturales y el ambiente). A estos últimos se refiere específicamente la norma

penal.

Por su parte, el Reglamento de Seguridad Radiológica (Definiciones) define a la radiactividad como la propiedad de ciertos nucleídos de emitir espontáneamente partículas, núcleos atómicos o radiación electromagnética; y a los nucleídos como el conjunto de átomos que tienen núcleos con igual número atómico (Z) y másico (A).

La referencia a sustancias "similares" permite una interpretación analógica, inaceptable en materia penal, por contraria a la certeza y estrictez que exige el principio de legalidad.

Las conductas previstas en el Art. 437-A son seis: producir, introducir, depositar, comercializar, tener en posesión o usar; pero, en todo caso, sólo habrá delito cuando ocurran "fuera de los casos permitidos por la ley". Esta remisión a la "ley", característica en las normas penales en blanco, abre la posibilidad de encontrar casos en que la producción, introducción, depósito, uso, etc. de las sustancias señaladas, al ser permitidos legalmente, no tengan carácter delictivo.

Aunque parece poco probable que la ley pueda permitir la realización de actos con desechos tóxicos, es posible que en otros presupuestos sí pueda concederse tales permisos. Así, por ejemplo, las autorizaciones que concedan el ministerio que maneja los temas energéticos, o los municipios en el ámbito de sus atribuciones específicas. En cuanto a las sustancias radiactivas, hay que tomar en cuenta las licencias que puede otorgar la Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica, en el ámbito de su competencia y en conformidad con su ley constitutiva.

Pero hay algo más: aun tratándose de casos no permitidos por la ley, los desechos deben ser peligrosos y las otras sustancias deben constituir un peligro para la salud humana, o degradar y contaminar el medio ambiente. La redacción de esta norma induce a considerar que se ha tipificado un delito de peligro concreto, pues hará falta probar, no solo el hecho de la producción, introducción, etc., sino también que los desechos o las sustancias son potencialmente peligrosas. Sin embargo por las definiciones que se han citado parecería innecesaria la prueba de la peligrosidad.

En todo caso conviene tener presente que degradar es, según el Diccionario, *"reducir o desgastar las cualidades inherentes a alguien o algo"*; y que contaminación es, según la propia Ley de Gestión Ambiental, *"la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellas, en concentraciones y permanencia superiores o inferiores a las establecidas en la legislación vigente"*.

La pena de este delito es de dos a cuatro años de prisión.

8.6.2.- Armas químicas o biológicas

El segundo inciso del Art. 437-A establece un segundo delito. Se sanciona con la misma pena: a quien produzca, tenga en posesión, comercialice o introduzca armas químicas o biológicas, en consonancia con la correspondiente norma constitucional (Art.90). Aunque estas conductas implican ciertamente un peligro ambiental, tal vez atentan más inmediata y directamente contra la vida y la salud de las personas.

Los conceptos de armas químicas y biológicas deberán ser tomados de las Convenciones de las Naciones Unidas, vigentes en el Ecuador, que prohíben su producción, almacenamiento y uso.

La primera Convención señala que por armas químicas se entiende, conjunta o separadamente:

"a) Las sustancias químicas tóxicas o sus precursores, salvo cuando se destinen a fines no prohibidos por la presente Convención, siempre que los tipos y cantidades de que se trate sean compatibles con esos fines;

b) Las municiones o dispositivos destinados de modo expreso a causar la muerte o lesiones mediante las propiedades tóxicas de las sustancias especificadas en el apartado a) que libere el empleo de esas municiones o dispositivos; o

c) Cualquier equipo destinado de modo expreso a ser utilizado directamente en relación con el empleo de las municiones o dispositivos especificados en el apartado b)".

La Convención que prohíbe las armas biológicas extiende la prohibición a los:

"1. Agentes microbianos u otros agentes biológicos, o toxinas, sea cual fuere su origen o modo de producción, de tipos y en cantidades que no estén justificados para fines profilácticos, de protección u otros fines pacíficos;

2. Armas, equipos o vectores destinados a utilizar esos agentes o toxinas con fines hostiles o en conflictos armados".

Tómese en cuenta, que a diferencia del primer inciso del artículo, esta norma no está en blanco, lo cual llevaría a sostener que no hay caso alguno en que estas conductas puedan estar autorizadas o permitidas por la ley. Sin embargo la norma internacional (letra a) exceptúan los casos de "fines no prohibidos".

8.6.3.- Vertido de residuos

A pesar de la complejidad de la norma, la conducta tipificada en el Art. 437-B, el tercer delito, se describe en forma muy escueta: *"verter residuos de cualquier naturaleza"*. La generalidad de la norma plantea al menos dos preguntas: verter ¿dónde?, ¿qué clase de residuos?

A la primera cuestión se puede contestar siguiendo los principios elementales del derecho ambiental, que los vertidos pueden dirigirse al suelo, al subsuelo, a la atmósfera, a las aguas terrestres, marítimas y subterráneas. Aunque la ley no utiliza la palabra contaminación, se podría concluir que la actividad prevista es ésta, entendida en conformidad con la definición que trae el Diccionario del verbo contaminar: "*Alterar nocivamente la pureza o las condiciones normales de una cosa o un medio por agentes químicos o físicos"*.

En cuanto a la palabra residuo, se puede concluir que la ley se inclina también por la acepción del Diccionario, que señala que es el *"material que queda como inservible*

después de haber realizado un trabajo u operación" y que se usa frecuentemente en plural, como se lo hace en esta norma.

En definitiva, el objeto material de este delito puede ser de cualquier naturaleza, pero el artículo exige algunas condiciones para que el delito se produzca: que con la conducta se hayan violado las normas de protección del ambiente, que los vertidos se produzcan por encima de los límites fijados de conformidad con la ley y que los vertidos causen o pueden causar determinados perjuicios o alteraciones.

Las dos primeras referencias (violación de normas y límites fijados de conformidad con la ley) reiteran la ya señalada característica de constituir normas penales en blanco. En cuanto a las normas que establecen prohibiciones expresas, habrá que remitirse a la Ley de Prevención de la Contaminación. Esta Ley establece prohibiciones en relación a la contaminación del aire (Arts. 1 y 2), de las aguas (Art. 6) y del suelo (Arts. 10 y 11).

Más dificultades prácticas surgirán, al momento de tratar de aplicar esta norma, cuando se quiera conocer cuáles son, en concreto y para las diversas sustancias, esos límites de los que habla la ley, y cuál es la entidad que los fija. Ya se ha señalado que las competencias en materia ambiental están distribuidas entre numerosas instituciones: ministerios de Estado, entidades autónomas, organismos del régimen seccional.

Pero además la norma señala que la conducta, verter residuos o contaminar, debe causar o poder causar perjuicio o alteraciones en la flora, la fauna, el potencial genético, los recursos hidrobiológicos o la biodiversidad (según la Ley de Gestión Ambiental, es el conjunto de organismo vivos incluidos en los ecosistemas terrestres, marinos, acuáticos y del aire. Comprende la diversidad dentro de cada especie, entre varias especies y entre los ecosistemas).

Al establecer la doble alternativa: causar o poder causar perjuicio o alteraciones, la ley parece establecer también una doble calificación: la conducta puede concretarse como un delito de daño si ya se ha producido el perjuicio o la alteración; o como un delito de peligro concreto, si el daño es potencial.

La pena de este delito es de uno a tres años de prisión, "si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido". Generalmente esta frase se utiliza para remarcar el carácter subsidiario de una norma penal, que se aplica tan solo cuando una norma primaria, más severa, ha quedado descartada; pero no queda claro tampoco cuál sería dicha norma.

Pero, además, el Art. 437-C establece cuatro agravantes para este delito (en este caso la pena sería de tres a cinco años de prisión):

- Si se han producido daños en la salud o en los bienes de personas;
- Si el perjuicio o la alteración tienen un carácter irreversible;
- Si el acto cometido es parte de actividades desarrolladas clandestinamente;
- Si se afecta gravemente recursos naturales necesarios para la actividad económica.

Finalmente, el Art. 437-D dice que, si a consecuencia de la actividad contaminante, se produjere la muerte o lesiones de una persona, se aplicarán las normas que sancionan el homicidio inintencional (Arts. 459 y 460) o las lesiones intencionales (Arts. 463 a 467),

en su caso.

La remisión a estos artículos es suficiente para calificar al Art. 437-D poco menos que disparatado. Si la persona muere, sería un homicidio inintencional, cuya pena máxima es de dos años de prisión (Art. 460); pero si solo se producen lesiones, estas serían intencionales, cuya pena, iniciándose en quince días de prisión puede llegar a ser de cinco años de prisión. En este evento, para el autor del hecho, es preferible que la víctima muera.

Pero la contradicción también se produce con el artículo anterior, según el cual, primer literal, cualquier daño en la salud o en los bienes de una persona merece una pena de hasta cinco años de prisión.

Complementando estas normas, el 437-E establece una especie de delito autónomo, que doctrinariamente podría considerarse como una forma de prevaricato de funcionarios públicos. De todos modos la conducta se relaciona con los artículos anteriores, pero no se la considera como una forma de participación. La conducta punible del funcionario o empleado público consiste en autorizar o permitir, contra derecho, que se viertan residuos contaminantes (se utiliza la palabra que no se empleó en el Art. 437-B) de cualquier clase, por encima de los límites fijados de conformidad con la ley. La sanción es de uno a tres años de prisión.

De la misma manera, en este caso, hay una doble remisión a las normas extra penales, que deben ser tomadas en cuenta para establecer la existencia del delito.

En cuanto al sujeto activo, el Art. 437-E extiende la responsabilidad al empleado o funcionario público, que actúe por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, pero deberá entenderse que hubiere votado a favor de la autorización o permiso. Además se sanciona al funcionario o empleado que haya emitido un informe u opinión que haya conducido al mismo resultado.

Finalmente hay que considerar que la contravención ambiental, creada por la misma Ley (Art. 607-A), prevé igualmente conductas similares, aunque de menor gravedad, a las previstas en este artículo.

8.6.4.- Atentados contra especies protegidas

El cuarto delito de este Capítulo aborda una de las cuestiones más características en el Derecho Penal ambiental: la protección de especies naturales. El Art.437-F sanciona con prisión de uno a tres años a quien cace, capture, extraiga o comercialice especies de flora o fauna que estén legalmente protegidas, en contravención de las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia.

Como en los casos anteriores, la norma hace dos referencias a disposiciones extra penales: las especies deben estar "legalmente" protegidas, aunque no se encuentren en peligro de extinción; y los actos deben efectuarse en contravención de "lo que dispongan leyes y reglamentos". Tales remisiones exigen indispensablemente las dos comprobaciones para que la conducta se tipifique como delito. En concreto, en este caso, habrá que examinar si se han violado tanto las disposiciones de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, de la legislación especial para

Galápagos, como también de la legislación secundaria del Ministerio del Ambiente.

En el mismo artículo se establecen circunstancias agravantes, que elevan la pena a prisión de dos a cuatro años, cuando:

a) El hecho se cometa en período de producción de semilla o de reproducción o crecimiento de las especies;

b) El hecho se cometa contra especies en peligro de extinción; o,

c) El hecho se cometa mediante el uso de explosivos, sustancias tóxicas, inflamables o radiactivas.

Con la misma pena, el Art. 437-G establece una conducta que tiene el objetivo similar de protección de especies. Por eso se sanciona al que extraiga especies de flora o fauna acuática protegidas, en épocas, cantidades o zonas vedadas o utilizando procedimientos prohibidos de pesca o caza, que implícitamente se remiten también a los cuerpos jurídicos señalados, además de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero y a la legislación especial para Galápagos.

Cabe observar adicionalmente que, según la Ley Forestal (Art. 73) la fauna y flora silvestres son de dominio del Estado y que, para efectos de esta Ley, la fauna silvestre está constituida (Art. 107):

1.- Por los animales silvestres, sin distinción de clases o categorías zoológicas, que viven en forma permanente o temporal en los ecosistemas acuático, terrestre y atmosférico;

2.- Por las especies domésticas que, por disposición del Ministerio del ramo, deban ser manejadas como silvestres para evitar su extinción, o con fines de control.

La flora silvestre es, según la misma Ley (Art. 107), el conjunto de especies vegetales nativas, que crecen espontáneamente.

8.6.5.- Destrucción de bosques

El Art. 437-H, quinto delito del Capítulo, sanciona con prisión de uno a tres años, a quien destruye, queme, dañe o tale, total o parcialmente bosques u otras formaciones vegetales, naturales o cultivadas, siempre que estén legalmente protegidas. Esta exigencia conlleva la necesidad de verificar la existencia de tal protección, en conformidad con la Ley Forestal, ya citada.

La pena será de dos a cuatro años en los siguientes casos:

a) Cuando del delito resulte la disminución de aguas naturales, la erosión del suelo o la modificación del régimen climático;

b) Cuando el delito se cometa donde existan vertientes que abastezcan de agua a un centro poblado o sistema de irrigación.

8.6.6.- Desvío de tierras reservadas

El sexto delito consta en el Art. 437-I, que sanciona con prisión de uno a tres años a quien destine las tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo a áreas de expansión urbana o de elaboración o extracción de materiales de construcción. Pero también el delito exige que la conducta se haya realizado sin autorización o sin sujetarse a los procedimientos previstos en las normas aplicables.

La norma exige, entonces, que el hecho se haya realizado sin autorización o, al parecer alternativamente, sin sujeción a los procedimientos previstos en normas aplicables. En conformidad con la Ley Orgánica de Régimen Municipal (Art. 73), les corresponde a los municipios dirigir el desarrollo físico del cantón y la ordenación urbanística; aprobar los planes reguladores de desarrollo físico cantonal y los planes reguladores de desarrollo urbano; controlar el uso del suelo en el territorio del cantón, de conformidad con las leyes sobre la materia; y establecer el régimen urbanístico de la tierra. Por tanto, serán las ordenanzas municipales del cantón respectivo las que establezcan los procedimientos que deben seguirse para la conversión de las tierras en zonas urbanas.

Utilizando la misma fórmula que el Art. 437-E, el Art. 437-J sanciona como conducta delictiva autónoma al funcionario o empleado público que, contra derecho, autorice o permita este desvío de las tierras reservadas a un uso distinto del legalmente establecido. E igual que en el Art. 437-E, se extiende la responsabilidad al empleado o funcionario público, que actúe por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, aunque deberá entenderse siempre que hubiere votado a favor de la autorización o permiso. Además se sanciona al funcionario o empleado que haya emitido un informe u opinión que haya conducido al mismo resultado. En todos estos casos, la pena es de uno a tres años de prisión.

8.6.7.- ¿Normas subsidiarias?

Varios de los artículos de este Capítulo (437-B, 437-D, 437-E, 437-H, 437-I y 437-J) agregan una frase con sentido similar: *"siempre que el hecho no constituya un delito más grave"*. Esta frase la emplea técnicamente el legislador para señalar el carácter subsidiario de la norma. Es decir que la aplicación de estas leyes está condicionada a que se haya descartado la aplicación de una ley más grave. Con tal advertencia del legislador, habría que determinar entonces cuáles serían esas otras leyes penales que sancionan violaciones del mismo bien jurídico (la protección del medio ambiente) en forma más grave y que podrían ser aplicables al caso en cuestión; pues solo descartando la aplicación de tales normas se aplicarían las subsidiarias.

Sin embargo habrá que concluir que, en los artículos mencionados, la frase no hace otra cosa que agregar una ambigüedad adicional, pues no se advierte, en el ámbito de la legislación penal ecuatoriana, cuál o cuáles serían las normas que podrían tener aplicación preferencial.

8.6.8.- Medida cautelar

El último artículo de este Capítulo, el 437-K, abre la posibilidad de que el juez que

conoce la causa en que se examina un caso de contaminación (¿Art. 437-B?), pueda ordenar, como "medida cautelar", la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura, temporal o definitiva, del establecimiento de que se trate.

La norma es contradictoria e incompleta. Si la medida es cautelar, la clausura no podría ser definitiva, pues habría que esperar el resultado del juicio; y de comprobarse en éste la contaminación, la clausura debería entenderse, ya no como una medida cautelar, sino como una sanción, que afectaría al propietario del establecimiento, que podría ser inclusive una persona jurídica.

8.6.9.- Infracciones especiales en Galápagos

La Ley de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo sustentable de la Provincia de Galápagos tipifica delitos que solamente pueden cometerse en esa provincia, en razón de las características especiales de la misma, sin que esto signifique, por supuesto, que no puedan cometerse los delitos previstos en este Capítulo del Código Penal.

El Art. 68 de esta Ley tipifica cuatro delitos, que se sancionan, los dos primeros con prisión de tres meses a tres años, multa y comiso de naves y cargamentos; y los dos últimos, con prisión de quince a ciento veinte días, multa y comiso. Los delitos son:

- Realizar actividades pesqueras en la reserva marina de la provincia sin las autorizaciones correspondientes;

- Utilizar métodos no permitidos o capturar especies en veda o cuya pesca esté expresamente prohibida en la reserva será sancionada;

- Invadir el patrimonio de las áreas protegidas;

- Recolectar, movilizar o transportar sin autorización, cazar, comercializar, industrializar, destruir parcial o totalmente organismos autóctonos, endémicos, vulnerables o en peligro de extinción según las listas establecidas en la legislación interna.

La sanción se aplicará a las personas naturales o, al parecer alternativamente, al representante legal de una persona jurídica. De esta manera, tan abierta, podría incurrirse en un caso en que se responda penalmente por actos de terceros, lo cual solo sería aceptable si se comprueba que en tal persona existió el elemento subjetivo propio del delito. En estos casos, sin eliminar la responsabilidad penal de las personas naturales, la mejor solución sería aceptar también la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas.

El Art. 69 sanciona con prisión de un mes a un año, multa y decomiso a quien:

- Destruya o altere las áreas protegidas, abandone desperdicios o desechos en las bahías, playas o riveras; arroje al agua desperdicios u objetos que deterioren gravemente el ecosistema o, sin la autorización extraiga materiales áridos o pétreos de las áreas protegidas;

- Introduzca sin autorización, por cualquier medio, organismos exógenos a las islas;

- Transporte sin autorización, por cualquier medio, materiales geológicos de las islas hacia el continente o hacia el extranjero;

- Autorice la concesión de cupos de operación turística o de pesca en los períodos de moratoria que se señalen expresamente o en contravención grave de las normas vigentes.

Como se advierte del texto legal, estamos también aquí frente a normas penales en blanco, que determinan que los delitos son tales cuando se violan normas administrativas o se efectúan actos sin las correspondientes autorizaciones administrativas.

8.7.- Formas omisivas

Aunque el tema de los delitos de omisión, especialmente los de comisión por omisión, se encuentra actualmente en el primer plano del debate penal, cabe bajo el actual régimen legal hacer dos preguntas: ¿puede haber imputación omisiva en los delitos ambientales? ¿concretamente es posible en estos delitos, tal como han sido tipificados en la legislación ecuatoriana?

A la primera pregunta la respuesta afirmativa es absolutamente clara. Tiedemann, por ejemplo, sostiene que tanto los directivos de empresas como los funcionarios públicos pueden cometer delitos ecológicos, tanto por acción como por omisión.

En cuanto a la situación en el Ecuador, la respuesta no es tan fácil de formular. Por cierto que el Art. 12 del Código, con la regla que contiene (*"No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo")*, permitiría efectuar tal imputación. Pero los delitos ambientales que la ley ha tipificado son todos de acción (producir, verter residuos, cazar, destruir, etc.); y en el caso de los delitos que pueden cometer los empleados o funcionarios públicos, el verbo "permitir", empleado en la ley, podría implicar una conducta de omisión, pero que estaría limitada a las expresas situaciones previstas en los Arts. 437-E y 437-J.

8.8.- ¿Causa de justificación?

.El mismo Tiedemann, con referencia a la legislación y jurisprudencia alemanas, se plantea la posibilidad de un estado de necesidad justificante para los daños o perjuicios ambientales. Concretamente habla de dos casos: la conservación del puesto de trabajo y el mantenimiento de la producción. La justificación se produce cuando, al comparar los bienes jurídicos en colisión, el que se lesiona vale menos que aquel que se precautela. Sin duda el bien jurídico individual (mantener el puesto de trabajo) vale menos que el bien jurídico colectivo (la protección del medio ambiente); pero tratándose de otro bien jurídico colectivo (la producción, la estabilidad económica), la situación no es tan clara y habría que examinar el caso concreto, para adoptar una decisión. Tomando en cuenta además que, en muchos casos, el carácter delictivo del acto dependerá de decisiones administrativas.

Tratándose de la situación en el Ecuador, el problema se podría producir, más que en casos concretos, en situaciones que dependen de decisiones políticas de alcance general. Tal es el caso de la exploración y explotación de hidrocarburos y de productos mineros, que pueden entrar en colisión con la protección del medio ambiente. Y en este punto también, las autorizaciones administrativas para efectuar tales actividades tendrán el efecto de eliminar el carácter antijurídico de la conducta.

Finalmente anotemos la novedosa sugerencia que hace el profesor Rusconi de establecer una especie de excusa absolutoria, en la cual el Estado le ofrece la impunidad al autor a cambio de volver al statuo quo anterior. Esto implicaría que el sujeto activo del delito ambiental repare el daño o lo anule una vez producido, siempre que esto sea posible.

9.- Tráfico ilegal de emigrantes

La Ley 2000-20 agregó un nuevo Capítulo a este Título, con dos artículos, que una nueva Ley, la 2006-70, sustituyó con un solo artículo innumerado.

Tampoco es clara la razón por la cual el legislador incorporó este Capítulo entre los delitos contra la seguridad pública. Por la justificación del proyecto de ley y su discusión, parecería, más bien, que se trata de proteger los derechos de los emigrantes y, por tanto debería ubicarse entre el Título que agrupa los delitos contra las garantías constitucionales, y que tiene ya un capítulo que sanciona la trata de personas.

9.1.- Las conductas tipificadas

El artículo único sanciona:

- A quien promueva, facilite, induzca, financie, colabore, participe o ayude a la migración de personas, nacionales o extranjeras, desde el territorio del Estado ecuatoriano hacia otros países. La ley exige, obviamente, que estoas actos se hagan por medios ilegales;

- A los encargados de la protección y custodia de los niños, niñas o adolescentes, sean éstos padre, madre, abuelos, tíos, hermanos o tutores o cualquier otra persona que faciliten de cualquier modo la ejecución de este ilícito;

- A los dueños de los vehículos de transporte aéreo, marítimo o terrestre y a las personas que sean parte de la tripulación o encargadas de la operación y conducción, cuando se estableciere su conocimiento y participación en el ilícito.

9.2.- Sanciones

El delito se sanciona con reclusión mayor de cuatro a ocho años y multa, siempre que la conducta no constituya infracción más grave. Esta infracción, cuya aplicación debería ser examinada primero, podría ser la trata de personas, delito contra las garantías constitucionales, tipificado por la Ley 2005-2.

Pero si los actos de ejecución del delito e emigrantes produjeren la muerte del emigrante, los culpables serán reprimidos con reclusión mayor de doce a dieciséis años; y si se causaren las lesiones previstas en los artículos 465, 466 y 467, con la pena de reclusión mayor de ocho a doce años.

Además, si se produjere concurrencia de delitos, se acumularán las penas hasta un máximo de veinticinco años de reclusión mayor especial.

El mismo artículo determina que el juez (¿el que actúa durante la instrucción?) ordenará la aprehensión e incautación inmediata del transporte clandestino utilizado, cuando accidentado el mismo, resultaren personas muertas o lesionadas, debiéndose destinar el producto del remate del mismo en la forma prevista en el artículo 186 del Código de Procedimiento Penal (con el producto se pagarán daños y perjuicios y el saldo se dividirá en partes iguales para la Función Judicial y el Ministerio Público). Deberá entenderse que, para proceder al remate, se habrá dictado sentencia condenatoria y se ha dispuesto el comiso de los bienes aprehendidos.

9.3.- Agravante

Se considerará circunstancia agravante de este delito el hecho de haber conocido, o de que sea algo evidente, que el medio de transporte que utilizaba para el transporte de los emigrantes se encontraba en malas condiciones de uso o que no tenga la suficiente capacidad para el número de personas que transportaba.

9.4.- Protección

Las víctimas que den a conocer la identidad de los involucrados en el cometimiento de este delito, serán protegidos por la autoridad respectiva.

10.- Otros delitos del Título

10.1.- Delitos contra los medios de transporte

Como ya se señaló, este Título, al menos inicialmente, agrupaba delitos de peligro, pero los de este Capítulo, el VIII, excepto los previstos en los Arts. 419 y 420, son delitos de daño, que consisten en atentados que afectan al transporte de una manera o de otra. En el Art. 422 se tipifican algunos atentados contra determinados medios de comunicación.

Estos delitos son los siguientes:

- Inutilización o destrucción de vías u obras destinadas a la comunicación pública por tierra, aire o agua; o estorbo de las medidas adoptadas para la seguridad de las vías. Se sanciona con prisión de seis meses a cinco y multa; pero si a consecuencia de estos actos resultaren lesiones, la pena será de cuatro a ocho años de reclusión mayor; y si se produjere la muerte de una persona, la pena será de reclusión mayor especial, de

dieciséis a veinticinco años (Art. 416);

- Empleo de cualquier medio para detener o entorpecer la marcha de un tren o para hacerle descarrilar. La pena para esta conducta varía según el resultado producido. Prisión de seis meses a tres años, si no se produjere descarrilamiento u otro accidente; prisión de uno a cinco años, si se produjere descarrilamiento u otro accidente; reclusión mayor de cuatro años, si resultare herida o lesionada una persona; reclusión mayor de dice a dieciséis años, si resultare la muerte de una persona. Las mismas penas se aplicarán, en su caso, por la ejecución de actos tendientes a interrumpir el funcionamiento de telégrafo o teléfono destinado al servicio de un ferrocarril (Art. 417);

- Lanzamiento de cuerpos contundentes o proyectiles contra un tren, tranvía u otro vehículo en marcha. Se sanciona con prisión de uno a cinco años y multa, si no importare un delito más severamente sancionado (Art. 418);

- Ejecución de actos tendientes a poner en peligro la seguridad de una nave, aeróstato (?) o construcción flotante, o a detener o entorpecer la navegación. Se sanciona con prisión de uno a cinco años y multa; pero si el acto produjere naufragio, avería (daño en la embarcación o en su carga), varamento (sic) o cualquier otro accidente grave, la pena será de reclusión menor de tres a seis años; si resultare herida o lesionada alguna persona, la pena será de reclusión mayor de cuatro a ocho años; y si resultare la muerte de alguna persona, de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años (Art. 419);

- Abandono de sus puestos por parte de conductores, capitanes, pilotos, mecánicos y demás empleados de trenes, buques, aeróstatos, durante sus servicios, antes de llegar a puerto o al término del viaje. Se sanciona con prisión de seis meses a dos años y multa, si el hecho no estuviere reprimido con pena más grave. La prisión será de tres meses a un año, al tratarse de pilotos de automotores destinados al transporte internacional, interprovincial o intercantonal (Art. 420);

- Provocación de un naufragio, descarrilamiento u otro accidente de tránsito, por imprudencia, negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas. Se sanciona con prisión de dos meses a dos años y multa; pero si del acto resultare herida, lesionada o muerta alguna persona, la pena será de prisión de seis meses a cinco años, según la gravedad del acto y sus consecuencias. Se trata de un delito culposo que permite concluir que los que se tipifican en los artículos anteriores son dolosos (Art. 421);

- Interrupción de la comunicación postal, telegráfica, telefónica, radiofónica o de otro sistema, resistencia al restablecimiento de la comunicación interrumpida. Se sanciona con prisión de seis meses a dos años, pero si la interrupción se realizare en reunión o pandilla, o con violencias, amenazas o vía de hecho, la pena será de tres a seis años de prisión (Art. 422);

- Ofrecimiento, prestación o comercialización de servicios de telecomunicaciones, sin estar legalmente facultados, mediante concesión, autorización, licencia, permiso, convenios o cualquier otra forma de la contratación administrativa, salvo la utilización de servicios de Internet. Se sancionan con prisión de dos a cinco años. Están comprendidos en esta disposición, quienes se encuentren en posesión clandestina de

instalaciones que, por su configuración y demás datos técnicos, hagan presumir que entre sus finalidades está la de destinarlos a ofrecer los servicios señalados en el inciso anterior, aún cuando no estén siendo utilizados, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y administrativas establecidas en la ley de la materia (Art. 422, segundo y tercer incisos, agregados por la Ley 99-38).

10.2.- Piratería

Varias cuestiones deben ser dilucidadas en relación al Capítulo IX de este Título que sanciona la piratería, figura penal que también tiene un rancio sabor histórico.

La cuestión inicial es determinar si el delito consiste en tener la calidad de pirata, que permitiría calificarlo como un delito de peligro abstracto y justificaría su inclusión en este Título; o si la ley describe el acto o los actos concretos que califica como piratería. La solución del Código ecuatoriano, según se explica a continuación, parece ser la segunda.

Fue Carrara quien consideró que la piratería debería considerarse como un robo especialmente violento cometido en el mar y, por tanto, ubicarse entre los delitos contra la propiedad y el propio Diccionario la define como el "abordaje de barcos en alta mar para robar". De alguna manera este es el concepto que recoge nuestro Código, aunque continúa ubicando la conducta entre los delitos contra la seguridad pública.

En concreto, el Art. 423 dice textualmente *"el delito de piratería o asalto cometido a mano armada en alta mar, o en las aguas o ríos de la República"*. En definitiva, el Código considera que el delito exige una acción: el asalto a mano armada y una condición de lugar: que se realice en el mar, en aguas territoriales o en ríos, y es precisamente esta condición la que da al delito su carácter particular. La sanción es especialmente grave si la comparamos con la establecida en el caso de los delitos contra la propiedad: doce a dieciséis años de reclusión mayor. Hay que entender que si los actos de piratería producen lesiones o muerte de personas, habría una concurrencia de delitos que deberá sancionarse en conformidad con las reglas generales del Código.

El Art. 424 determina que quienes naveguen en buques armados con dos o más patentes de diversas naciones, o sin patente (despacho expedido a favor de un buque que acredita su nacionalidad) ni matrícula ni ningún documento que pruebe la legitimidad de su viaje, serán tenidos como piratas aunque no cometan "otros" actos de piratería. Para sancionar este caso se distingue al comandante o capitán al que se sanciona con ocho a doce años de reclusión mayor y a los tripulantes culpables, a quienes se sanciona con cuatro a ocho años de reclusión mayor.

El Art. 425 sanciona con reclusión mayor de doce a dieciséis años al que entregare a piratas la embarcación a cuyo bordo fuere. Y el Art. 427 califica como cómplice al que dolosamente traficare con piratas en el territorio de la República.

El Art. 426 dice que los corsarios serán considerados y reprimidos como piratas, conclusión obvia, pues los dos términos son sinónimos.

10.3.- Quebrantamiento de condena

Otro Capítulo de vieja data es el que contiene los delitos de quebrantamiento de condena (Art. 438) y de algunas ocultaciones (Art. 439); pero en general, por la naturaleza de las conductas, los códigos los suelen ubicar entre los delitos contra la administración de justicia.

En el primer caso se sanciona con prisión de quince días a seis meses al condenado que ha sido puesto bajo la vigilancia especial de la autoridad y que ha contravenido las condiciones que debía cumplir durante el tiempo de duración de la vigilancia. Esta pena de vigilancia es accesoria de las penas privativas de la libertad y debe cumplirse con posterioridad. Aunque el Código (Art. 61) le da al juez la facultad de aplicarla o no y de establecer las condiciones de su cumplimiento, en la práctica no se la impone y el Código de Ejecución de Penas (Art. 57), determina que será el director del establecimiento carcelario el que establezca las condiciones a cumplirse.

Hay que recalcar que este es el único caso en la legislación ecuatoriana en que el incumplimiento de una condena constituye un nuevo delito.

En el segundo de los artículos (las ocultaciones) se sanciona con prisión de ocho días a dos años y multa, al que hubiere ocultado o hecho ocultar a una persona, sabiendo que estaba perseguida o condenada por un delito reprimido con reclusión. Se trata de un caso de encubrimiento, al que Código considera un delito autónomo, y que contrasta con las disposiciones de los Arts. 41 y 44, que con poca técnica califican al encubrimiento como una forma de participación.

De todas maneras hay algunas diferencias entre el encubrimiento previsto en el Art.44 y la conducta tipificada en el 439:

- El Art. 44 exige habitualidad en la prestación de escondite a los delincuentes, que no exige el Art. 439;
- El Art. 44 no distingue el tipo de delito cometido por la persona a la que se favorece. El Art. 439 establece que debe ser un delito sancionado con reclusión.

Pero de idéntica manera a lo dispuesto en el Art. 45, el Art. 440 exime de responsabilidad penal por el ocultamiento a los ascendientes, descendientes, cónyuges, hermanos y afines en los mismos grados.

10.4.- Delitos en actividades turísticas

El Capítulo XIII (Art. 440-B), agregado por la Ley 2002-97, a pesar de su denominación, en realidad no tipifica ningún nuevo delito, sino que establece una circunstancia agravante para numerosos delitos, cuando hayan sido ejecutados por personas que instigan, promocionan o ejecutan actividades turísticas, con el objeto de cometer tales delitos, o cuando se cometan, a sabiendas, contra personas que tengan la calidad de turistas.

Los delitos enumerados en esta norma son los delitos contra la libertad individual, delitos contra la vida, lesiones, abandono de personas, atentado contra el pudor (posteriormente sustituido), violación, estupro, proxenetismo y corrupción de menores, rapto, hurto, robo, extorsión, estafa y otras defraudaciones.

La norma establece que en estos casos, se impondrá al culpable el máximo de la pena prevista para cada infracción.

Capítulo VI
DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

1.- Denominación.- Bien jurídico.- Clasificación

Afirman algunos tratadistas que la denominación del Título VI del Libro Segundo del Código excede a su contenido, pues, al referirse a "delitos contra las personas", podría entenderse que en este título se incluyen todos los delitos que lesionan bienes jurídicos cuyo titular es la persona natural: la vida y la integridad física naturalmente; pero también la honra, la libertad y otras garantías constitucionales, la propiedad, etc., delitos todos ellos que están localizados en diferentes títulos del Libro Segundo del Código.

Sin embargo, siguiendo una tradición del Derecho Penal español, el Código emplea la palabra "persona" en un sentido más restringido, cuyo alcance se extiende solamente a la personalidad humana en el orden estrictamente físico, material (la vida y la integridad física, la salud) y no en sus atributos morales y derechos inmateriales, cuya protección se hace a través de otras disposiciones penales. En este título se protegen entonces, exclusivamente, los atributos del individuo consustanciales a su propia existencia, sin los cuales deja de ser persona o ve lesionada su realidad humana, o corre un serio peligro en uno u otro sentido. Por tanto son la vida y la integridad física o la salud, los bienes jurídicos protegidos en este Título.

De los cinco capítulos que integraban el Título VI, la reforma de marzo de 2009 eliminó el Capítulo IV, en que se tipificaba el delito de duelo. En los cuatro capítulos que se mantienen se sancionan los delitos contra la vida (aborto, homicidio, figuras calificadas de homicidio, auxilio al suicidio), las lesiones, el abandono de personas y el abuso de armas.

En el análisis que vamos a realizar no seguiremos necesariamente el orden del Código. Empezaremos, más bien, refiriéndonos al homicidio, que es la figura básica del título y el más antiguo y estudiado de todos los delitos. Por otra parte en este delito aparece claramente delimitada la protección que brinda el estado, a través de la ley penal, al bien jurídico esencial: la vida.

2.- El homicidio

2.1.- Tipicidad

El tradicional concepto de homicidio (que deriva de la etimología de la palabra), matar a otro, es suficiente para describir la conducta típica de este delito. En realidad no hace falta ningún otro elemento adicional. En ocasiones algunos autores han agregado al concepto determinados adverbios: matar injustamente o matar voluntariamente a otro. Tales agregados, en verdad, no constituyen elementos indispensables de la tipicidad. En el primer caso se trata de una referencia a la antijuridicidad, que es innecesaria, pues todo delito para ser tal debe ser una conducta injusta o antijurídica. Y en el segundo caso, de un elemento subjetivo (para los causalistas, propio de la culpabilidad, y para los finalistas, de la tipicidad), que tampoco es indispensable, pues ya se distinguirán a su tiempo las diversas formas en que puede presentarse el elemento subjetivo en este delito. Basta pues la expresión "matar a otro".

Cabe preguntarnos si también nuestro Código describe de esta manera al homicidio. Si lo revisamos, a partir del Art. 448, se advertirá que el Código no describe una figura básica de homicidio en ningún artículo en particular; pero, en todo caso, a través de las distintas disposiciones legales (especialmente de los Arts. 449, 452 y 453), se infiere sin lugar a dudas que también en nuestra legislación positiva debe entenderse el homicidio de la misma manera. Y no puede haber otra.

En definitiva, la tipicidad del homicidio comprende:

Núcleo: matar;

Sujeto pasivo: a otro.

Estos son los dos únicos elementos necesarios. Para que el delito se tipifique no hace falta ninguna otra condición, requisito o referencia; no importa quien sea el sujeto activo, ni el medio empleado, ni el lugar o tiempo, ni elemento adicional alguno. Así, pues examinemos particularmente estos dos elementos.

2.1.1.- El núcleo

Matar es privar de la vida a alguien (parece anticiparse en este concepto un carácter doloso de la conducta) o causarle la muerte (frase que más bien anticipa un carácter culposo, o que podría aplicarse a los casos de comisión por omisión). Esto es lo único que interesa para que la acción homicida se cometa. Es decir, que haya una vinculación causal entre el acto del sujeto activo y el resultado de muerte producido por ese acto. Establecida esta vinculación causal (dolosa o culposa; por acción o por omisión; eventualmente sumada a otras causas en el homicidio preterintencional), nada más importa, ni cual haya sido el medio empleado, ni los instrumentos, modalidades o formas de hacerlo.

La ley ecuatoriana, y en general todas las leyes, no hacen referencia al medio utilizado para matar. Doctrinariamente, sin embargo, se suele hacer distinciones acerca del empleo de diversos medios y se ha producido alguna discusión sobre determinadas alternativas:

- El homicidio puede ser cometido por **acción** (disparo de arma de fuego, envenenamiento, estrangulamiento, etc.) o por **omisión**, más específicamente **por**

comisión por omisión u omisión impropia (no alimentar a una persona, no proporcionarle una medicina, etc.) Estas dos situaciones no merecen mayor discusión; son generalmente aceptadas, aunque cabe recordar que para la existencia de un delito de omisión hace falta que el sujeto activo haya tenido la obligación jurídica de actuar impidiendo la producción del resultado muerte (Art. 12). Por supuesto que en los casos de omisión, puede haber serias dificultades probatorias en cuanto a establecer la vinculación causal entre la omisión y el resultado (por ejemplo, la causa de la muerte se atribuye a una enfermedad preexistente); pero establecido que la muerte pudo haberse evitado realizando el acto debido, la existencia del homicidio es indudable.

- El homicidio puede ser cometido por medios **físicos** (disparo, veneno, puñal, etc.) o por medios **morales o psíquicos** (producir una emoción violenta a una persona, conducir a otra a un estado de crisis nerviosa a tal punto que se suicida o sufre un accidente, etc.) Sobre este segundo caso se han producido discusiones y controversias muy agudas. En algunos países los jueces no aceptan el homicidio por medios morales, no porque estos medios carezcan de idoneidad para matar, sino porque consideran que jamás podrá probarse de manera absoluta la vinculación causal entre al acto del sujeto activo y el resultado, pues la persona que falleció debería sufrir necesariamente determinadas patologías o perturbaciones físicas o mentales que fueron la causa inmediata de su muerte.

En realidad no cabe duda de que la prueba en estos casos es extremadamente compleja, pues no quedarán huellas materiales del acto realizado por el sujeto activo para establecer la vinculación causal. Sin embargo, admitiendo esta dificultad, hay que insistir en que nuestro Código no excluye a medio alguno entre los aptos para causar un homicidio y, por lo tanto, los medios morales o psíquicos no tienen por qué ser excluidos a priori. Más aún si el empleo de estos medios demuestra la existencia de una mentalidad especialmente peligrosa, que no puede merecer el beneficio de la impunidad. Desde este punto de vista el problema probatorio es puramente adjetivo.

- El homicidio puede ser cometido por medios **directos** (disparo, puñal, estrangulamiento) o por medios **indirectos** (un animal venenoso o feroz). La situación es más compleja cuando se utilizan ciertos medios indirectos que por sí mismos no son vulnerantes de la vida, pero que sí pueden conducir a otra persona a un peligro de muerte y a la muerte misma. Tales serían por ejemplo indicar un rumbo falso a un ciego que resulta atropellado o a un explorador de montaña que se despeña; poner una etiqueta falsa en un frasco de veneno, etc. Es famoso el ejemplo traído por Carrara de aquel sujeto que mediante un testimonio falso consiguió que un inocente fuera condenado a muerte. Para Carrara se trata de un caso indiscutible de homicidio.

Las tres alternativas planteadas nos llevan a concluir que en todas ellas, las primeras posibilidades (homicidios por acción, por medios físicos y directos) son los casos evidentes y claros, mientras que las segundas (homicidios por omisión, por medios morales o indirectos) son los casos discutibles; sobre todo por la dificultad que puede haber en ellos para establecer la vinculación causal entre el acto del sujeto activo y el resultado. Pero en ninguno de los tres casos hay razones para excluirlos a priori.

2.1.2.- Sujeto pasivo

¿Quién es ese otro al cual se priva de la vida o se causa la muerte? La respuesta es muy

obvia: cualquier persona. Sin embargo, en la cuestión inciden algunos problemas bastante complejos y de creciente actualidad.

Sobre el asunto **quién es persona** para efectos penales, el problema es menor. Para contestar a la pregunta puede servir la definición del Art. 41 del Código Civil: *"Todos los individuos de la especie humana, cualesquiera sean su edad, sexo o condición."* Este concepto es perfectamente aplicable al Derecho penal pues sirve para los objetivos que el legislador se ha planteado: proteger la vida de todos los miembros de la especie humana, sin distinción alguna.

Hay sin embargo, cuestiones más difíciles de determinar: **desde cuándo** y **hasta cuándo** se extiende esa protección. Desde cuándo y hasta cuándo hay persona y, por lo tanto, un potencial homicidio.

Desde cuándo

En la primera cuestión, el punto está en distinguir desde cuándo el ser humano puede ser considerado persona para efectos de la aplicación de la ley penal. No hay que olvidar, por supuesto, que la vida humana está protegida desde antes del nacimiento de la persona, pero a través de otra figura penal: el llamado delito de aborto. Como no cabe que la vida se quede sin protección un solo instante, habrá que determinar que hay un límite, traspasado el cual, la figura penal cambia: de aborto se convierte en homicidio. Si bien teóricamente se dirá que el cambio se produce en el momento en que el ser ya es persona, determinarlo en la práctica es cuestión de alguna complejidad.

El mismo Código Civil, en el Art. 60, dice que el nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal y considera que tal hecho se produce con la separación completa del recién nacido de su madre. Ahora bien, la separación completa debe entenderse, no como un distanciamiento espacial o como el corte del cordón umbilical, sino más bien como el comienzo de una **vida autónoma, independiente.** Al producirse manifestaciones autónomas de vida hay ya persona y, por lo tanto, el delito sería homicidio. Antes de tales manifestaciones, legalmente no habría todavía persona, aunque la vida del ser que nace está también protegida, a través de la figura de aborto.

Por otra parte, este mismo criterio lo adopta la Ley de Registro Civil, cuyo Art. 130 define como nacimiento vivo a la *"expulsión o extracción completa del cuerpo de la madre, prescindiendo de la duración del embarazo, de un producto de la concepción que, después de tal separación, respire o manifieste cualquier otro signo de vida, tal como el latido del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimiento efectivo de músculos voluntarios, haya o no haya sido cortado el cordón umbilical y esté o no unida la placenta..."* Precisamente la docimasia pulmonar, o comprobación de la presencia de aire en los pulmones del recién nacido, será la prueba más clara de que el ser nació vivo y murió con posterioridad al nacimiento. Esta prueba determinaría la existencia de un homicidio.

Hasta cuándo

En lo referente a esta cuestión, en forma teórica también el asunto es sencillo: mientras la persona tenga vida puede ser sujeto pasivo de homicidio. Sin embargo, en ciertos casos se plantea el debate sobre el alcance de las manifestaciones vitales en un ser

moribundo, la posibilidad de que algunas de esas manifestaciones sean mantenidas a través de auxilios médicos extraordinarios y la determinación del momento exacto de la muerte.

El Código Civil (Art. 64) dice solamente que *"la persona termina con la muerte"*; por su parte la Ley de Registro Civil (Art. 131) añade que la defunción se produce cuando *"hay desaparición permanente de todo signo de vida"*. Sin embargo, la Ley Orgánica de Salud incluía el concepto de muerte cerebral, como también lo hace el Código de Ética Médica.

Por su parte la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células contiene las siguientes definiciones, aunque deben entenderse en el ámbito propio de esa Ley: *"**Muerte** .- Para fines de esta Ley, es el "cese permanente de la función del organismo como un todo. Esta definición implica que el mantenimiento por medios artificiales de la función cardiovascular y ventilatoria se reduce al funcionamiento de "subsistemas" independientes y que la función del organismo "como un todo" se ha perdido; teniendo en cuenta que el encéfalo es el responsable de la función del organismo como un todo" se considera que la "muerte encefálica" es equivalente a muerte. **Muerte Encefálica**.- Cese irreversible de las funciones encefálicas, aún en presencia de un funcionamiento cardiovascular y ventilatorio artificial, certificada de acuerdo al protocolo que la Autoridad Sanitaria Nacional reglamente"*.

La Ley anteriormente vigente en esta materia determinaba también los signos que permitían comprobar la muerte cerebral: coma irreversible, ausencia de respiración espontánea, ápnea después de dos minutos de retirado el respirador, pupilas permanentemente midiátricas y arrefléxicas al estímulo luminoso, ausencia de reflejos óculo-cefálicos, ausencia de reflejos óculo-vestibulares, ausencia de reflejo faríngeo e inactividad bio-eléctrica comprobada por electro encefalograma plano.

Esta doble consideración (la muerte en términos generales y la muerte "cerebral" o "encefálica") abre sin duda un nuevo panorama al tema del momento de la muerte de una persona. Parecería que la ciencia médica actual se inclina a considerar que la muerte no siempre es un fenómeno instantáneo, sino que en ocasiones puede ser un proceso más o menos prolongado, en el cual van desapareciendo los signos vitales en forma paulatina. Frente a este posibilidad, la ley permite en ciertos casos que se intervenga sobre "el cadáver" para extraer, por ejemplo, un corazón que todavía palpita, sin que tal hecho pueda considerarse un homicidio.

En cambio, si el propósito es distinto, en principio se podría sostener que sí habría homicidio, si se interviene de cualquier otra manera sobre el cuerpo de esa persona y se provoca la desaparición de otros signos vitales que, a lo mejor, han sido mantenidos con auxilios extraordinarios. Por cierto que esta temática se enlaza con el debate surgido alrededor de la eutanasia y en el cual se concluye más bien que es lícito retirar aquellos medios extraordinarios, que mantienen tales signos vitales de una manera que podría calificarse de artificial.

Como se ve, el problema no está definitivamente resuelto, ni desde el punto de vista médico ni desde el punto de vista legal, por lo cual habrá que esperar en el futuro un más amplio conocimiento y una mejor clarificación de estos complejos fenómenos.

Pericia médico legal

Este es el momento de destacar la gran importancia que tiene en el homicidio la pericia médico legal. La autopsia servirá, en la mayor parte de los homicidios, como prueba decisiva para determinar la existencia misma del delito, además de proporcionar un gran número de datos sobre la causa de la muerte, los medios empleados, el tiempo de la muerte y otras informaciones que serán de extraordinaria importancia para el juez. El Código de Procedimiento Penal (Arts. 99 a 101) señala los pasos procesales que deben cumplirse en todos los casos de homicidio. No se olvide, sin embargo, que todo pericia sólo tiene para el juez un valor informativo y no obligatorio.

2.2.- Antijuridicidad del homicidio

Salvo un caso concreto, del que hablaremos luego, no contiene este título del Código normas referidas a posibles causas de justificación específicas que eliminen la antijuridicidad del homicidio. Habrá, entonces, que tratar el asunto en conformidad con las normas generales sobre esta materia y con las conclusiones de la doctrina. Veamos, uno por uno, los posibles casos de justificación.

2.2.1.- Legítima defensa

Esta causa de justificación es de especial aplicación al homicidio. La doctrina ha considerado siempre que el acto defensivo de la persona que repele una agresión puede llegar inclusive a causar la muerte del agresor; muerte que no sería delito, precisamente, porque la legítima defensa elimina el carácter antijurídico del acto.

El Código ecuatoriano (Art. 19), en términos generales, considera legítima la acción de quien obra en defensa necesaria de su persona, siempre que se cumplan los tres requisitos establecidos en el mismo artículo. Aunque no se especifica que esa acción pueda consistir en la muerte del agresor, así lo ha admitido la jurisprudencia; e igualmente si se trata de la defensa de un tercero (Art. 21); pero expresamente sí se habla de "matar", cuando alguien se defiende de agresiones sexuales (Art. 22).

2.2.2.- Estado de necesidad

En cambio es muy claro que esta causa de justificación no puede extenderse a situaciones de homicidio. Y esto por dos razones. La primera, porque en el estado de necesidad debe haber siempre una desproporción entre el bien que se salva frente al bien que se sacrifica, desproporción que jamás podría darse si es la vida de una persona el bien que se sacrifica. No puede haber estado de necesidad en casos de vida por vida. Y en segundo lugar, porque el Código expresamente establece (Art. 24) que el estado de necesidad sólo es procedente cuando se producen daños en la propiedad ajena.

Quedan en pie de todas maneras los posibles estados de necesidad no justificantes, de vida por vida, que podrían producirse en situaciones extremas y que deben ser examinados dentro de los casos de inexigibilidad de una conducta. Tal sería la situación de la *"tábula úniux cápax"*, citada ya en la tradición jurídica romana.

2.2.3.- Mandato de la ley

Dado que en el Ecuador no hay pena de muerte, y más aún si ésta está prohibida por la Constitución, no cabe tampoco la causa de justificación relativa al mandato de la ley o a la orden de autoridad. En contradicción con el principio constitucional, podría sostenerse que el Art. 46 del Código de Ejecución de Penas incluye una autorización legal implícita para **matar**, cuando se dice que no cometen infracción los funcionarios, empleados y guías encargados de la custodia de los internos de un centro penitenciario, cuando hacen "uso de sus armas" para *"sofocar amotinamientos, recapturar prófugos o contener y evitar fugas"*, siempre que no tengan a mano otros medios idóneos, y se sobreentiende que sin estar tampoco en una situación de legítima defensa. Sin embargo de estas claras disposiciones, en la práctica se ha usado y abusado de esta facultad, a la que suele llamarse "ley de fuga".

2.2.4.- El consentimiento del titular

Se ha sostenido por algunos autores que el homicidio quedaría también justificado por el consentimiento de la víctima, titular del derecho protegido. Tratándose de ciertos derechos es verdad que el consentimiento puede eliminar la antijuridicidad de la conducta, pero siempre y cuando el bien protegido sea disponible o renunciable (el derecho a la propiedad, por ejemplo). En cuanto a la vida, no se trata de un bien jurídico que nuestra legislación considere renunciable (como se deduce de aquella disposición que sanciona el auxilio al suicida, que sólo puede entenderse en el sentido de que la ley considera que el acto del suicida, aunque no se sancione, es un acto ilícito). De esta manera, aunque hubiera consentimiento, el acto del que mata seguiría siendo antijurídico. El caso se ha planteado concretamente con respecto al llamado **homicidio piadoso**, tema que se tratará más adelante.

Queda en pie la figura de homicidio cuando un suicida no tiene el ánimo suficiente para quitarse la vida y pide al tercero que lo haga.

2.2.5.- Muerte en tratamientos médicos o quirúrgicos

Otro caso que ha dado lugar a una intensa reflexión doctrinaria es el de la muerte producida como consecuencia de tratamientos médicos o quirúrgicos. Se ha dicho que esta muerte queda fuera del ámbito penal por estar comprendida dentro de una causa de justificación: el legítimo ejercicio de una profesión autorizada por la ley.

Para resolver el caso, habría que distinguir dos situaciones. Sin duda, la profesión médica está amparada por la ley y su ejercicio legítimo implica en ocasiones la ejecución de actos que, en principio, podrían considerarse como lesiones, heridas que se causan al paciente, extirpación de órganos, mutilaciones, etc. Doctrinariamente estos actos quedarían justificados por un estado de necesidad: para salvar la vida o asegurar la salud del paciente, se sacrifica su integridad física. Por supuesto que también en estos casos haría falta al consentimiento de la persona que sufre la operación o el tratamiento; o de sus parientes si esa persona no puede prestarlo.

Pero lo que no cabe sostener es que también la muerte eventual de la persona tratada

quedaría justificada por estas mismas razones. De ninguna manera se puede entender que el legítimo ejercicio de la profesión médica está dirigido a causar la muerte de una persona.

Todo lo contrario, está destinado a evitarla y si la muerte se produce, a pesar de los esfuerzos realizados, será más bien en contra del deseo y del tratamiento de los médicos.

Con estos elementos el problema de la muerte deberá examinarse, en estos casos, no en el ámbito de la antijuridicidad sino dentro del aspecto subjetivo del caso. Si el médico quiere la muerte del paciente y aprovecha para causarla la intervención médica, el caso será de un homicidio doloso. Si el médico no quiere la muerte, pero ésta se produce por su falta de cuidado, por su negligencia, imprudencia o impericia (mala práctica médica), habrá un homicidio culposo. Pero si el caso está fuera de estas dos alternativas, si no hubo ni dolo ni culpa y sin embargo murió el paciente, en realidad se estará fuera de los límites de lo subjetivo, es decir dentro de un caso fortuito, en el cual no puede haber sanción.

Sobre este tema hay que añadir que el Código ecuatoriano no tiene disposición expresa alguna sobre esta situación tan importante y que puede dar lugar a múltiples conflictos. Aunque algunas veces se ha sugerido la necesidad de incorporar normas específicas, relacionadas con el tema controversial de la "mala práctica médica", tal cosa no ha ocurrido. Y cuando se han presentado casos relativos a este tema, se los ha resuelto en conformidad con las normas generales y con los principios de la doctrina.

Cabe en este punto traer la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso relacionado con este tema: *"La mala praxis médica suele ser considerada dentro de los tipos penales de lesiones u homicidio. No parece indispensable instituir tipos específicos sobre aquélla si basta con las figuras generales y existen reglas pertinentes para la consideración judicial de la gravedad del delito, las circunstancias en que éste fue cometido y la culpabilidad del agente. Sin embargo, corresponde al propio Estado decidir la mejor forma de resolver, en este campo, las necesidades de la punición, puesto que no existe acuerdo vinculante acerca de la formulación del tipo, como los hay en otros casos en que los elementos esenciales de la figura penal e inclusive la precisión de tipos autónomos se hallan previstos en instrumentos internacionales, así por ejemplo, genocidio, tortura, desaparición forzada, etc."*

2.2.6.- Muerte en actos deportivos

De una manera similar debe resolverse el caso de muerte producida en actos deportivos. En principio el ejercicio de los distintos deportes es legítimo. Por tanto, también son legítimas aun las violencias inherentes a la práctica de ciertos deportes, el box, por ejemplo (a menos que tales deportes estén prohibidos). Pero, en cambio, la protección legal al deporte no puede extenderse jamás a los resultados mortales que ocasionalmente se producen.

También en este caso la solución debe darse desde el ángulo subjetivo. Puede haber dolo o culpa en determinados fallecimientos y el autor deberá responder por homicidio doloso o culposo, según el caso. Pero si no hubiera ni dolo ni culpa, habrá que concluir que la muerte se produjo por un caso fortuito y el agente no puede ser sancionado.

Esta fórmula ha sido recogida por el Código ecuatoriano, que dedica el Art. 462 al tema. Según éste, no será punible el homicidio siempre y cuando se reúnan las siguientes condiciones:

1.- Que haya sido causado por un deportista;
2.- En la persona de otro deportista en juego;
3.- En un acto de deporte no prohibido;
4.- Que no haya habido intención;
5.- Que no se haya producido violación de los reglamentos.

El Código, aunque limita el resultado a un deportista en juego (en ciertos casos el resultado podría afectar a terceros), exige explícitamente que no haya habido dolo ni culpa para que proceda la exención. En caso contrario habrá que aplicar las reglas generales sobre el homicidio.

2.3.- El elemento subjetivo en el homicidio

No hay figura penal en la parte especial del Código, como el homicidio, en que se puedan distinguir con tanta claridad y precisión las clásicas modalidades, en relación con el aspecto subjetivo, establecidas doctrinariamente y recogidas por la ley. Esto se comprueba al determinar las formas de homicidio doloso, culposo y preterintencional.

2.3.1.- Homicidio doloso o simple

Es aquel en que hay la **intención de dar muerte**, como dice el Art. 449, o sea el **ánimus necandi**, del que habla la doctrina. En definitiva, aquel homicidio en que el sujeto activo se representa su acto (acción u omisión) como capaz de producir la muerte de otro y actúa buscando ese resultado.

Esta forma de conceptuar el homicidio (intención de dar la muerte), que es la misma establecida para todos los delitos dolosos (designio de causar daño, Art. 14), es compatible tan sólo con el llamado dolo directo. Por tanto se excluye de nuestro Código el homicidio con dolo eventual, que la doctrina considera una forma específica de dolo, de similar gravedad. Tratándose de homicidio, habría dolo eventual, cuando el sujeto activo se haya representado el resultado probable de muerte, como consecuencia de su acto, y sin embargado no se haya inhibido de actuar.

Del análisis de la ley ecuatoriana parece concluyente que no habrá homicidio doloso en tales casos. Así lo ha declarado la Corte Suprema en una sentencia sumamente importante, en que se sostiene que el dolo eventual es ajeno a nuestra realidad jurídica. En el caso concreto (Gaceta Judicial, Serie VII, No, 8), la Corte revocó una sentencia que admitía que se trataba de un homicidio con dolo eventual y consideró que hubo culpa y no dolo. Posteriormente el asunto no ha sido analizado por la jurisprudencia.

De todos modos, siguiendo también los lineamientos generales del Código (Art. 33), se establece en el Art. 448 la **presunción de que el homicidio será doloso**, a menos que se pruebe lo contrario *"por las circunstancias del hecho, calidad y localización de las heridas, o de los instrumentos con que se hicieren"*. Hay que aclarar, eso sí, que el lenguaje del Código resulta también en este punto poco adecuado, pues en vez de

utilizar la expresión homicidio doloso, habla en unos casos de homicidio "intencional", que podría ser equivalente; y, en otros casos, de homicidio "voluntario", término que resulta discutible y equívoco.

Se trata, sin duda, de dos cuestiones (la exclusión del dolo eventual y la presunción de dolo) que demuestran que la legislación penal ecuatoriana no se ha puesto al día en temas de gran trascendencia y de especial significación en el delito de homicidio.

Ahora bien, el homicidio doloso sin ninguna circunstancia calificadora será el **homicidio simple**, que se tipifica en el Art. 449 y cuya pena es de ocho a doce años de reclusión mayor; pero si al homicidio simple se unen circunstancias de calificación, lo que ocurre con gran frecuencia, tendremos el **asesinato** (Art. 450); o, con otras exigencias legales, el **parricidio** (Art. 452) que se sancionan con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años; y aun el **infanticidio por causa de honor** (Art. 453) que, como se verá, es una figura atenuada.

2.3.2.- Homicidio culposo

Es aquel que nuestro Código llama homicidio **inintencional** (Arts. 459 y 460), es decir cuando no hay la intención de matar, pero la muerte se ha producido por falta de previsión o precaución. Este concepto no merece objeción, pero se advierte nuevamente la falta de armonía en el lenguaje empleado por el Código en estos artículos en relación con el Art. 14, que es aquel que define en términos generales la infracción culposa como el acontecimiento previsible pero no querido, que se causa por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de reglamentos.

La pena para esta clase de homicidio será de tres meses a dos años.

2.3.4.- Homicidio preterintencional

Como en todo delito preterintencional, en este caso que es el más característico, el resultado (la muerte) excede la intención del sujeto pasivo. Los Arts. 455 y 456, que se refieren a este tipo de homicidio, establecen su estructura de la siguiente manera:

- lesiones intencionales o dolosas;
- no dolo de muerte;
- resultado de muerte a causa de las lesiones.

Según los mismos artículos, las lesiones pueden consistir en heridas, golpes o administración de sustancias nocivas para la salud (que son las formas de lesiones que el propio Código establece). El Art. 457 establece que si la persona que administró sustancias nocivas es médico, farmacéutico o químico, se presumirá la intención de dar la muerte, es decir que se estaría frente a un caso de homicidio doloso o simple.

Aunque el Código no lo diga, habrá que tomar en cuenta el concepto doctrinario de que en estos casos sólo se deberá responder por el resultado adicional (la muerte) cuando éste era previsible; es decir, cuando al dolo inicial se suma una responsabilidad culposa, pues se trata de un delito en el que se suman las dos modalidades subjetivas. Así lo ha reconocido expresamente la jurisprudencia de la Corte Suprema (ver especialmente Gaceta Judicial, Serie XII, No. 11)

Un problema particular, no resuelto en nuestro Código se plantea respecto al tiempo en que la muerte se produce. Si ésta se produjere inmediatamente después de las lesiones, no hay problema; pero si la muerte acaece después de un plazo más o menos largo, puede surgir una incertidumbre respecto a la calificación del delito. Inclusive hasta podría ocurrir que el proceso se haya iniciado por lesiones y que haya avanzado cuando se produce la muerte: ¿se podrá en tal caso cambiar la incriminación procesal? (Ver sentencia, Gaceta Judicial Serie XV, No. 15). El Código mexicano, por ejemplo, determina que la muerte debe ocurrir hasta sesenta días después, para que el delito sea homicidio; si la muerte es posterior, habrá solamente un delito de lesiones.

El homicidio preterintencional tiene una pena intermedia entre las que corresponden a los homicidios doloso y culposo: tres a seis años de reclusión menor, que pueden aumentar a seis a nueve, cuando las lesiones han sido cometidas con circunstancias agravantes. Adviértase que esto no significa que el homicidio se transforme en asesinato.

2.4.- El íter críminis en el homicidio

Siendo el homicidio un delito material, cuyo resultado se distingue claramente del acto que lo causa, pueden producirse situaciones en las que el sujeto realiza parcialmente acciones u omite las que debería realizar, sin obtener el resultado de muerte, pero este proceso queda interrumpido. Inclusive hay casos en que la ejecución se completa, sin que el resultado llegue a producirse. Esto permite establecer en el homicidio, como en ningún otro delito, las distintas fases del íter críminis: tentativa (incluida la forma doctrinaria de delito frustrado), desistimiento, arrepentimiento eficaz, delito imposible.

De todas estas fases, los casos más frecuentes y complejos son los de tentativa. El problema radica especialmente en el aspecto probatorio. Supongamos que alguien dispara sobre otra persona con un arma de fuego; el disparo le alcanza en el brazo y produce una herida leve. ¿Cómo calificar con exactitud el caso? ¿Es una tentativa de homicidio? ¿Es un delito consumado de lesiones? El arma empleada es apta para uno u otro efecto; el lugar de la herida puede deberse a un intento deliberado o a una falla de precisión; los antecedentes pueden explicar una u otra alternativa. Ante tales dificultades, muchos jueces prefieren calificar tales actos solamente como lesiones, pues consideran que, habiendo una duda no resuelta, hay que adoptar la solución que más favorezca el sujeto activo.

Por supuesto que no siempre habrá dudas. En ciertos casos la intención de matar del sujeto puede ser evidente y el juez entonces podrá calificar el hecho como tentativa de homicidio.

3.- El asesinato

El asesinato es, en nuestro Código, la primera de las formas calificadas de homicidio. Este delito agravado se tipifica de la siguiente manera: **homicidio simple** (o doloso) **más una de las circunstancias del Art. 450**, que, como se señalará de inmediato son mucho más numerosas y variadas, de las que se registran en legislaciones extranjeras.

Hay que advertir que algunas de ellas no prevén una figura especial, sino que establecen casos de homicidios calificados por la concurrencia de determinadas circunstancias agravantes. En cambio, el Código ecuatoriano sí establece una figura especial, un delito autónomo, al que inclusive le da un nombre.

La base, pues, del asesinato está en el homicidio simple del Art. 449. Este y el 450 se enlazan lógicamente, como se desprende de una lectura sucesiva de los dos. El legislador considera que si el sujeto activo quiere matar y mata en efecto, pero además lo hace dentro de uno de los casos previstos en el Art. 450, el delito será entonces un asesinato. La gravedad del asesinato es mayor, por la peligrosidad del agente o por los especiales disvalores jurídicos relacionados con la forma de ejecutar el homicidio, los móviles, los medios empleados, etc. E igualmente la pena es significativamente más alta, como se señaló anteriormente.

Hay que aclarar que, aunque el Art. 450 tiene diez numerales y algunos de ellos establecen varias circunstancias, basta una sola de ellas para que el homicidio sea considerado asesinato. En algunos casos coincidirán dos o más circunstancias, pero el delito siempre será el mismo. Lo numeroso y variado de las circunstancias agravantes determina que, en la práctica, se dé una mayor frecuencia de asesinatos que de homicidios simples.

Tómese en cuenta además que estas circunstancias son constitutivas de delito y, por tanto, no están comprendidas en las disposiciones de los Arts. 72 y siguientes, en cuanto al régimen de circunstancias atenuantes y agravantes generales. Sin embargo, la Corte Suprema en algunos casos (expedientes 276-93, 300-98, 613-02, 514-04) ha decidido, equivocadamente en nuestra opinión, que si coinciden dos o más de las circunstancias del 450, como basta una para que el delito sea asesinato, las otras se deben considerar circunstancias agravantes generales.

Veremos, una por una, las circunstancias enumeradas en el Art. 450, aun cuando las ordenaremos de una manera un tanto distinta.

3.1.- Alevosía

En primer término, el Código establece que es asesinato el homicidio cometido con alevosía; pero no nos dice qué debe entenderse por alevosía. El Art. 30, que también incluye la alevosía entre las agravantes generales, agrega a continuación de dicha palabra: *"...traición, insidias o sobre seguro"*.

Con tan escasos elementos, para aclarar el sentido de la palabra, hay que recurrir a la doctrina, y especialmente a la española que ha estudiado ampliamente la situación; además al sentido natural que la palabra tiene en el Diccionario. En todas estas fuentes hay coincidencia: alevosía es un **modo de ejecutar el homicidio**, en que el sujeto activo **asegura el resultado de la infracción sin riesgos para él.**

De este concepto se deduce que la alevosía importa una doble seguridad que el sujeto activo busca para garantizar su acción: **seguridad de resultado y seguridad de falta de riesgos**. Por lo tanto será alevoso el modo que emplea el homicida, cualquiera que éste sea, pero siempre y cuando se asegure en el doble alcance que queda señalado.

A su vez la doctrina señala que la alevosía puede tener dos modalidades, una de **carácter moral**, que correspondería más exactamente a las palabras traición e insidias, que utiliza el Art. 30. En este caso el agente da el golpe aprovechando la confianza que le dispensa la víctima, o el descuido o la tranquilidad que ésta siente ante la persona que le va a matar. La otra modalidad, la de **carácter material** o físico, corresponde al sobre seguro, a la asechanza, al ocultamiento, al acometimiento súbito y sorpresivo, que toma desprevenida a la víctima e impide toda posibilidad defensiva. Este doble carácter de la alevosía revela claramente la razón por la que se le considera agravante. Un homicidio cometido de esta manera encierra un desprecio más acentuado al bien jurídico fundamental que es la vida.

En cuanto a la jurisprudencia nacional, ésta ha recogido el concepto de alevosía en la doble vertiente señalada, según se puede establecer en reiteradas sentencias de la Corte Suprema (Ver, por ejemplo, Gaceta Judicial, Serie X, No. 12 o Serie XV, No. 7). En algunos casos más específicos, la Corte ha encontrado alevosía en el ataque sorpresivo y violento; o a un niño incapaz de defenderse; en el ataque súbito y violento hecho por una persona armada de un puñal contra quien estaba desarmado; en quien dispara por la espalda o mata a una persona que duerme; en quien dispara sobre su víctima, escondido a un lado de un camino; o desde un automóvil en marcha; o cuando la víctima por su avanzada edad no es capaz de defenderse, etc.

Habría que agregar en este punto que el caso quinto del Art. 450: *"Cuando se ha imposibilitado a la víctima para defenderse"*, parece ser, según lo dicho, un caso específico de alevosía, que no debería constar por separado. No faltan así mismo opiniones que consideran que también en otras de las circunstancias de este mismo artículo se repiten situaciones de alevosía, como oportunamente se indicará.

Alevosía y premeditación

Aunque comúnmente se sigue hablando de la premeditación como circunstancia constitutiva del asesinato, conjunta o independientemente de la alevosía (inclusive en algunos fallos de la Corte Suprema), en realidad la premeditación no consta en el Art. 450. No es, por lo tanto, circunstancia constitutiva de asesinato. El legislador ecuatoriano ha seguido, en este punto, una tendencia doctrinaria destinada a eliminar la premeditación del ámbito del Derecho penal. Esta tendencia se origina en el análisis de la propia naturaleza de la premeditación.

Efectivamente, si se considera que existe premeditación cuando media un intervalo entre la determinación de delinquir y la comisión del delito, es decir si se adopta un criterio puramente cronológico, aparte de la dificultad de determinar la existencia y la duración de ese intervalo, la doctrina cree que el paso del tiempo por sí solo no revela peligrosidad u otro factor que pueda calificarse como agravante. El dejar pasar el tiempo puede deberse a muchas razones, aun a dudas internas, que más bien revelarían poca peligrosidad.

En cambio, si se considera a la premeditación como una preparación fría y cuidadosa para que el homicidio se cometa con facilidades y sin riesgos, en tal hipótesis la premeditación quedaría incluida en la alevosía y no haría falta señalarla por separado. Como sostuvo Pacheco hace largo tiempo, los casos relevantes de premeditación están

comprendidos en la alevosía y en otras agravantes.

La Corte Suprema (Serie X, No. 3) ha sostenido en esta materia que toda alevosía exige premeditación, si bien no toda premeditación revela alevosía. Tal doctrina, aceptable en su segundo enunciado, puede ser un tanto discutible en su primera parte, pues no es imposible imaginar casos de homicidios alevosos, preparados y ejecutados en contados instantes.

3.2.- Por precio o promesa remuneratoria

Esta segunda circunstancia del Art. 450 hace referencia a un tipo especial de móvil que ha llevado al sujeto activo a la comisión del homicidio; y es el carácter venal de este motivo (el pago de un precio o la promesa del mismo) el que justifica, en este caso, la agravación. Se trata en este caso de la antigua figura del vicariato.

Esta circunstancia sólo es posible si actúan dos personas: un mandante y un mandatario, un autor intelectual y uno material, que han celebrado un acuerdo, un pacto previo, conforme al cual el primero ha determinado la comisión del delito y el otro lo ha ejecutado materialmente. Tal situación hace indispensable la clarificación de dos cuestiones importantes.

- ¿La circunstancia agravante comprende tanto al mandante como al mandatario? Por supuesto que ambos serán considerados como coautores de homicidio, según el Art. 42; pero la cuestión es si deben ser considerados también como coautores de asesinato y ambos precisamente por la concurrencia de esta circunstancia relativa al precio o promesa remuneratoria.

Hay autores que afirman que ambos deben responder por asesinato, en razón de que la circunstancia agravante comprende a los dos; pero según el texto expreso de nuestro Código, el asunto no es tan claro. El enunciado mismo de la agravante se refiere, como queda dicho, al móvil por el cual se ejecuta el homicidio y es evidente que la venalidad, codicia y desprecio de la vida humana, aparecen sólo en el autor material, que no tiene ninguna razón personal para matar a su víctima. El caso del autor intelectual debe examinarse separadamente. Pero la solución adecuada es que también en su caso, el delito deba ser calificado como asesinato, ya sea por la agravante de alevosía, pues asegura el resultado sin correr riesgos; o ya porque se produciría un caso de comunicabilidad de la circunstancia material al autor intelectual.

- El otro punto a dilucidar es el alcance del precio o promesa remuneratoria. En este punto, la respuesta es más sencilla. Las palabras utilizadas por la ley revelan claramente la naturaleza económica del convenio realizado. **Precio**, si el pago ha sido hecho previamente al delito; **promesa remuneratoria**, si el pago se va a realizar después; pero siempre con una valoración económica. Este pago podrá hacerse en dinero efectivo o en bienes valorables económicamente. La existencia de otro tipo de ventajas o promesas no pecuniarias haría desaparecer esta circunstancia agravante, cuya razón de ser es, repetimos, el motivo abyecto de quien mata por razones limitadas a la recompensa económica.

3.3.- Por medio de veneno

El numeral tercero se refiere al empleo de varios medios de distinta naturaleza para considerarlos como causa de agravación del homicidio. Por una parte, la ley se refiere al empleo de **veneno**; pero también se incluyen como medios, **la inundación, el incendio y el descarrilamiento**, cuya naturaleza es distinta. Por esta razón habrá que considerar los dos casos separadamente.

De la escueta redacción del Código se deduce que basta el empleo de veneno para que el homicidio sea calificado de asesinato. Posiblemente el legislador, siguiendo una tendencia tradicional, consideró, para esta decisión, varios aspectos: la calidad de medio insidioso que tiene el veneno (muy cercano a la alevosía), pues el envenenador actúa corriendo pocos riesgos y sorprendiendo a la víctima; el peligro que corren terceras personas; la dificultad de encontrar huellas, y aun razones históricas que consideraban al veneno como el medio más eficaz de matar, al no contarse con antídotos adecuados para contrarrestar su acción. Por esto, el empleo del veneno en general ha recibido en las legislaciones un tratamiento más severo en comparación con el uso de otros medios, aun cuando en los casos concretos no se den necesariamente todos estos factores.

La doctrina penal se ha preguntado qué es veneno para efectos de la aplicación de esta norma, y ha concluido señalando que el concepto científico, químico o biológico, de veneno no es el necesariamente aplicable al campo penal. Recogiendo el viejo aforismo de que **"todo es veneno y nada es veneno"**, los penalistas concluyen señalando que, en materia penal, es veneno cualquier sustancia que, administrada a un ser humando, es capaz de causar su muerte, sin consideración a la naturaleza misma de tal sustancia.

Desde este punto de vista, algunos criterios que muchas veces han sido tomados en cuenta como distintivos del veneno, en realidad no son trascendentes. Así:

- no es indispensable que el efecto mortal se produzca de una manera instantánea o inmediata. La muerte puede sobrevenir lentamente;
- no es indispensable que la dosis letal sea muy pequeña;
- no es indispensable tampoco que los efectos de la sustancia sean de carácter químico. Pueden ser también de carácter físico, como las quemaduras mortales que producen ciertas sustancias, o la destrucción de tejidos que pueden producir otras, como sería, por ejemplo, el vidrio molido;
- en cuanto a la administración de la sustancia venenosa, puede hacérselo por vía oral, pero también respiratoria, muscular, intravenosa, etc.

Por su parte, el Código de Procedimiento Penal (Art. 104) regula la práctica del examen toxicológico, fundamental para los casos de envenenamiento.

3.4.- Por medios catastróficos

El numeral tercero cita expresamente tres medios de este tipo: inundación, incendio y descarrilamiento, pero en el numeral sexto se utiliza una fórmula genérica que en realidad es suficiente: *un medio capaz de causar grandes estragos*. En uno y otro caso,

la razón de ser de la agravante radica en que el medio empleado no sólo causa la muerte de la persona a la que se quiere matar, sino que también causa daños adicionales a la propiedad y pone en peligro la vida de otras personas, o causa definitivamente otras muertes. Esta actitud del homicida, que implica un desprecio a la vida de personas indeterminadas, es razón suficiente frente a la ley penal para considerar el hecho como un asesinato. Es equivocada, a nuestro modo de ver, la consideración de que los "grandes estragos" se produzcan en la propia víctima, como se ha señalado en alguna sentencia (Resolución 083-2005).

Pero sí es necesario distinguir este caso de situaciones que podrían parecer similares, como la establecida en el Art. 393, ubicado dentro de los delitos de incendio. Según este último artículo, el sujeto activo se ha propuesto incendiar y, a consecuencia del incendio, se ha causado la muerte de una o más personas, objetivo que el agente no se había propuesto. En cambio, para que haya asesinato, el sujeto debe proponerse matar y para hacerlo emplea, como medio, el incendio.

3.5.- Con ensañamiento

Este es otro agravante referido a la forma de ejecutar el homicidio, que el legislador considera de especial gravedad.

El Código explica que hay ensañamiento en aquellos casos en que *se aumenta deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido*. De este concepto se deduce que el ensañamiento exige la concurrencia de dos elementos:

- **objetivo:** aumento del dolor;
- **subjetivo:** causado deliberada e inhumanamente.

Hay ensañamiento, en definitiva, cuando se produce una suma de dos propósitos: el de matar y el de hacer sufrir a la víctima de una manera cruel e innecesaria; y se obtienen estos dos resultados. La multiplicidad de heridas, disparos o golpes suelen ser indicio de ensañamiento; pero hay que advertir que no lo hay cuando se propinan golpes a un cadáver o se lo mutila para ocultar la prueba del delito, pues ya objetivamente no se puede aumentar el dolor. Pero tampoco será sin más una prueba de ensañamiento la multiplicidad de golpes o heridas, si se han propinado con el exclusivo objetivo de matar, cuando han sido necesarios para el propósito de matar, y no para aumentar el sufrimiento.

Dos sentencias de la Corte Suprema, de hace varios años, consideran que hubo ensañamiento en un caso de homicidio ejecutado con una plancha con la cual se golpeó repetidas veces en la cabeza de la víctima (Gaceta, Serie VIII No. 5); y en el caso de un individuo que peleando con otro le produjo una herida mortal con una navaja y cuando el herido estaba caído y se desangraba, se volvió contra él y le propinó varios puntapiés (Serie VIII No. 11), aunque en este segundo caso hubo un voto salvado. En sentencias más recientes se ha aplicado la doctrina que queda anotada líneas más arriba.

3.6.- Nocturnidad y despoblado

El numeral séptimo incluye dos circunstancias perfectamente independientes, pues no hace falta que se reúnan para que surja la agravación. Son suficientes la una o la otra para que el homicidio sea calificado como asesinato.

También en estos dos casos, deben concurrir un elemento objetivo y uno subjetivo:

- **objetivo:** que el homicidio sea cometido durante las horas de la noche o en un lugar despoblado;
- **subjetivo:** que esas horas o ese lugar hayan sido buscados a propósito para cometer el homicidio.

Como se ve, la sola nocturnidad o el despoblado, casual o circunstancialmente unidos al homicidio, no bastan para que sea considerado asesinato. Es indispensable también el elemento subjetivo. El legislador estima que el escogimiento de hora o lugar conlleva facilidades especiales para cometer el delito: falta de medios defensivos para la víctima, garantías de impunidad, etc., aspectos muy cercanos al concepto de alevosía que hemos visto anteriormente; pero que en este caso están señalados de una manera específica y por separado.

En cuanto a lo que debe entenderse por nocturnidad y despoblado, cabe hacer las siguientes observaciones:

- **Nocturnidad:** En el título de los delitos contra la propiedad (Art. 592), el Código dice que robo nocturno será el cometido *entre las siete de la noche y las cinco de la mañana*. Parecería que el mismo lapso debe tenerse en cuenta para el homicidio. La precisión horaria de esta norma vuelve inútil la discusión que se plantea en otras legislaciones sobre la conveniencia de unir al concepto de nocturnidad la condición de oscuridad, con lo cual la agravante tendría su lógica razón de ser.

- **Despoblado:** Aquí, en cambio, nada aclara el Código y tocará al juez determinar si el lugar del delito corresponde o no al concepto de despoblado: paraje alejado de los centros poblados. Este concepto no incluye distancias ni otros factores concretos, sino que los deja a la apreciación del juez. Un bosque, un desierto, un páramo son lugares despoblados; pero ¿si hay una sola casa cercana separada por algunos metros, o hay sembríos de por medio, o si los habitantes de la casa están ausentes, será también un lugar despoblado? Las hipótesis pueden multiplicarse.

3.7.- Para favorecer al delincuente

La agravación en este caso radica en el móvil: se mata para proteger a un delincuente, según la doble posibilidad establecida por la ley: **para que no se lo descubra** si su identidad aún no está determinada, o **para que no se lo detenga**, si esa identidad ha sido ya establecida.

Del enunciado del Código se desprende con claridad que este caso requiere de la presencia de dos personas: un delincuente (aunque esta calidad no haya sido establecida por sentencia, pero el delito, cualquier delito, debe haberse cometido ya) y el homicida que mata para protegerle.

El mismo numeral del Art. 450 señala que esta circunstancia no operará respecto al ascendiente, descendiente, cónyuge o hermano que mate para favorecer al delincuente vinculado por uno de estos parentescos. Aunque habrá de todas maneras un homicidio simple, éste es un caso más en que el legislador considera las relaciones parentales como un factor de especial benignidad.

3.8.- En conexión con otro delito

Este es el último caso establecido en el Art. 450 y, a diferencia del anterior, aquí es la misma persona la que comete el homicidio en conexión con el otro delito, cualquiera que éste sea.

El Código puntualiza en este caso nada menos que siete posibilidades de conexión. Pues será asesinato el homicidio cometido:

- para preparar otro delito;

- para facilitar oto delito;

- para consumar otro delito;

- para ocultar otro delito;

- para asegurar los resultados de otro delito;

- para asegurar la impunidad en otro delito;

- por despecho, al no haber obtenido los resultados que se propuso el autor al intentar otro delito.

De las siete posibilidades, en las tres primeras es indiferente que el otro delito haya sido finalmente cometido o no. En las tres siguientes, el otro delito sí debe haberse cometido y el homicidio es posterior. En la última, el delito debe haberse intentado, pero no consumado y ésa es precisamente la causa del homicidio.

De las diferentes cuestiones que este numeral plantea, examinemos dos principales:

- ¿Este es un delito complejo, pues el asesinato absorbería al otro delito? ¿O hay, más bien, dos delitos: el asesinato y el otro? Nos inclinamos por esta segunda fórmula: concurso de dos delitos, pues las siete situaciones planteadas son muy diversas (en unos casos el delito se consumó, en otros sólo hubo tentativa o un acto preparatorio) y no sería justo considerarlas de la misma manera. Por otra parte el otro delito puede ser de muy diversa gravedad y su absorción por el asesinato sería así mismo injusta. Parece más lógico que en cada caso se establezca un concurso entre el asesinato y el otro delito cometido o intentado.

- ¿Cómo distinguir este caso de los delitos complejos con resultado de muerte, establecidos en la parte especial? Tales son los casos de robo con muerte del Art. 552, de violación con muerte del Art. 514, del plagio con muerte del Art. 189, etc.

La distinción tendrá que hacerse a base del elemento intencional. Así, por ejemplo, en un caso de robo: si el sujeto activo se propuso robar y para preparar o facilitar tal delito, o inclusive a último momento para poderlo consumar, mató intencionalmente, el delito será asesinato en concurso de robo, según hemos dicho anteriormente. En cambio si el sujeto activo quiso robar y para robar empleó violencias que causaron la muerte de la víctima, pero sin querer matar de una manera directa, la norma aplicable será la del Art. 552, es decir será un robo con resultado de muerte. El mismo análisis habrá que hacer en las otras situaciones planteadas por las figuras complejas.

3.9.- Con odio o desprecio

La reforma de marzo de 2009, que creó los delitos de odio, agregó un numeral al Art. 450: Habrá asesinato cuando el homicidio ha sido cometido con odio o desprecio en razón de raza, religión, origen nacional o étnico, orientación o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad de la víctima. Como se ve, la agravación se fundamenta en la motivación, especialmente reprochable, del sujeto activo.

En los casos que puedan producirse deberá diferenciarse este caso de la violencia motivada por odio, que produce la muerte de una persona, ya prevista en la misma reforma. Habrá que entender, como en los casos similares, que el asesinato exige la intención directa de matar, mientras que en las violencias que producen la muerte, la intención se refiere exclusivamente al empleo de tales violencias.

3.10.- Por la calidad del sujeto pasivo

Un nuevo numeral se agregó al Art. 450 mediante la ley reformatoria de marzo de 2010. El Art. 2 de esta ley determina que será asesinato el homicidio cometido en contra de miembros de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, fiscales o jueces de garantías penales. Se trata del único caso en que la agravación se produce por una calidad personal del sujeto pasivo, relacionada fundamentalmente con la persecución del delito (caso en el que no están, por cierto, los miembros de las Fuerzas Armadas).

La reforma añade que la agravación se producirá si el homicidio se produce "en el desempeño de sus funciones". Esta frase debe entenderse que el homicidio se cometió por un motivo relacionado con las funciones que cumplía la víctima y no por ninguna otra causa.

3.11.- Presunción de coautoría

En relación con el noveno caso del Art. 450, al Art. 451 contiene una regla de especial importancia por su frecuente aplicación judicial. En ella se prescinde del principio general sobre la culpabilidad y se establece una presunción legal de culpabilidad que invierte la carga de la prueba en un punto extremadamente complejo.

Esta norma contiene los siguientes elementos:

1) Varias personas participan en un robo o en cualquier otro delito;

2) Con motivo u ocasión de este otro delito se comete un asesinato, es decir un homicidio intencional que, precisamente por su conexión con ese otro delito, es un

asesinato;

3) Probada la participación en el primer delito, se presume que todos los partícipes son también responsables del asesinato.

Sin embargo esta responsabilidad puede desvirtuarse si se logra probar cuál de los partícipes cometió el asesinato y que los demás no tuvieron parte en él, ni pudieron remediarlo o impedirlo; es decir no participaron ni con acciones ni con omisiones.

La razón de la presunción radica en las dificultades probatorias que pueden darse en casos como éstos y que podrían determinar que el asesinato quedase impune. Para evitarlo, la ley extiende la culpabilidad del otro delito al asesinato, aceptando que si alguno de los partícipes nada tuvo que ver en el asesinato, quede exento de responsabilidad por este segundo hecho; pero si no lo puede probar, respondería de él. Este es otro caso de delitos con responsabilidad objetiva que perduran en el Código.

3.12.- El homicidio piadoso

El llamado homicidio piadoso se produce cuando se da muerte a una persona que sufre una enfermedad incurable y terminal, con una agonía y extremadamente dolorosa, o sobrevive luego de un accidente en condiciones de incapacidad casi absoluta. En tal situación, un tercero, a petición de la persona, apela a un medio mortal para abreviar los sufrimientos o las incapacidades que sufre la persona. Este caso de eutanasia (etimológicamente: muerte buena), a la que se califica de activa, en los últimos años y ante casos especialmente dramáticos, ha sido debatido mundialmente con opiniones enfrentadas, sostenidas con argumentos no solo jurídicos, sino filosóficos, religiosos, éticos y científicos.

En general, como ya se señaló anteriormente, la posición de la doctrina es que la vida no es un bien jurídico disponible por su titular y, por tanto, el consentimiento de la persona a la que se da muerte, no legitima la conducta del sujeto activo, que seguiría considerándose como un acto antijurídico. Sin embargo algunas legislaciones han previsto la situación, tratándolo como un caso especial, en que el reproche legal podría sufrir una considerable atenuación, que hasta podría llegar al pleno perdón judicial. Igual criterio ha seguido en algunos casos la jurisprudencia de algunos países.

Más acuerdos existen en cuanto a la eutanasia pasiva (cuando se suspenden u omiten medios extraordinarios que podrían prolongar, casi artificialmente, la vida de un enfermo, que pide que se le deje morir). Aunque técnicamente se podría hablar de un homicidio por omisión, hay cada vez más una tendencia a respetar el derecho de la persona a tener una muerte digna. E inclusive a presumir su consentimiento en aquellos casos en que no está en capacidad de manifestar su voluntad.

El Código ecuatoriano no prevé norma alguna al respecto. Este tipo de homicidio se calificaría como un homicidio doloso que, por la circunstancias de su ejecución inclusive podría ser considerado como un asesinato. Quizá, y aun esto quedaría en duda, podría entenderse que al caso sería aplicable la circunstancia atenuante prevista en el numeral noveno del Art. 29: *"Obrar impulsado por motivos de particular valor moral o social"*.

4.- El parricidio

4.1.- Denominación

Bajo el nombre de parricidio, la doctrina identifica el homicidio de personas íntimamente vinculadas con el sujeto activo. Si bien etimológicamente el delito sería únicamente la **muerte del padre**, este término se ha extendido a otros homicidios: de ascendientes en general, de descendientes, etc. Algunos autores, para evitar posibles confusiones semánticas, utilizan una doble denominación: parricidio propio, la muerte del padre; parricidio impropio, la muerte de otras personas vinculadas.

Se trata, por tanto, en nuestro Código, como ocurre con el asesinato, de un delito autónomo, y no de un homicidio calificado, como se prevé en otras legislaciones.

4.2.- Bien jurídico

Todas las figuras de homicidio se han establecido obviamente para proteger el bien jurídico **vida**; pero, en este caso, a este bien jurídico general y fundamental, el legislador ha agregado una consideración especial que agrava la conducta: el atentado contra la vida ha sido cometido por una persona especialmente encargada, por el propio orden jurídico y por la moral, de cuidar, proteger, amparar y respetar a la víctima. Esta función de garantía atropellada por el sujeto activo es el fundamento para que este delito haya sido estimado en todos los tiempos como uno de los más graves, merecedor de las máximas penas establecidas en los correspondientes ordenamientos penales.

4.3.- Tipicidad

La tipicidad del parricidio (Art.452) se integra con los siguientes elementos:

Núcleo: matar;

Vínculo entre el sujeto activo y el pasivo: de parentesco en los grados determinados en la ley y de matrimonio;

Elemento subjetivo: a sabiendas y voluntariamente.

Analicemos uno por uno estos elementos.

4.3.1.- Núcleo

El núcleo del parricidio es el mismo del homicidio y de los demás delitos contra la vida. En este punto simplemente hay que remitirse a lo que se dijo anteriormente al respecto.

4.3.2.- Vínculo

Indudablemente el vínculo entre el sujeto activo y el pasivo es el elemento que caracteriza al parricidio y le confiere su especial gravedad. Ahora bien, según el Código ecuatoriano, este vínculo puede ser de dos clases: de parentesco y de matrimonio.

a) **Vínculo de parentesco:** Luego de las reformas de julio de 1998, este vínculo comprende a los ascendientes o descendientes en cualquier grado y a los hermanos. Es decir, para que haya la figura agravada, el legislador ha escogido únicamente el parentesco por consanguinidad: en línea recta y sin límites; y en segundo grado en línea colateral. Se excluyen, por lo tanto, todo otro parentesco colateral y todo parentesco por afinidad, que otros códigos suelen incluir. En este punto se advierte con claridad que el legislador ecuatoriano prefirió una forma restringida del delito al escoger sólo a los más íntimos parientes dentro de esta causa de agravación.

Se ha discutido si habría parricidio en el caso de **padres e hijos adoptivos**. Al no haber una expresa disposición del Código Penal, y dado el carácter restrictivo de las leyes penales, la respuesta sería negativa.

Sin embargo el Código de la Niñez y de la Adolescencia, al regular la adopción (Art. 152), señala que ésta se dará en régimen pleno, conforme al cual se establecen entre adoptantes y adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación entre padres e hijos. Jurídicamente, se agrega, el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo. Por otra parte, la adopción extingue el parentesco entre el adoptado y los miembros de su familia de origen. Esta asimilación podría llevar a sostener que con la adopción se crea un vínculo de naturaleza similar al consanguíneo. Hace falta, sin duda, una aclaración expresa del legislador.

b) **Vínculo de matrimonio:** El Código determina que la agravación también se produce si el cónyuge mata al otro cónyuge. Hace falta que los sujetos, activo y pasivo, estén vinculados por matrimonio y cualquier duda tendrá que resolverse a la luz de este cuestionamiento: ¿había o no matrimonio en el momento del delito? Para el legislador predomina el vínculo establecido jurídicamente, por sobre cualquier otra consideración.

Por esta razón no están comprendidas en el caso las personas que sólo mantengan una unión de hecho legalmente comprobada o mantengan una relación de pareja. Tampoco las personas cuyo matrimonio ha quedado disuelto por divorcio, o por declaración de muerte presunta, o si se ha dictaminado judicialmente la nulidad del mismo. El caso que no quedaría claramente definido es el del matrimonio anulable, vale decir aquel que, en el momento en que uno de los cónyuges mató al otro, estaba afectado por una causa de nulidad, no admitida todavía judicialmente. Hay que tomar en cuenta que, conforme a la ley, disuelto el matrimonio ya no podría iniciarse la acción de nulidad.

En cuanto a la prueba del vínculo de parentesco, en las situaciones señaladas, la armonía jurídica exige que la prueba sea la determinada por la ley civil y no otra, aunque a veces se ha discutido si dada la naturaleza del Derecho penal podrían admitirse pruebas en contra de las partidas formalmente expedidas por el Registro Civil.

4.4.- Elemento subjetivo

El Código agrega a lo anterior que la muerte debe ser causada **a sabiendas y voluntariamente**. Esta frase tiene un sentido bastante claro: el sujeto activo debe conocer la existencia del vínculo y con ese conocimiento debe querer matar.

Matar a conciencia y voluntariamente quiere decir, en el lenguaje del Código, matar **dolosamente**; y ésta es la evidente conclusión que de aquí se desprende: el parricidio sólo puede ser un delito doloso y, en consonancia con los criterios generales del Código, cometido con dolo directo.

No hay parricidio culposo ni parricidio preterintencional. Si en algún caso el hijo causare la muerte del padre por falta de cuidado o precaución, o le causare dolosamente lesiones que producen su muerte, estaríamos en casos de homicidio culposo o preterintencional, respectivamente.

También se concluye de esta frase que los casos de error de golpe o de error de persona favorecerán a quien los tuvo. Supongamos que A quiere matar a su padre, pero equivocadamente mata a otra persona: respondería únicamente por homicidio al faltar el vínculo. Al contrario, si A desea matar a un extraño, pero por error mata a su padre: también respondería solamente por homicidio, al faltar el elemento subjetivo al que nos estamos refiriendo.

4.5.- Comunicabilidad del vínculo

Este uno de los problemas más arduos y discutidos en el parricidio. La situación se plantea cuando en un parricidio participan extraños, es decir, son coautores o cómplices personas no vinculadas conforme lo exige la ley. ¿De qué deben responder tales extraños? Ya que carecen del vínculo, podría sostenerse que solamente de homicidio; pero hay autores que sostienen que el vínculo se les comunicaría y que, por lo tanto, deben responder de parricidio.

La solución al problema radica en la consideración que se haga del vínculo como circunstancia comunicable o no. Si se califica al vínculo como circunstancia personalísima, habría que concluir que es incomunicable. Pero si se considera al vínculo como una circunstancia que el legislador ha incorporado al tipo legal como elemento de la tipicidad, y que por ello se ha materializado, habría que concluir que sí es comunicable. Pero en este caso habría el requisito de que el partícipe conozca de la existencia de tal circunstancia.

En el Código ecuatoriano nos inclinamos por la segunda alternativa. El legislador ha tipificado el parricidio como un delito autónomo, con entidad distinta a la del homicidio simple, aunque parte de esta figura básica. Y el vínculo es un elemento característico de la tipicidad de este delito.

De todos modos éste es un punto sobre el cual siempre se producirán discusiones, pues las dos posiciones se apoyan en elementos razonables. Y aún más, podrían hacerse otras distinciones, según el papel desempeñado por el extraño: autor material, autor intelectual, instigador, cómplice o encubridor .

4.6.- Punibilidad

El parricidio es uno de los delitos que tradicionalmente ha merecido las penas más altas. En el Ecuador cuando existía pena de muerte, era uno de los delitos que podía ser sancionado con ella. Actualmente se sanciona con dieciséis a veinticinco años de reclusión mayor especial.

En este punto simplemente habrá que notar que no hace falta para la existencia del delito la concurrencia de ninguna de las circunstancias agravantes del Art. 450. De tal manera que si alguna de estas circunstancias concurriera con el parricidio, tendría que ser considerada como agravante general, con lo cual se anularía el efecto de toda posible rebaja por la existencia de circunstancias atenuantes. Este sería el caso, por ejemplo, de un parricidio con alevosía o con ensañamiento, etc.

5.- El infanticidio por causa de honor

5.1.- Bien jurídico

Siendo ésta también una figura derivada del homicidio, la vida es el bien jurídico tutelado; pero en este caso se prevé una situación excepcional, que ha producido una gran controversia sobre el mantenimiento de este delito dentro de los códigos. Efectivamente, al considerar la ley que esta figura es un homicidio atenuado, debe entenderse que la protección penal de la vida sufre un menoscabo. Por supuesto que no se produce una eliminación de la punibilidad, pero sí una especial benignidad, siempre que la muerte se deba a motivos de honor.

Este motivo, que es el fundamental en el caso, ha sido severamente criticado. ¿Cabe mantener en los códigos, se preguntan muchos, este tipo de motivaciones, que quizás eran entendibles en viejas sociedades con conceptos arcaicos del honor, relacionados directamente con la conducta sexual, conforme a los cuales una mujer podía llegar a matar a su hijo para mantener incólume su reputación?

Como se ve el asunto es complejo y controversial. Atendiendo a la actual situación de nuestra sociedad urbana, podría afirmarse que la razón de honor ha dejado de tener una verdadera importancia social; pero, a lo mejor, todavía en las zonas rurales del país, podríamos encontrar casos en que subsisten esquemas sociales y prejuicios que hicieron surgir y mantenerse figuras penales como ésta.

5.2.- Tipicidad

Los elementos de la tipicidad de este delito según el Código ecuatoriano (Art. 453) son los siguientes:

Núcleo: matar;

Sujeto activo: la madre o los abuelos maternos;

Sujeto pasivo: un niño recién nacido;

Elemento subjetivo: para ocultar la deshonra.

5.2.1. Núcleo

Es el mismo de todos los tipos de homicidio y por lo tanto a este delito resulta aplicable lo dicho previamente sobre este punto. Será especialmente significativo el caso de comisión por omisión.

Hay que recalcar también la importancia que tiene en este delito la pericia médico?legal para establecer fundamentalmente estas cuestiones: las causas y el momento de la muerte y la condición del niño, fundamentales para la existencia del delito, y para distinguirlo de los casos de aborto.

5.2.2.- Sujeto activo

Como ya se dijo, la razón de ser de esta figura privilegiada es la especial consideración que la ley hace del honor. Y bajo esta óptica, el motivo de honor sólo puede darse para la mujer deshonrada que trata de ocultar el hecho de su deshonra y, por extensión, para los padres de esta mujer. Si el sujeto activo fuese cualquier otra persona, inclusive el padre, se eliminaría la especial benignidad penal.

5.2.3.- Sujeto pasivo

Un niño recién nacido, dice textualmente el Código. La frase plantea algunos interrogantes sobre su exacta interpretación: ¿desde cuándo y hasta cuándo puede entenderse que el sujeto pasivo cumple las condiciones determinadas por la ley?

En cuanto a lo primero lo hemos discutido anteriormente: el delito dejará de ser aborto y será homicidio en cualquiera de sus formas, incluida ésta, cuando el sujeto pasivo sea legalmente persona, esto es, cuando tenga una vida autónoma, independiente.

En cuanto a lo segundo, la cuestión se contrae a determinar hasta qué momento puede entenderse que un niño es "recién nacido". Algunos códigos señalan plazos fijos: cuarenta y ocho horas, tres días, etc. Otros hacen referencia más bien a las alteraciones que puede sufrir la mujer en el estado puerperal. El nuestro deja al juez la determinación en cada caso, sin darle una regla absoluta. Esta discrecionalidad debe relacionarse con la clandestinidad del embarazo y del parto. Quizás esté ahí la clave para entender la frase: será recién nacido mientras subsista la razón de ser del delito: el ocultamiento; pero si el hecho del parto se ha vuelto público o si el niño ya es conocido por otras personas, dejaría de ser recién nacido para efectos de este artículo de la ley y sería pura y simplemente sujeto pasivo de homicidio.

5.3.- Elemento subjetivo

Este sí es, sin discusión para todas las escuelas penales, un elemento subjetivo de la tipicidad, que se refiere al móvil del delito, al propósito concreto que llevó al sujeto activo a la comisión del mismo, de tal manera que si este elemento objetivo no existiera, el delito sería un parricidio.

Como en todo elemento subjetivo, el aspecto probatorio es complejo: ¿cómo determinar que la mujer efectivamente mató a su hijo recién nacido para ocultar la deshonra y no por otro motivo? El juez, para apreciar la existencia o ausencia del motivo, a pesar de la relatividad de la cuestión, podrá considerar los siguientes aspectos:

- Que la mujer tenga honor que defender, entendiendo este concepto en atención a la edad, estado civil, conducta anterior, educación, medio social en que la mujer ha desenvuelto su vida;

- Que el embarazo sea consecuencia de una relación sexual extraconyugal;

- Que tanto la relación sexual, como el embarazo y el parto se hayan mantenido ocultos.

Si estos hechos se reúnen, el juez podrá considerar como válida la argumentación de que el elemento subjetivo realmente existió

La existencia de este elemento subjetivo, que establece un propósito concreto en el acto homicida de la madre o de los abuelos del niño recién nacido, determina que necesariamente este delito sea doloso, es decir, tiene que haber la intención directa de dar la muerte. Esto significa, por supuesto, que si faltare el elemento subjetivo específico, habrá que aplicar las reglas generales que anteriormente se han expuesto: el delito será parricidio, homicidio culposo o preterintencional, según el caso.

5.4.- Comunicabilidad

Al igual que en el parricidio, es muy discutida la situación del extraño que, sin estar comprendido en los casos establecidos en el Art. 453, participare en este delito. ¿Responderá por homicidio o asesinato, o se beneficiará también del privilegio que establece la ley? Creemos que la solución es la misma del parricidio: se beneficiará del privilegio si conocía el motivo que dirigió la conducta de la madre; de lo contrario responderá por la muerte sin atenuantes.

6.- El homicidio en riña

6.1.- Naturaleza de la figura

El Art. 461 regula una situación especial: la del homicidio que se haya producido como consecuencia de una riña tumultuaria. Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de esta figura, que los códigos incluyen entre los artículos que se refieren al homicidio y a sus distintas formas; como hay también la figura paralela de las lesiones en riña (Art. 470).

Esta ha sido una figura tradicional, pero su naturaleza nunca ha quedado bien esclarecida: ¿Se trata de un tipo calificado de homicidio, con una tipicidad específica? ¿O se trata más bien de un régimen legal especial ante un problema probatorio muy complejo: determinar quién causó la muerte de una persona, en medio de una riña en la que han intervenido varias personas? La doctrina se inclina preferentemente por considerarla una simple fórmula legal para superar la dificultad probatoria.

6.2.- Elementos de la figura

Ahora bien, para que esta fórmula legal sea aplicable, deben concurrir determinados elementos:

- **La existencia de una riña**, en la que hayan tomado parte al menos tres personas, debiendo entenderse por riña el acometimiento recíproco, que surge de una manera más o menos espontánea entre varias personas, armadas o no. La participación de al menos tres personas es fundamental para la aplicación de la figura, pues si en una riña intervienen sólo dos sujetos y uno de ellos muere, es indudable la responsabilidad del sobreviviente.

Nuestro Código añade, luego de la palabra riña, la palabra agresión. El término, que no lo utilizan otros códigos, produce una grave confusión, puesto que permitiría en un momento dado que situaciones clarísimas de homicidio doloso, en que la responsabilidad compartida de varias personas confabuladas es perfectamente clara, puedan quedar comprendidas en esta figura (Véase, por ejemplo, la forma en que la Corte Suprema aplicó este artículo en la sentencia publicada en la Gaceta Judicial, Serie XV, No. 14).

- **Que haya resultado una muerte**, a consecuencia de la riña. Importa, pues, el resultado muerte, aun cuando no sea posible determinar si se produjo intencional o preterintencionalmente.

- **Imposibilidad de probar quienes causaron tal muerte.** Esta es, precisamente, la razón de ser de la fórmula legal, la que explica la posición del legislador en cuanto al especial tratamiento que se da al homicidio en estos casos, en que, por la confusión propia de los hechos, es difícil comprobar la actuación individual de cada uno de los partícipes en la riña.

Establecidas estas condiciones, el Código determina que:

- **Se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencias sobre el ofendido.** Esta es la solución del Código: una presunción de autoría, que se aparta de las reglas generales en que debería probarse la responsabilidad individual de todos los involucrados y establece más bien una especie de culpabilidad objetiva. Por supuesto esta regla significa que se excluirá de esta presunción a los que sólo intervinieron verbalmente, o que intervinieron en defensa del ofendido, o para que cesara la riña. Aunque la regla pretende solucionar un intrincado problema probatorio, en realidad plantea otro: ¿quiénes fueron los que ejercieron violencias sobre el ofendido? Sólo quienes estuvieren comprendidos dentro de ese caso serán considerados como coautores.

- **Se les sancionará con una pena relativamente leve**, en relación a la pena del homicidio simple y aun a la del preterintencional. La pena aplicable en este caso es leve (1 a 5 años de prisión). La ley atenúa la responsabilidad de los sancionados por considerar que entre ellos puede haber casos muy diferentes, desde aquellos que ejercieron deliberadamente violencias mortales hasta aquellos otros que solamente ejercieron violencias leves. Todos sin embargo deben recibir la misma sanción. Por eso algunos autores consideran que los códigos en estos casos sancionan como cómplices correspectivos unos de otros, a todos los que participaron en la riña.

7.- El auxilio al suicidio

7.1.- Singularidad de este delito

Esta figura penal parte de una doble consideración. La primera es que el suicidio como tal no es delito; tanto porque sería inútil pretender sancionar el delito consumado, como también porque el legislador considera poco conveniente y técnicamente discutible sancionar al autor de tentativa de suicidio, pues se estaría confundiendo en la misma persona al sujeto activo y al pasivo del delito.

La segunda consideración es que, de todos modos, el suicidio es una conducta antijurídica y, aunque no se sanciona al suicida, sí se puede y debe sancionar al que lo ayuda.

En vista de estas dos consideraciones, los códigos han escogido una fórmula sui géneris: crear una figura autónoma de auxilio al suicidio, para evitar la incongruencia que se produciría si se sancionara al que coopera en la acción de otro que, por su parte, no recibe sanción alguna.

El Código ecuatoriano siguiendo claramente esta tendencia incluye este delito en el Art. 454, dentro de los delitos contra la vida de las personas, estableciendo por tanto que también en este caso el bien jurídico protegido es la vida.

7.2.- Tipicidad

La tipicidad de este delito consta de los siguientes elementos:

Núcleo: instigar o prestar auxilio al suicida;

Condición objetiva: que el suicidio se hubiese tentado o consumado.

7.2.1.- Núcleo

La doble alternativa que establece el Código se relaciona con las dos modalidades específicas que el delito puede adoptar. La primera alternativa se refiere al convencimiento intelectual o moral que una persona ejerce sobre otra respecto a la decisión de suicidarse. La segunda, en cambio, consiste en una ayuda material,

proporcionando al suicida, facilidades, medios o instrumentos para que se suicide.

Habría que clarificar dos posibles situaciones:

a) Forzar a una persona a suicidarse o engañarla para que se suicide. Aunque la situación probatoria sería difícil, el caso no se acomodaría a este delito; sería más bien un homicidio, para obtener el cual se han empleado medios morales o psíquicos;

b) Mantener pasividad ante el suicidio de otro. Este caso no se acomoda a la tipicidad exigida por el Código. La pasividad, la omisión, no sería punible.

7.2.2.- Condición objetiva

El Código establece que la conducta de instigación o auxilio sólo será punible en el caso de que el suicidio se hubiese consumado o al menos tentado. Si no sucede tal cosa, quedaría sin sanción. Esta condición cumple en la tipicidad el mismo papel que cualquier otra condición objetiva de punibilidad (que se genera fuera del sujeto activo); pero, en todo caso, es indispensable para que haya sanción.

7.3.- Elemento subjetivo

La naturaleza de los actos tipificados es tal que el delito sólo admite una forma dolosa. Instigar o prestar auxilio requieren en el sujeto activo la clara intención de colaborar en el suicidio de otro. No cabe por lo tanto una posible modalidad culposa de este delito, aunque pudieran eventualmente darse casos de esta naturaleza: imprudentemente se presta un arma al suicida, o se la deja negligentemente a su alcance.

Las observaciones hechas sobre el homicidio piadoso son pertinentes cuando se trata de un caso en que el suicida es ayudado por un tercero por idénticas razones de piedad. Pero tampoco la ley prevé nada al respecto, por lo cual el delito quedaría en pie y solo eventualmente podría apelarse a la existencia de una circunstancia atenuante.

7.4.- Punibilidad

El Código establece para este delito la pena de uno a cuatro años de prisión.

8.- El aborto

El aborto es, en los actuales momentos, uno de los delitos que más controversias provoca en el ámbito penal. Estas comienzan respecto a su mantenimiento o eliminación como conducta delictiva, a la determinación del bien jurídico tutelado, al establecimiento de situaciones amplias o restrictivas de no punibilidad e, inclusive, a la exacta definición de lo que constituye el aborto como delito.

Por supuesto que estas discusiones rebasan el ámbito jurídico e incluyen sobre todo argumentos de orden moral y religioso. Pero también han entrado en el análisis consideraciones sociales, pues es indudable que en los últimos tiempos el aborto, a

pesar de ser cometido con frecuencia, se ha convertido en un delito impune. Tanto más que en la práctica ha derivado en una forma de discriminación, que afecta a las mujeres de menor capacidad económica.

El panorama actual de las legislaciones es muy variado. En algunos casos, ha habido una amplia liberalidad legislativa, que se refleja en el establecimiento de varios tipos de **indicaciones** de abortos no punibles, inclusive en países (como España, Italia o Portugal) de acendrada tradición religiosa. Sin embargo en la mayoría de los países, se conserva en sus códigos sanciones para esta conducta, al menos en ciertos casos.

Por su parte, el Código ecuatoriano se refiere a este delito en los Arts. 441 a 447 y establece dos situaciones (o indicaciones) de no puniblidad, que se examinarán luego.

8.1.- Bien jurídico

¿Cuál es el bien jurídico protegido al tipificarse el delito de aborto? La tradición jurídica más antigua afirmaba que se protege la vida, por lo cual el aborto se equiparaba con el homicidio. A partir del Derecho Penal clásico, se produce una distinción, determinando que el aborto era un atentado contra el derecho del ser en gestación de llegar a ser persona (spes hóminis), por lo cual el delito, siendo grave, no tenía la misma significación que el homicidio.

No faltan sin embargo posiciones según las cuales la protección penal estaría relacionada no solamente con la vida, sino también con la salud y el derecho de la mujer a tener su hijo, con el orden de la familia e, inclusive, con los intereses demográficos del estado. De hecho en los códigos, el delito suele estar ubicado en títulos y capítulos muy diferentes.

Naturalmente, cada una de estas posiciones trae consecuencias muy importantes en cuanto al alcance de la conducta delictiva y, especialmente, sobre la posibilidad de no considerar delictivas ciertas situaciones. Si, por ejemplo, lo que se protege primariamente es el derecho de la mujer, ésta será quien pueda decidir continuar o no el embarazo. Si se trata del interés demográfico del estado, éste decidirá si la población deba aumentarse o restringirse, etc.

Nuestro Código ubica el delito entre aquellos que atentan contra la vida de las personas; y esta ubicación revela cuál es, en la mente del legislador, el bien jurídico protegido: la vida del ser que está por nacer.

Cabe indicar también, en este punto, que en el ámbito penal interesa tan sólo el **aborto provocado**, es decir el causado por intervención humana, y no el **aborto espontáneo**, producido por causas traumáticas, patológicas, orgánicas, exógenas o endógenas de la mujer, pero sin la intención de causar tal aborto.

8.2.- Tipicidad del aborto

El Código no define lo que es el aborto ni establece cuáles son los elementos de su tipicidad. Simplemente dice que el aborto se sancionará con tales penas en tales casos.

Hace falta pues, doctrinalmente, determinar en qué consiste la conducta que merece sanción penal.

Es obvio que la palabra aborto se conceptualiza básicamente en el campo médico, pues es un término propio de esa ciencia y se refiere a una cuestión de indudable contenido médico; pero es muy dudoso que el concepto médico pueda ser trasladado sin más al campo penal. En efecto, en medicina, aborto es la interrupción del embarazo con expulsión del feto, antes de que éste sea viable, es decir antes de que pueda sobrevivir extrauterinamente. Hay en este concepto elementos que, de aplicarse automáticamente, resultan inconvenientes desde el punto de vista penal. En primer término, no establece distinción entre el aborto espontáneo y el provocado, pone el énfasis en la interrupción del embarazo y en la consiguiente expulsión del feto, como fenómeno central; y por último, incluye una referencia a la no viabilidad, pues si la hubiera, más que frente a un aborto se estaría en el caso de un parto prematuro.

Todos estos puntos plantean problemas en materia penal. En este orden interesa, primero, que el aborto sea provocado; segundo, el punto clave consiste en la **muerte** del ser, antes que en la interrupción del embarazo, por lo cual, en rigor, resulta irrelevante la expulsión del feto. Aun esta palabra puede dar lugar a situaciones inadmisibles en el orden penal, pues su utilización podría significar la limitación del aborto solo a ciertas etapas del embarazo, en que rigurosamente se puede hablar de feto, y no a todo el proceso de embarazo. Tampoco es relevante en materia penal la viabilidad, concepto inaplicable dentro de un procedimiento manejado por una voluntad directamente dirigida a quitar la vida a un ser, tenga o no por su desarrollo la capacidad de sobrevivir extrauterinamente.

No se olvide, por otra parte, que la protección a la vida en materia penal está confiada solamente a dos figuras: aborto y homicidio. Habrá aborto, cuando el sujeto pasivo no es todavía persona; y homicidio, cuando ya lo es, según se ha visto anteriormente. Esta delimitación lleva a la conclusión de que, en el campo penal, se llame aborto un proceso que, desde el punto de vista médico, pudiera no serlo. Por eso sería preferible que la ley dé su propio concepto y, para evitar tales discusiones, tal vez ni siquiera utilice la palabra aborto. Tengamos en cuenta que en cuestiones penales no importa tanto la denominación que se dé a un delito, sino la descripción que haga la ley de la conducta tipificada.

8.3.- Elementos de la tipicidad

Con estos antecedentes podríamos definir el aborto penalmente como el acto de **causar la muerte del producto de la concepción que aún no es persona.**

Los elementos de la tipicidad así establecida serían los siguientes:

Núcleo: causar la muerte;

Medios: cualesquiera;

Sujeto pasivo: el producto de la concepción que aún no es persona;

Sujeto activo: cualquier persona.

En cuanto al núcleo, es claro que la muerte es el resultado característico del delito de aborto, ya sea que se produzca la muerte del ser en el interior del útero, ya al ser expulsado.

En cuanto a los medios, lo fundamental es señalar que puede ser cualquiera con tal que sea idóneo para producir la muerte del ser en gestación. Aunque el Código (Art. 441) enumera algunos: alimentos, bebidas, medicamentos y violencias, éstos solamente son ejemplificativos. Cualquier medio, si es idóneo para el fin propuesto, es suficiente para determinar la existencia del delito. Corresponde a la medicina legal el estudio detallado de este tema de enorme trascendencia.

Por su parte, el Código de Procedimiento Penal (Art. 103) hace especial referencia al informe pericial y a los aspectos que debe comprender, refiriéndose de modo especial a "la expulsión o destrucción violenta del feto", como prueba material de este delito y al hecho de haber sido provocado.

La precisión que habría que hacer es que la intención de dar muerte debe estar dirigida al ser que está por nacer y no a la mujer. Si, por ejemplo, alguien mata a una mujer embarazada y, como consecuencia casi inevitable, muere también el hijo en gestación, sólo habrá homicidio y no aborto, al no haber existido una intención dirigida a este segundo delito. Claro que si el autor del homicidio buscaba simultáneamente las dos muertes, en esta hipótesis sí habría un concurso entre los delitos. También puede haber el caso, que está previsto por el Código, en que el aborto cause también la muerte de la mujer.

En cuanto al sujeto pasivo parece que la mejor forma de referirse a él es con la frase **producto de la concepción que aún no es persona**. De esta manera la protección de la vida cubre todos los momentos del embarazo hasta el parto, y solamente cuando se produce el nacimiento, el delito pasará a ser un homicidio. Esta frase evita las viejas discusiones respecto a la animación del feto e inclusive la interpretación que pudiera darse a la propia palabra feto. Por otra parte la Ley de Registro Civil, cuando define al nacimiento vivo, hace expresa referencia (Art. 130) al *"producto de la concepción"*.

Respecto al sujeto activo, puede ser cualquier persona. Sin embargo, las dos formas fundamentales del delito se establecen legalmente en conformidad con el sujeto activo de la infracción, como veremos de inmediato.

8.4.- Elemento subjetivo

En varios de los artículos que el Código dedica a este delito (desde el 441 al 447) se emplea los adverbios "intencionalmente" o "voluntariamente", que en el lenguaje del Código equivale a "dolosamente". De esta manera se determina claramente el elemento subjetivo de este delito y se excluye el tipo penal del aborto culposo, que sí está previsto en otras legislaciones.

En cambio sí prevé el Código un tipo de aborto que suele llamarse preterintencional, por

la forma en que se produce el resultado de muerte del ser que está por nacer, conforme se analizará más adelante.

8.5.- Formas de aborto

El Código distingue dos formas básicas de aborto: el **causado intencionalmente por terceros** y el **causado o consentido voluntariamente por la mujer**. Curiosamente en esta última alternativa, el Código prefiere tratar separadamente la responsabilidad de la mujer y del tercero y no considerarlos, como son en realidad, coautores del delito. Trataremos separadamente cada uno de estos casos.

8.5.1.- Aborto causado intencionalmente por terceros

En el tratamiento de esta forma del delito, el Código (Arts. 441, 443 y 445) hace intervenir tres factores que operan como circunstancias agravantes: **la falta de consentimiento de la mujer**, la **profesión médica o sanitaria** del tercero y el **resultado de muerte.** La combinación de estos tres factores produce hasta ocho situaciones distintas, que el Código sanciona con diversidad de penas, desde una mínima de dos a cinco años, para el caso en que no estuvieren presentes ninguno de los tres factores, hasta una máxima de doce a dieciséis años, si se reúnen las tres circunstancias agravantes.

- En el primer caso, el consentimiento que la mujer da al tercero para que realice el aborto, o la falta de este consentimiento, es fundamental para determinar la sanción. La agravación se justifica sin duda, por cuanto a la lesión jurídica básica, contra la vida del ser que está por nacer, se agrega una lesión secundaria contra el derecho de la mujer a proseguir el embarazo y tener su hijo y, adicionalmente, con riesgos para su salud. La falta de consentimiento puede ser total, o puede haber un consentimiento viciado por amenazas, violencia o engaño. En cuanto a la edad, una sentencia de la Corte Suprema (Serie XI, No. 2) ha dicho que puede haber consentimiento válido para este efecto, aunque la mujer que consintió haya sido menor de edad, si ella comprendió el alcance del acto para el cual estaba consintiendo.

- La circunstancia agravante respecto a la profesión médica o sanitaria del tercero (médico, obstetriz, farmacéutico, tocólogo, practicante) se debe al especial disvalor de la conducta de quien está profesionalmente obligado a precautelar la vida y no a lesionarla.

- La tercera agravante: el resultado de muerte de la mujer a causa de los medios empleados para hacerla abortar, provoca especiales problemas, por cuanto el Código excluye toda referencia al elemento subjetivo que pudiera establecerse en relación al resultado de muerte de la mujer. Quedaría fuera del caso la intención directa de matar a la mujer, pues entonces el delito sería homicidio; pero en cambio sí quedarían incluidas posibilidades de dolo eventual, de culpa y aun de caso fortuito. El legislador simplemente dispone que el autor del aborto debe responder por el resultado de muerte por el solo hecho de haber una relación de causalidad entre los medios empleados para el aborto y el resultado de muerte. Con esta disposición el Código se sale de la regla de culpabilidad del Art. 32 (nadie puede ser reprimido por un acto si no lo hubiere

cometido con voluntad y conciencia) y acoge la llamada doctrina del *versare in re ilícita*.

8.5.2.- Aborto causado o consentido voluntariamente por la mujer

El Código (Art. 444) equipara las dos situaciones: la mujer que ha causado su propio aborto y la mujer que ha consentido que un tercero le haga abortar; pero, como decíamos, en este segundo caso trata separadamente la situación de la mujer y le sanciona con una pena ligeramente inferior a la del tercero: prisión de uno a cinco años.

En todo caso, el Código no contempla para el caso de la mujer ninguna agravante especial, sino más bien una circunstancia atenuante: que el aborto haya sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, en cuyo caso la pena será menor todavía: prisión de seis meses a dos años. Para comprobar o no la existencia de este motivo, habrá que estar a las mismas consideraciones señaladas anteriormente para el infanticidio por este misma causa.

8.5.3.- Aborto preterintencional

Como ya se ha señalado, por expresa determinación de la ley, el aborto es un delito doloso; y no se tipifica la posible figura de aborto culposo. En cambio hay en el Código un delito de una estructura un tanto singular: el aborto preterintencional.

Esta denominación ha surgido, en efecto, por la especial estructura del delito tipificado en el primer inciso del Art. 442: el punto de partida de esta figura son las violencias ejecutadas dolosamente sobre la mujer, pero sin intención de causar el aborto, que sin embargo sí se ha producido por causa de tales violencias. Esta situación responde ciertamente al concepto de delito preterintencional previsto en el Art. 14, en cuanto el resultado excede a la intención del sujeto activo.

En cambio el segundo inciso del mismo artículo prevé una situación un tanto distinta: cuando el autor de las violencias actuó premeditadamente o tenía conocimiento del estado de la mujer. Ejecutar las violencias con ese conocimiento, más que a un delito preterintencional, es más propio de un dolo eventual.

8.6.- Abortos no punibles

Los casos de abortos no punibles, o indicaciones de no punibilidad, plantean otro de los temas de mayor controversia jurídica y extra jurídica: ¿debe haberlos o no?; y de admitírselos, ¿cuáles deberían ser esos casos?

Las legislaciones han previsto en esta materia situaciones muy variadas. La más difundida es la del aborto terapéutico, pero también se incluyen en algunos códigos el originado en razones de carácter económico?social, el eugenésico, el ético o sentimental (cuando el embarazo se ha originado en una violación) o el simplemente voluntario, sin necesidad de justificar causa alguna, aunque dentro de determinado tiempo de embarazo.

A partir del Código de 1938, la legislación ecuatoriana (Art. 447) establece dos

indicaciones de no punibilidad, inspirándose en el Código argentino de 1922 (aunque con algunas variantes), que a su vez lo hizo en el proyecto suizo de 1916.

8.6.1.- Aborto terapéutico

Según el Código, este aborto no será punible cuando se reúnen los siguientes requisitos:

- Que sea practicado por un médico, para garantizar el resultado del aborto; pero nada se exige respecto a distinguir a este médico del que hizo la indicación terapéutica, ni se exige que el aborto se practique en una casa asistencial pública, como lo hacen otras legislaciones;

- Que la mujer haya consentido; y si ella no está en condiciones de dar su consentimiento, que lo hayan dado el marido o los familiares íntimos. El Código nada aclara respecto al orden en que se preferirá este consentimiento ni al caso de ausencia de familiares;

- Que el aborto se practique para evitar un peligro para la salud o vida de la mujer. Aquí reside la razón de ser del caso; pero el Código tiene una amplitud excesiva al hablar de un peligro para la salud, sin siquiera calificarlo de grave e irreversible. Tampoco exige nada el Código en cuanto a garantizar la seriedad y fundamentación científica del diagnóstico médico.

- Que el peligro no pueda ser evitado por otro medio distinto al aborto.

De todas las indicaciones de no punibilidad, ésta es la que cuenta con un mayor número de partidarios en el ámbito penal. Pero hay muchas discrepancias en cuanto a su exacta ubicación jurídica. Para algunos autores el caso debería ser considerado como una causa de justificación, concretamente como un estado de necesidad, en que se sacrifica un bien jurídico de menor valor (el derecho a llegar a ser persona) por un bien jurídico más valioso (la vida de una persona), siempre y cuando éste sea el único camino posible. Claro que en nuestra legislación, el estado de necesidad sólo es aplicable cuando se sacrifica un bien material. Para otros autores, el caso debería examinarse desde la esfera de la culpabilidad subjetiva, como una situación extrema en que no es exigible la conducta conforme a derecho. Otros creen finalmente que se trata de una simple excusa absolutoria o perdón legal.

8.6.2.- Aborto eugenésico

Este aborto no será punible cuando se produzca en las siguientes circunstancias:

- Que sea practicado por un médico, por las mismas consideraciones del caso anterior;

- Que el consentimiento lo haya prestado el representante legal de la mujer, en vista de las especiales características que debe tener la mujer para que sea posible este caso;

- Que la mujer sea idiota o demente. Otra vez ley empleas palabras sin un verdadero alcance científico;

- Que el embarazo provenga de una violación o estupro cometido en la mujer. Aunque

el Código habla de estos dos delitos, en realidad sólo sería posible el primero y no el segundo, porque para éste hace falta un consentimiento que una mujer idiota o demente no podría dar, como este mismo artículo lo reconoce. Tampoco se exige, como lo hace el Código argentino, que se haya iniciado una acción penal por el delito.

Son estas dos circunstancias últimas las que le han dado su nombre a esta indicación. El aborto sería impune por cuanto hay posibilidades de que el ser que va a nacer sufra deficiencias mentales y físicas, que le convertirían en una carga social muy grande, y más todavía dada la condición mental de la madre.

En cuanto a la razón jurídico?penal de la exención, la respuesta no es nada clara: ¿una colisión de intereses jurídicos? ¿la vida del que está por nacer debe ser sacrificada frente a un interés social de carácter eugenésico? Este es el punto en cuestión que ha sido seriamente resistido por muchos penalistas. Para éstos no habría sino una excusa absolutoria.

El caso de la mujer normal (no idiota ni demente, según el lenguaje del Código) que haya sido violada no está comprendido dentro de esta especial previsión legal. Por tanto, si la mujer aborta, el aborto sería punible, aunque el embarazo sea consecuencia de tal violación.

9.- Las lesiones

9.1.- Bien jurídico

Tradicionalmente se ha considerado que el bien jurídico tutelado en este capítulo del Código es doble: la **integridad física y la salud**. Por integridad física se ha entendido el número, estructura y correlación de las diversas partes y órganos del cuerpo humano; y por salud, el normal funcionamiento de tales órganos. Estos atributos de la persona son efectivamente los vulnerados por las distintas conductas que constituyen el delito de lesiones.

Sin embargo, la moderna teoría penal se inclina a considerar como bien jurídico propio de este capítulo simplemente a la **salud**, entendiendo este término en un sentido amplio. Así las conductas delictivas de lesiones no sólo afectarán el aspecto **anatómico**, de la persona, es decir su integridad corporal; sino también el aspecto **fisiológico**, en cuanto al normal funcionamiento de sus órganos; el aspecto **psíquico**, por cuanto la conducta delictiva puede acarrear una transformación en la estructura de la personalidad y del comportamiento; el aspecto **estético**, por las deformaciones externas que la persona puede sufrir y afectar su apariencia; e inclusive el aspecto **socio-económico**, por las repercusiones en cuanto a la capacidad de trabajo y a la situación de la persona en su medio social. Una lesión que consista en una mutilación, por ejemplo, podrá tener efectos en varios de los aspectos señalados: significará la pérdida de un órgano, podrá producir un detrimento funcional y estético más o menos grave, traerá consecuencias psicológicas de variada naturaleza y podrá generar una incapacidad transitoria o permanente, o una disminución de la capacidad de trabajo del individuo afectado.

Hace falta, pues, un concepto unitario de salud, no sólo para afrontar una nueva

regulación del delito de lesiones, sino inclusive para una más adecuada interpretación de las normas actualmente vigentes.

9.2.- Tipicidad

Para establecer la tipicidad del delito de lesiones ha habido dos tendencias:

- aquella que considera que el núcleo de la conducta radica fundamentalmente en la utilización de medios de agresión física contra otra persona, las llamadas **vías de hecho**;

- aquella otra que, en cambio, pone especial atención en las **consecuencias dañosas** que sufre la persona por la acción del sujeto activo.

Para la primera tendencia, el delito de lesiones sería formal: acción y resultado se confunden; para la segunda tendencia, que es la preferida por los códigos, el delito sería material: una es la acción y otro es el resultado que esta acción produce.

Aunque nuestro Código parece inclinarse más bien por la segunda fórmula, pues interesaría fundamentalmente el resultado: daños en la salud de la persona, también de una manera expresa el Código determina cuáles son los actos que deben producir ese resultado. Tal formulación legal, que unifica las dos tendencias, tiene el grave inconveniente de dejar lagunas muy grandes, como se verá oportunamente.

En definitiva, nuestro Código tipifica el delito de lesiones de la siguiente manera: **herir, golpear o administrar sustancias nocivas causando enfermedad, incapacidad para el trabajo, pérdida o inutilización de un órgano o mutilación.**

Esta compleja fórmula, a la que podría llamarse el núcleo tipificador del delito, exige tanto una acción concreta por parte del sujeto activo: herir, golpear, administrar sustancias, como también un resultado dañoso en el sujeto pasivo: enfermedad, incapacidad, etc. Esta doble exigencia significa que si faltare uno u otro de estos dos elementos no habrá delito de lesiones.

9.2.1.- Conceptos básicos

Para efectos de apreciar jurídicamente la tipificación hecha por el legislador, hagamos una breve consideración respecto a los conceptos incluidos en la ley:

Herida: Separación de los bordes del revestimiento cutáneo (piel) o de los tejidos muscular u óseo, producida por violencia externa. La medicina legal estudia con detenimiento las distintas formas y apariencias que las heridas pueden tener, el origen de la violencia exterior que las provoque: el empleo de armas cortantes, punzantes, corto?punzantes, armas de fuego, explosiones, quemaduras, etc.

Golpe: Impacto de un objeto duro sobre el cuerpo humano. Así mismo los efectos del golpe pueden variar desde simples escoriaciones o hematomas a lesiones internas de mucha gravedad, como pueden ser los estallidos de vísceras. Los golpes pueden ser propinados de muy diferentes maneras: con partes del cuerpo del sujeto activo, como las manos, los pies, la cabeza, las rodillas; por objetos muy diversos, como piedras, garrotes

u otros y hasta golpeando el cuerpo de la víctima contra el suelo, etc.

Administración de sustancias: Ingestión de cualquier sustancia que tenga aptitud para producir resultados dañosos en la salud de la persona, sin importar la forma en que esa sustancia sea administrada: por vía oral, venosa, muscular, etc.

Enfermedad: Proceso patológico que afecta a un organismo en su funcionalidad, producido por una causa interna o externa.

Incapacidad: Influencia que las perturbaciones funcionales pueden tener sobre la actividad de la persona, ya sea en su actividad habitual, ya sea en cualquier tipo de actividad económico?social.

Órgano: Parte del cuerpo que cumple una función específica.

Mutilación: Cercenamiento de una parte del cuerpo.

9.2.2.- Casos no previstos

Ahora bien, si volvemos al análisis de la tipicidad establecida en el Código e insistimos en la necesidad de que, para que haya tal tipicidad, deben sumarse el empleo de ciertas acciones y un resultado dañoso, el vacío que deja nuestro Código es bastante amplio. Efectivamente, varias situaciones quedarían excluidas por no estar comprendidas en la descripción legal:

- No serían admisibles lesiones **por omisión**, puesto que herir, golpear o administrar sustancias son muy claramente actos positivos, acciones que tienen una evidente manifestación exterior. Y conceptualmente es obvio que sí es posible lesionar por omisión; pero la redacción del Código excluye este caso.

- No se admitirían las posibles lesiones **causadas por medios psíquicos o morales**, pues la ley exige el empleo de medios físicos.

- No habría delito si el daño (enfermedad, incapacidad, etc.) se produce por **un medio distinto** a herir, golpear o administrar sustancias. Tal, por ejemplo, el contagio de enfermedades, dolosa o culposamente realizado por contactos personales u otras formas, salvo que el caso pudiera estar previsto entre los delitos contra la salud pública. También quedaría excluida la administración de radiaciones o la aplicación de energías, que no pueden considerarse como "sustancias".

- Tampoco habría delito de lesiones si los golpes, la administración de sustancias y aun las heridas **no producen los resultados determinados en la ley** (enfermedad, incapacidad, etc.) Así, por ejemplo, no hay lesiones si el resultado es exclusivamente dolor, molestias u otros efectos similares. Tal vez en algunos casos el delito podría ser de injurias, si hubiere habido intención injuriosa (Art. 490, numeral 4) o contravención de cuarta clase (Art. 607, numeral 10).

9.2.3- Sujetos del delito

El Código no establece condición o calidad alguna para el sujeto activo ni para el sujeto

pasivo de lesiones: "**El que** hiriere o golpeare **a otro**..." Esto quiere decir que cualquier persona puede ser sujeto activo o pasivo de este delito. Está excluida, eso sí, la posibilidad de que sea la misma persona la que reúna las dos condiciones; es decir si alguien se autolesiona no habría delito.

Tampoco existe el delito cuando los actos de una persona están destinados a lesionar al feto, conducta que teórica y legalmente es posible (hay Códigos que la prevén); pero que no está tipificada en la ley ecuatoriana.

9.3.- Antijuridicidad

El delito de lesiones plantea algunas situaciones muy características respecto a la antijuridicidad y su posible eliminación por la existencia de causas de justificación.

Lesiones por razones médicas o en actos de deporte

Aquí sí (y no en el caso de muerte producida en estas situaciones, como ya se estudió anteriormente) podemos hablar de una causa de justificación que elimina totalmente la antijuridicidad de la conducta. Razones terapéuticas (un verdadero estado de necesidad), por un lado, y la política estatal de fomento del deporte, por otro, vuelven legítimas las actividades médica y deportiva. Por lo tanto, si en el ejercicio legítimo de las mismas se produce un acto que técnicamente puede considerarse lesión (la extirpación de un órgano, una amputación, el golpe de un boxeador que produce un hematoma o una herida), tal acto queda justificado. Siempre y cuando, naturalmente, no haya ni dolo ni culpa en la producción de este resultado, pues si lo hubiera el acto debería ser sancionado como lesiones dolosas o culposas, aunque en la práctica exista una inaceptable tolerancia frente a tales actos.

En estas situaciones se ha dicho que existe también otro factor de justificación: el consentimiento de la persona titular del derecho. En realidad el consentimiento es un requisito indispensable, aunque actúa conjuntamente con las otras razones ya expuestas. El consentimiento, por sí solo no sería suficiente para legitimar una conducta de daños en la salud; pero si a ese consentimiento se suman los otros factores, el hecho quedaría justificado.

Similares razonamientos son aplicables a los casos de trasplantes de órganos de personas vivas a otras, la aceptación de ser sometido a procesos experimentales de nuevos tratamientos médicos y aun las operaciones por razone estéticas.

El Código solo hace expresa referencia (Art. 473) a las lesiones causadas en actos deportivos y se remite, para su tratamiento, al artículo del homicidio cometido en actos de deporte (Art. 462).

9.4.- Elemento subjetivo

En cuanto al elemento subjetivo en el delito de lesiones, el Código establece tanto la forma dolosa como la culposa, en tanto que no tipifica lesiones preterintencionales, como veremos de inmediato.

9.4.1.- Lesiones dolosas

Son aquellas en que el sujeto activo tiene la intención de causar daño en la salud al sujeto pasivo, empleando los medios idóneos para causar tal daño.

Esto significa que en las lesiones dolosas debe haber una plena coincidencia entre la intención de lesionar y el resultado de lesiones. Si no se produjera esa coincidencia, la situación sería distinta: si hubiere intención de matar y resultado de lesiones, habría una tentativa de homicidio; si hubiese en cambio intención de lesionar y resultado de muerte, habría homicidio preterintencional.

Ahora bien, la forma especial con la que se tipifica este delito determina que la intención del sujeto sea **genéricamente la de lesionar**, sin que sea necesario que se dirija a causar una lesión específica. Será el resultado concreto que se produzca el que operará para la mayor o menor gravedad de la pena.

9.4.2.- Lesiones culposas

Son aquellas en que no hay la intención de causar daño en la salud, pero éste se produce, como dice el Art. 472, por falta de previsión o cuidado.

En cuanto a las **lesiones preterintencionales**, teóricamente es posible hablar de ellas: una persona pretende causar un daño leve en la salud de la otra persona, pero el resultado que efectivamente se produce es un daño más grave no querido. Sin embargo esta posibilidad ha quedado excluida del Código, seguramente por la extremada dificultad que habría para poder precisar el alcance de la intención del agente. Nuestro Código más bien absorbe en la figura de lesiones dolosas esta posibilidad de lesiones preterintencionales.

9.5.- Figuras de lesiones

Para establecer las diferentes figuras de lesiones, el Código combina tres aspectos:

- El **elemento subjetivo**, estableciendo lesiones dolosas y culposas, según queda indicado;

- La **forma en que se causa la lesión,** ya sea por heridas o golpes, ya por administración de sustancias;

- El **resultado**, ya sea más leve o más grave.

Tomando en cuenta, entonces, estos aspectos, podemos distinguir las siguientes figuras:

Lesiones dolosas

a) Por heridas o golpes

- Si causaren una enfermedad o incapacidad para el trabajo personal que no pase de tres días. En este caso, el más leve, habrá solamente una contravención (Art. 607, numeral 3);

- Si causaren una enfermedad o incapacidad para el trabajo personal de más de tres días y hasta ocho días (Art. 463);

- Si causaren una enfermedad o incapacidad para el trabajo personal de más de ocho días y hasta un mes (Art. 464);

- Si causaren una enfermedad o incapacidad para el trabajo personal de más de treinta días y hasta noventa días (Art. 465);

- Si causaren una enfermedad o incapacidad para el trabajo personal de más de noventa días; una enfermedad grave (al parecer en este caso no importa el tiempo de duración de la enfermedad); una incapacidad permanente para el trabajo habitual; o la pérdida de un órgano no principal (Art. 466);

- Si causaren una enfermedad cierta o probablemente incurable; una incapacidad permanente para el trabajo; una mutilación grave; o la pérdida o inutilización de un órgano principal. Esta es la figura más grave de lesiones (Art. 467).

b) Por administración de sustancias

- Si causare una enfermedad o una incapacidad transitoria para el trabajo personal (Art. 468);

- Si causare una enfermedad cierta o probablemente incurable; una incapacidad permanente para el trabajo personal; o la pérdida o inutilización de un órgano (Art. 469).

Lesiones culposas

Sea cual fuere el resultado (Art. 472).

9.6.- Agravantes

El delito admite las siguientes agravantes:

1.- Las lesiones dolosas causadas por heridas o golpes se agravan por la concurrencia de cualquiera de las circunstancias del Art. 450 (alevosía, ensañamiento, nocturnidad, precio, etc.);

2.- Todas las lesiones dolosas pueden agravarse por la existencia de parentesco entre el sujeto activo y el pasivo (ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges).

9.7.- Íter criminis

Lo señalado respecto al dolo en el delito de lesiones permite señalar las serias dificultades que se presentan al tratar de determinar la existencia de una situación de tentativa.

En el caso de que el sujeto activo no llegó a causar daño alguno a la víctima, aunque haya tenido la intención de hacerlo, sería especular, con argumentos poco atendibles, sobre el daño que podría haberle causado si efectivamente la acción llegaba a su término; y si le causó un daño concreto, costaría establecer que el daño buscado era de mayor gravedad.

En el primer caso, y atendiendo al principio in dubio pro reo, habría que determinar que hubo tentativa de lesiones leves; y en el segundo caso, delito consumado de las lesiones efectivamente producidas.

9.8.- Penalidad

Las penas del delito de lesiones dolosas oscilan entre prisión de quince días a tres meses, en el caso de la figura menos grave (Art. 463) a prisión de dos a cinco años en el caso de la figura más grave (Arts. 467 y 469). Con agravantes, la pena subirá hasta reclusión de tres a seis años. En todos los casos, excepto el del Art. 469, también se impondrá pena de multa.

Las lesiones culposas se sancionan con prisión de ocho días a tres meses.

9.9.- Lesiones en riña

El Art. 470 contiene una regla paralela a la del Art. 461; pero en este caso con referencia a las heridas o lesiones que se hayan producido en una riña (el artículo no especifica la gravedad de las lesiones), sin que conste quien o quienes las causaron. En este evento se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencias sobre el ofendido y se les impondrá una pena de quince días a un año de prisión y multa.

9.10.- Violencia en espectáculos

La Ley 2006-63 agregó un artículo innumerado a continuación del 473, destinado a sancionar las lesiones que se causen como consecuencia de los hechos de violencias que se produzcan en eventos deportivos, artísticos u otros espectáculos.

La norma contiene los siguientes elementos:

- Se sanciona a los incitadores o responsables de hechos de violencia;

- Que se produzcan en escenarios deportivos, o en sus inmediaciones o en otros lugares capaces de albergar reuniones masivas de público;

- Antes, durante o después del evento deportivo, artístico u otro espectáculo;

- Que causen lesiones a terceros;

- La sanción es de prisión de uno a tres años.

Aunque la norma no lo señala, es lógico suponer que tiene solamente un carácter subsidiario, en el caso de que las lesiones sean de especial gravedad, como las previstas en el Art. 467.

10.- El abandono de niños

10.1.- Denominación y bien jurídico

Si bien el Capítulo III de este título del Código se denomina "Abandono de personas", en realidad los Arts. 474 a 480 que lo integran se refieren exclusivamente al **abandono de niños**. Esto significa una limitación indebida del alcance de la ley. La protección penal que aquí se establece a favor de los niños debería también extenderse a los ancianos, a las personas enfermas y en general a todas aquellas personas que no pueden valerse por sí mismas y que son abandonadas por quienes las cuidan. En este punto hace falta una adecuada ampliación de la norma, tal como sucede con otras legislaciones.

En cuanto al bien jurídico, hay que tomar en cuenta que la protección al niño se refiere, en este caso, no al atentado directo contra su vida o salud, sino únicamente al riesgo que pueden correr su vida o su salud al dejar al niño en una situación de desamparo. En definitiva, este no es un delito de daño, sino de peligro abstracto, pues la ley presume el riesgo por la sola realización de la conducta. Pudiera ser que el niño abandonado no sufra daño alguno, pero ya el delito existió por los riesgos que corrió. Naturalmente, si el niño sufre un daño (no buscado intencionalmente, pero que podría haberse previsto) la pena se agravará.

Hay que tomar en cuenta además que este delito no implica una violación a los deberes familiares específicos de cuidado de un niño. El delito puede ser cometido, como ya se verá, por cualquier persona, aunque no tenga ninguna obligación específica de cuidado de un niño.

10.2.- Tipicidad

El delito se tipifica con los siguientes elementos:

- **Núcleo:** abandonar o exponer;

- **Sujeto activo:** cualquier persona;

- **Sujeto pasivo:** un niño.

Examinemos, uno por uno, los elementos del delito.

10.2.1.- Núcleo

La acción del delito se describe en nuestro Código mediante el empleo de dos verbos en forma alternativa: **abandonar** o **exponer**, ya sea que la acción la verifique la propia persona, ya sea que la realice a través de otra persona. En cuanto al primer verbo debe entenderse como el acto de dejar al niño sin los cuidados que le son debidos, librado a sus propios recursos y con el ánimo de desentenderse de él. Esta conducta se podría cometer por acción u omisión.

La utilización del verbo exponer por el Código resulta un tanto extraño. Originariamente la palabra significa depositar a un niño en forma clandestina en un lugar especial, destinado a recibir niños cuyos padres los dejan en forma definitiva al cuidado de terceros. Estos lugares se llaman precisamente casas de expósitos. Sin embargo, el Código dice que habrá el delito cuando se exponga a un niño en un lugar que no sea un hospicio ni una casa de expósitos. De las frases del Código se deduciría que nunca habría entonces exposición punible, pues toda exposición se hace en una casa de expósitos.

Por otra parte debe tomarse en cuenta que el Art. 545 tipifica, entre los delitos contra el estado civil, el llevar a un niño a una casa de expósitos u otros establecimientos similares.

10.2.2.- Sujeto activo

El Código no limita de manera alguna la posibilidad de que el delito puede ser cometido por cualquier persona. Ya sea persona vinculada al niño por algún lazo familiar, ya sea persona que tiene bajo su cuidado al niño en forma accidental, momentánea, azarosa y aun ilícita. La simple tenencia del niño establece la obligación de cuidarlo y, por ello, el abandono del niño constituye el delito en cualquier caso.

10.2.3.- Sujeto pasivo

Debe ser un niño. Según el Código Civil (Art. 21), niño es la persona que no ha cumplido siete años; pero el Código de la Niñez y la Adolescencia (Art. 4), que es una ley especial, extiende la edad hasta los doce años. Pensamos que la palabra niño no debe estar limitada a un número determinado de años. Más bien ésta sería una circunstancia que debe apreciar el juez en cada caso concreto: qué clase de niño es el abandonado, cuáles son sus condiciones físicas, mentales, culturales, el lugar en donde es abandonado; en fin, todos los elementos necesarios para establecer el riesgo que efectivamente corrió el niño por el hecho de su abandono.

10.3.- Elemento subjetivo

El Código no contiene una referencia expresa al elemento subjetivo del delito, por lo cual debería deducirse que se exige dolo. Quedaría excluidas los casos en que, por negligencia, un niño se "perdió" y de hecho quedó abandonado.

10.4.- Penas

La pena del delito (Art. 474) es de prisión de un mes a un año y multa, pero la sanción aumenta por la existencia de circunstancias agravantes.

Tres agravantes establece la ley para esta conducta delictiva: las relativas al mayor riesgo que puede correr el niño, a la mayor obligación del sujeto activo frente al niño y a la producción de un resultado de daño concreto. Por ello las agravantes son las siguientes:

- Abandono en **lugar solitario**, debiendo entenderse por tal no única y necesariamente el despoblado, sino un lugar en dónde no es probable que el niño pueda ser socorrido;

- Si el sujeto activo es uno de los **padres** o una persona a quien estaba confiado el niño;

- Si el abandono ha producido una **mutilación, estropeo o la muerte del niño**. Esta situación abarcaría desde el dolo eventual hasta un resultado fortuito. Quedaría excluido exclusivamente el caso en que el daño haya sido buscado de una manera intencional, pues entonces el delito sería homicidio o lesiones dolosas.

La existencia de estas circunstancias implica el aumento de la pena, desde seis meses a dos años de prisión hasta reclusión mayor de cuatro a ocho años, si se han reunido las dos primeras agravantes y si a consecuencia del abandono, se hubiere producido la muerte del niño.

11.- El duelo

Desde el punto de vista penal, el duelo ha recibido diferentes tratamientos, según las épocas y las sociedades. La tendencia moderna ha sido el no incluir en los códigos normas especiales sobre este tema. La práctica desaparición de los duelos en el mundo actual ha llevado a los legisladores a ignorar el caso. Sin embargo, si de hecho se produjere algún duelo y hubiere un resultado dañoso para alguien, el caso debería ser resuelto por las reglas generales relativas a homicidio o lesiones.

El Código ecuatoriano, de factura muy antigua, mantuvo un capítulo, el IV de este Título, dedicado al duelo. Pero la reforma de marzo de 2009 lo suprimió.

12.- Abuso de armas

El Capítulo V de este Título contiene un solo artículo, el 488, que tipifica el delito de abuso de armas.

El abuso de armas es un delito de peligro abstracto, que pone en riesgo la vida o la salud de las personas. Consiste en disparar un arma de fuego contra una persona, o en agredirla con otro tipo de arma, pero sin herirla; excluyéndose además que se trate de una tentativa de homicidio y, eventualmente, de lesiones. Por cierto que, en caso de

duda, habría que descartar la intención de matar o de herir.

La Ley 2006-31 elevó considerablemente la sanción de este delito, de prisión de quince días a un año, a prisión de dos a cinco años, pretendiendo de esta manera el combatir la difusión y el empleo de armas. Pero al hacerlo produjo el absurdo de sancionar más gravemente el solo abuso (disparar contra una persona para amenazarla o asustarla) que la producción de una herida de relativa gravedad (por ejemplo, la prevista en el Art. 466, que se sanciona con prisión de uno a tres años).
.

Capítulo VII
DELITOS CONTRA LA HONRA

1.- Bien jurídico

La Constitución (Art. 66, numeral dieciocho) incluye entre los derechos fundamentales de las personas el derecho a la honor y al buen nombre; pero además establece (Art. 66, numeral séptimo) el derecho de la persona agraviada, por informaciones sin pruebas o inexactas hechas por los medios de comunicación social, a que tales medios hagan la rectificación correspondiente. No está por demás señalar que un tema constitucional de particular carácter polémico surge de la eventual colisión de este derecho con otras normas constitucionales que garantizan el derecho a la libre expresión del pensamiento.

La legislación penal ecuatoriana, recogiendo el concepto expresado en la Constitución, y siguiendo una corriente tradicional, especialmente en el ámbito hispano americano, ha elevado la honra de las personas a la categoría de bien jurídico merecedor de protección penal, separando su tratamiento de otros títulos en los que se protegen otros bienes jurídicos de carácter personal.

No faltan, por cierto, opiniones que sugieren la despenalización de la conducta, de tal modo que los ofendidos puedan ejercer exclusivamente la reclamación civil. La fórmula francesa es un buen ejemplo de esta tendencia.

En todo caso la doctrina predominante en nuestro países considera, al examinar este punto, que la honra (o el honor, como lo establecen otros códigos) tiene un doble contenido y reitera que en ambos merece protección penal. El más evidente es el aspecto social, es decir la honra en el sentido de la buena fama o reputación de una persona en su medio social, que inclusive puede tener derivaciones económicas (ver Resolución 360-01 de la Corte Suprema, Registro Oficial 464, de 29 de noviembre de4 2001). Pero también se señala que hay un aspecto individual y personalísimo, es decir la autoestima que una persona tiene de sí misma, el sentimiento de la propia dignidad, en palabras de Carrara, que también puede ser vulnerado por la conducta delictiva. Hasta se podrían imaginar casos en que la injuria sea tan absurda, que socialmente no produce ningún efecto difamatorio; pero, a pesar de ello, la persona contra la cual se dirige sí puede sentirse afectada por la misma; y esto, para el mismo autor, basta para que haya delito.

Por estas consideraciones se afirma que estos delitos tienen tanto un aspecto objetivo, o **difamatorio**, como un aspecto subjetivo, o **contumelioso**.

2.- Contenido

El Título VII es muy breve, comprende un solo capítulo y un tipo delictivo característico: **la injuria,** que adopta en nuestro Código dos modalidades básicas: injuria **calumniosa** y **no calumniosa** (Art. 489).

En estricto sentido, la calumnia es una modalidad específica dentro del tipo genérico de injuria. Sin embargo, las particularidades del tratamiento penal de la injuria calumniosa determinan, no solo su particular tipificación, sino también su análisis por separado.

El Título incluye además (Art. 501), como una modalidad especial de injuria la denominada **difamación**.

3.- Injuria no calumniosa

3.1.- Núcleo

El Art. 489 tipifica la injuria no calumniosa con un doble núcleo:

Proferir expresiones en descrédito, deshonra o menosprecio de otra persona;

Ejecutar acciones con el mismo objeto.

Por su parte, el Art.490 clasifica las injurias no calumniosas en graves o leves; pero a estas segundas la ley las considera solamente como contravenciones.

Aunque el Código señala que la tipicidad del delito se puede producir con expresiones o acciones, lo más frecuente será que el acto típico consista en expresiones, ya sea verbales o escritas. Y son precisamente los tres primeros numerales del Art. 490, al determinar cuáles son las injurias graves, los que señalan con mayor aproximación cuál sería el contenido de tales expresiones:

Imputaciones de vicios o faltas de moralidad que puedan perjudicar considerablemente al agraviado;

Imputaciones que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas;

Imputaciones que racionalmente se puedan considerar graves, tomando en consideración, el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor.

Aunque esta enumeración parecería ser taxativa, en realidad le deja al juez una amplia posibilidad, no exenta de relatividad, para determinar la existencia de la conducta típica. En efecto, se deberá establecer si la imputaciones le perjudican “considerablemente” al agraviado; si son tenidas en el “concepto público” por afrentosas; o si, “racionalmente”

pueden calificarse de graves, según el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor.

También será un elemento para determinar, por exclusión, la existencia de injurias graves, el señalamiento, que hace el mismo artículo, de lo que serían las injurias leves: *"atribuir a otro hechos, apodos o defectos físicos o morales, que no comprometan la honra del injuriado"*.

El texto del Código, "expresión proferida", comprende tanto la que se hace verbalmente como la que consta en un escrito. Tratándose de dibujos, imágenes, caricaturas, emblemas, desprovistos de palabras, parecería en principio discutible que entren en la tipicidad del delito; pero el Art. 495, al establecer la pena de la injuria no calumniosa, expresamente incluye entre las formas de injuria el uso de "imágenes o emblemas".

En cuanto a las acciones ejecutadas con la misma finalidad (desacreditar, deshonrar o menospreciar), el Art. 490, en su cuarto numeral, habla de "bofetadas, puntapiés u otros ultrajes de obra". También en este caso, lo fundamental será establecer que estos actos de agresión tuvieron ese objetivo, por lo cual no deberían ser considerados como injurias los actos que lesionan la integridad física de las personas. E igualmente resulta discutible que se califique, como delito de injurias, la realización de gestos o señales, aunque estos sean entendidos, por la opinión pública, como lesivos del honor.

3.2.- Formas

Salvo los casos, más bien excepcionales, en que la injuria consiste en acciones, el núcleo del delito se manifiesta con palabras habladas o escritas. Se trata de una cuestión en que tienen un papel decisivo tanto el sentido propio de las palabras que se empleen, como aquel que el autor de la injuria les ha dado a las mismas.

En este punto la doctrina distingue algunas formas. Las injurias pueden ser **directas y manifiestas**, cuando las palabras tienen un claro sentido injurioso y se dirigen de forma evidente a una persona determinada;; o **encubiertas**, cuando las palabras no tienen en sí mismas un sentido injurioso, que aparece del contexto de la frase y hasta pueden ser objetivamente elogiosas, pero expresadas en forma burlesca; y hasta **oblicuas** o por vía de negación, cuando, sin nombrar expresamente al agraviado, el contenido injurioso de deduce de la alusión a otra persona (Fulano de Tal sí es honrado; yo no he estado en la cárcel por ladrón). Inclusive hay quienes sostienen que hay también las injurias **indirectas**, cuando el injuriador se refiere a una persona vinculada íntimamente con el presunto agraviado.

Por cierto que, salvo la primera forma, en que la injuria aparece claramente, al juez no deberá limitarse a examinar exclusivamente las palabras empleadas, sino que deberá tomar en cuenta las circunstancias en que las frases se expresaron y hasta el modo en que se pronunciaron.

Pero en tales casos el juez, si llega a la convicción de que el contenido de la expresión es realmente injurioso y determina la identidad de la persona a la que se dirige tal expresión, deberá concluir que sí hay delito.

3.3.- Omisión

Se ha discutido con frecuencia si puede darse una injuria por omisión. Recordemos que la condición indispensable para que se produzcan tales delitos es que el sujeto activo tenga la obligación jurídica de actuar impidiendo el resultado lesivo. Por tanto para que se produzca el delito de injurias por omisión, habría que establecer que una persona determinada tenía la obligación jurídica de actuar de una determinada manera frente a otra (saludarla, por ejemplo), de tal modo que si no lo hace la estaría injuriando. Tales casos serían excepcionales, y como no consistirían en proferir expresiones ni en ultrajes de obra, como bofetadas o puntapiés, estarían fuera de la tipicidad prevista por la ley.

3.4.- Relatividad e idoneidad

Tal vez sea inevitable la relatividad con que deben examinarse las expresiones injuriosas. El propio Código se remite al "concepto público" y, más todavía, señala que, para la calificación de graves, debe atenderse al "estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor". Lo cual quiere decir que las mismas imputaciones, más allá de su contenido textual, pueden ser graves en un caso y no serlo en otro. Más todavía, determinadas frases para unas personas serán injuriosas, pero otras no las tomarán como tales y viceversa. Esto dependerá de la educación, cultura y medio social de los protagonistas del hecho, pero también de las circunstancias en que se profirieron y de otros factores que eventualmente podrán influir en la calificación.

Tales reflexiones plantean también un problema en relación a la idoneidad de las expresiones para lesionar el bien jurídico, la honra, tanto en su aspecto difamatorio como en el contumelioso. Podrían darse casos en que las expresiones proferidas no tengan un contenido injurioso, aunque tanto el que las pronuncia como quien las recibe, así las consideren. Habría un caso de falta absoluta de idoneidad. Pero si el contenido es en sí mismo injurioso, habría delito, aun cuando el efecto de desacreditar, deshonrar o menospreciar no se haya logrado.

3.5.- Veracidad

Cuestión de debate en esta materia ha sido la admisión o no de la prueba de la veracidad de las imputaciones realizadas: la exceptio veritatis, ofrecida por el acusado de injurias al contestar la querella.

El criterio más generalizado es el que recoge el Código (Art. 497): no aceptar la prueba de la verdad en la injuria no calumniosa. El sistema jurídico considera que hay injurias independientemente de que la imputación sea verdadera o falsa, pues nadie puede atribuirse el derecho de difundir imputaciones o hechos que perjudiquen la fama de una persona, aunque ésta no se corresponda a la realidad.

Sin embargo, en algunas legislaciones se establece también la posibilidad de admitir la prueba de la verdad en la injuria no calumniosa, en dos casos: cuando lo pide el propio imputado, o cuando está en juego un interés público de importancia.

Distinta es la situación cuando se trata de injurias calumniosas, como se verá más adelante.

3.6.- Elemento subjetivo

La doctrina considera que en la injuria debe concurrir un especial elemento subjetivo, al que suele llamarse **ánimus injuriandi.** Es decir el conocimiento que tiene el sujeto activo de la calidad ofensiva de las imputaciones que realiza o de las acciones que ejecuta, y la expresa intención de que esas imputaciones afecten al honor de la persona contra la cual se dirigen. Lo cual en definitiva significa que la injuria es necesariamente un delito doloso; por tanto no existe una modalidad culposa de este delito.

En nuestro Código, en el caso de la injuria no calumniosa, este ánimo debe revelarse a través de la intención con la que el sujeto activo actúa frente a la otra persona, que se deduce de la frase con la que se describe la conducta delictiva: "expresión proferida **en** descrédito, deshonra o menosprecio" o cualquier acción ejecutada "con el mismo objeto".

Ahora bien, si en vez del ánimo de injuriar, hubiera en la persona otro ánimo distinto, ya no habría delito pues, a pesar de que las expresiones verbales pudieran tener objetivamente un contenido que desacredite o perjudique a una persona, faltaría uno de los elementos constitutivos de la tipicidad: el elemento subjetivo intencional. O, para algunos autores (Etcheberry), habría más bien, al menos en algunos casos, una causa de justificación, si la persona está jurídicamente autorizada a utilizar tales expresiones.

En este sentido la doctrina acepta la posibilidad de que estén presentes otras intenciones, de distinta naturaleza. Le tocará al juez, en cada caso, discernir si efectivamente hubo o no ese ánimo excluyente de la injuria; o si, inclusive, se haya buscado, a través de estos distintos ánimos, el esconder la verdadera intención injuriosa.

Entre los numerosos casos recogidos por la doctrina y alguno expresamente por nuestro Código, tenemos los siguientes:

ánimus jocandi o ánimo de juego o broma entre amigos o personas conocidas, cuando claramente se excluye la intención de ofender;

ánimus criticandi, característico del comentario periodístico o del discurso político, que pretenden señalar los errores de una autoridad o personaje; aunque en estos casos podría coexistir la intención de injuriar. En tales casos prevalece sin duda el derecho a la libre expresión;

ánimus narrandi, el de los historiadores o cronistas, cuando revelan la verdad de los acontecimientos, aunque contradiga la fama de ciertos personajes;

ánimus corrigendi, recogido en nuestro Código (Art. 502) y criticado por los posibles excesos en que se puede incurrir, cuando los padres, maestros o patronos corrigen a sus hijos, discípulos o dependientes;

ánimus defendendi, cuando las imputaciones se hacen dentro de un proceso en fuerza de la defensa de una causa, según dice el Código (Art. 500), como cuando se ponen tachas a testigos; pero de ninguna manera son aceptables las imputaciones extrañas a la causa. La ley de toda maneras dispone que los jueces ordenen que se devuelvan los escritos injuriosos.

En cambio no se debe ubicar en este ámbito el caso del **ánimus retorquendi** o **injurias recíprocas** (Art. 496), al cual nos referiremos más adelante.

3.7.- El sujeto pasivo

La forma en que el Código ha tipificado el delito de injurias determina con claridad que el sujeto pasivo, esa "otra persona", a la que se hace la imputación injuriosa, deba ser una persona natural. Esa ha sido la tendencia generalizada en las legislaciones, que se fundamentaría en el aspecto contumelioso de la imputación.

Sin embargo, doctrinariamente se plantean dos casos en los que podría haber un posible delito: cuando la imputación se hace a una persona jurídica y cuando se la hace a una persona fallecida.

En el caso de la persona jurídica, hay autores que aun sosteniendo que ésta como tal no tiene propiamente honra, admiten la posibilidad de que exista una injuria difamatoria, que podría tener consecuencias muy negativas para las actividades de la misma y que cabe, por lo mismo, que se tipifique tal conducta. Otros autores consideran que, en estos casos, la injuria realmente recae sobre las personas naturales que dirigen, administran o integran la persona jurídica.

En el caso de la persona fallecida, y que ya no es por tanto titular de derechos, se piensa que si se quiere darle a esta injuria el carácter de delito, habría que establecer que se trata de un acto que ofende la memoria de un difunto y conceder a sus herederos el derecho de querellarse.

3.8.- Las penas

Para determinar las penas de la injuria no calumniosa grave, el Código distingue si se ha cometido en forma pública o privada.

Se considera pública la injuria (Arts. 491 y 495), cuando ha sido realizada en reuniones o lugares públicos, en presencia de diez o más individuos; o por medio de escritos publicados, o no publicados (inclusive cartas), pero dirigidos o comunicados a otras personas. En este caso, la pena será de prisión de tres a seis meses y multa.

Si ha ejecutado en forma privada o en presencia de menos de diez personas, la pena será prisión de quince días a tres meses y multa (Arts. 492 y 495).

Si las injurias no calumniosas graves se han dirigido contra alguna autoridad la pena será de prisión seis meses a dos años y multa. Aunque la ley no precisa a qué clase de autoridad se refiere, deberá entenderse que se refiere a una persona que ejerce cualquier

clase de autoridad, pero siempre de carácter público.

Este caso es diferente del desacato previsto en los Arts. 230 y 231, entre los delitos contra la administración pública, en los que se afecta no la honra de las personas sino el buen funcionamiento de la administración.

3.9.- Compensación de injurias

Como ya se señaló, el Art. 496 regula una situación que tradicionalmente los códigos han previsto: la llamada compensación de injurias recíprocas, en que se detecta el llamado ánimus retorquendi.

En definitiva, la ley establece esta compensación y la no punibilidad de quienes, en el mismo acto se han dirigido unos a otros injurias no calumniosas, sea cual fuere su gravedad; pero no hay compensación entre injurias calumniosas y no calumniosas.

Se trata en este caso de una excusa absolutoria, en que habiendo delitos de parte y parte, la ley prefiere no sancionar a ninguno de los infractores, por razones de orden práctico.

4.- Injuria calumniosa

4.1.- Tipicidad

La injuria calumniosa consiste (Art. 489) en **imputar falsamente un delito.** Como se ve, esta descripción exige los siguientes elementos:

La falsedad de la imputación. No se cumpliría este elemento si la imputación es verdadera en cuanto a los hechos que dan al caso su carácter delictivo, aun cuando pudieran existir errores en detalles secundarios;

La imputación puede ser hecha en forma verbal o escrita;

La imputación debe consistir en atribuir a otra persona la comisión de un delito. La doctrina insiste en determinar que no basta la imputación de una figura delictiva abstracta; el delito debe estar señalado en forma concreta, aun cuando pudiera haber un error en la denominación del mismo. Así, por ejemplo, la imputación tendrá que referirse al homicidio tal o al robo tal, y no bastará decir que fulano es un asesino o un ladrón; aunque pudiera denominarse robo cuando se trata realmente de un hurto.

Como se sabe, en nuestro sistema prevalece el principio de que la persona jurídica no tiene responsabilidad penal. Por tanto, no cabe que se le acuse de la comisión de un delito y, por lo mismo, sujeto pasivo de esta infracción solo puede ser una persona natural.

4.2.- La prueba de la verdad

La exigencia de que la imputación sea falsa hace que sea claramente aceptable la prueba de la verdad o exceptio veritatis. Es decir que el acusado de injuria calumniosa ofrezca probar la veracidad de su afirmación. La prohibición que establece el Art. 497 se limita a la injuria no calumniosa.

Por otra parte se entiende que de esta manera se colabora con la justicia, aportando pruebas sobre la existencia de un delito que debería ser sancionado.

Es discutible sin embargo que se admita la prueba de la verdad, si el delito cuya comisión se atribuyó a una persona ya no es actualmente perseguible, sea porque ha mediado sentencia absolutoria o sobreseimiento definitivo o porque ha prescrito la acción. También es discutible la admisión de esta prueba si el delito es perseguible solo por acusación particular, en que el derecho de acusar solo lo tiene el agraviado. En tales casos inclusive cabe pensar que el delito deba considerarse simplemente como una injuria no calumniosa.

4.3.- Elemento subjetivo

El Código no incluye referencia expresa que permita establecer el carácter subjetivo de la conducta. Sin embargo la opinión unánime es considerar doloso a este delito; es decir que el sujeto activo conoce la falsedad de la imputación y la realiza con el ánimo de perjudicar a su destinatario.

Esta precisión es importante, por cuanto bien puede ocurrir que quien formula la imputación la hace por error, y aun por error superable, que podría dar lugar a un eventual delito culposo, que no está previsto en la legislación.

4.4.- Penas

También en el caso de la injuria calumniosa se distingue si se la hecho pública o privadamente, y para distinguirlo se tienen los mismos criterios utilizados para la injuria no calumniosa (Arts. 491 y 492). En el primer caso, la pena es de prisión de uno a seis meses y multa; y en el segundo, de prisión de seis meses a dos años y multa.

Igualmente, la pena se agrava hasta ser de prisión de uno a tres años y multa, si las imputaciones son hechas contra alguna autoridad.

5.- Denuncia o acusación calumniosa

Una forma especial de la injuria calumniosa está prevista en el Art. 494. Se trata del caso de de una acusación judicial o una denuncia propuesta contra una persona, que no hubiesen sido probadas en el juicio que se hubiese iniciado con tales antecedentes. Por esta circunstancia, esta figura suele, en algunas legislaciones, ubicarse entre los delitos contra la administración de justicia.

El ejercicio de la acción penal exige, en este caso, un pronunciamiento del juez que

haya conocido la causa penal y que, precisamente, considere que la acusación o denuncia no han sido probadas. Más aún hace falta que el juez haya calificado, a la una o a la otra, en conformidad con el Código de Procedimiento Penal (Arts. 31, 46, 51, 61, 245 y 373), como maliciosa en cuyo caso habrá la acción penal contra el acusador o denunciante, o temeraria, en cuyo caso sólo habrá la acción civil. En el Código procesal vigente la calificación solo le compete al juez que dictó un auto de sobreseimiento definitivo, tratándose de delitos de acción pública; o sentencia absolutoria, tratándose de delitos de acción privada.

6.- Difamación

Una forma especial de injurias, a la que el Código denomina difamación, está prevista en el Art. 501. La figura tiene las siguientes características:

La conducta consiste en cualquier especie de injuria, pero que sea "fuera de los casos determinados en los artículos anteriores". Se trata por tanto de una forma subsidiaria, aplicable siempre que se haya descartado la aplicación de las otras normas del Título; situación sin duda poco probable;

Debe haberse ofendido la reputación de una persona, comunicándose con "varias personas", aun en actos singulares, siempre que éstos pasen de tres, que hayan sido probados.

La pena será de tres meses a un año de prisión y multa.

Un artículo innumerado, que se agregó en junio de 1984, considera difamación la divulgación por cualquier medio de comunicación social u otro de carácter público de nombres y apellidos de deudores, ya sea para requerirlos el pago o empleando cualquier forma que indique que la persona nombrada es un deudor. Se excluyen, naturalmente, las publicaciones autorizadas por la ley (citaciones judiciales). La pena es de prisión de seis meses a dos años.

7.- Publicaciones en el extranjero

Si una publicación que contiene injurias, calumniosas o no, ha sido realizada en órganos de publicidad del extranjero, conforme al Art. 498, se podrá perseguir en el Ecuador a las personas que estuvieren en uno de los siguientes casos:

- Haber enviado el artículo;

- Haber enviado la orden de insertarlo;

- Haber contribuido a la introducción o distribución de tales órganos en el Ecuador.

8.- Responsabilidad compartida

El Art. 499 extiende la responsabilidad penal, en cualquier tipo de injurias a quienes, sin

ser autores, reproduzcan artículos, imágenes o emblemas injuriosos. Se trataría en este caso de una especie de coautoría, posterior al hecho, que se caracterizaría por la presencia del mismo ánimus injuriandi que tuvo el autor. Por tanto, como dice la misma norma, no sería aceptable la alegación, como causa de justificación o de excusa, que solo se ha reproducido publicaciones hechas en el Ecuador o en el extranjero.

Una disposición similar es la que consta en el Art. 384 del Código de Procedimiento Penal sobre la responsabilidad del director, editor, dueño o responsable de un medio de comunicación por publicaciones realizadas en dicho medio. La ley habla de dos casos: cuando dicha persona se negare a dar el nombre del autor, reproductor o responsable de la publicación; o cuando este fuere o resultare persona supuesta o desconocida, menor de dieciocho años o que sufra manifiesta alteración mental. Aunque esta norma parecería establecer una suerte de responsabilidad objetiva, la coherencia del sistema penal exige siempre que se compruebe el elemento subjetivo, que en este caso podría darse tanto por dolo directo como por dolo eventual.

9.- Ejercicio de la acción

Según el Código de Procedimiento Penal (Art. 36 literal c), el delito de injuria calumniosa y no calumniosa grave, es uno de aquellos de acción privada, que sólo pueden ser sancionados cuando el juicio se ha iniciado por acusación particular del agraviado, mediante la correspondiente querella y que se tramitará en conformidad con las reglas especiales que se prevén para el efecto.

Por la misma razón, también son especiales las reglas del Código Penal para efectos de prescripción (Art. 101) y extinción de la pena por perdón de la parte ofendida (Art. 113).

No queda claro si también es un delito de acción privada el previsto en el Art. 494: denuncia o acusación particular calumniosa. Dos consideraciones: su naturaleza excede el contenido expreso de la norma procesal (injuria calumniosa y no calumniosa grave, infracciones descritas en el Art. 489); este delito afecta directamente un interés público prevaleciente: la administración de justicia.

10.- Retractación

Algunas legislaciones recogen la posibilidad de retractación por parte del autor, reconociendo la falsedad de sus imputaciones o acusaciones. Tal retractación debe hacerse ante la autoridad judicial que conoce el caso y ser difundida de la misma manera que se hizo con la injuria. El efecto sería el crear una excusa absolutoria o una importante disminución de la pena.

No se encuentra en la legislación ecuatoriana una norma con este alcance, pero al tratarse se un delito de acción privada, en el trámite de la causa cabe el abandono, el desistimiento, la remisión de la parte ofendida, situaciones que pudieran eventualmente estar vinculadas con una retractación.

11.- Acción civil

Cabe señalar que, según lo establece el Código Civil (Arts. 2231 y 2232), cabe el ejercicio de una acción civil demandando indemnización pecuniaria por las imputaciones injuriosas que afecten la honra o el crédito de una persona. Sin embargo, la ley no determina si se puede ejercer la acción simultáneamente con la penal, que a su vez podría concluir, si se acepta la querella, condenando al injuriador también a pagar una indemnización. Por eso, lo más lógico resulta entender que las acciones civil y penal son excluyentes y que, si se ha escogido una de ellas, se ha renunciado a la otra.

Capítulo VIII
DELITOS SEXUALES

1.- Denominación y bien jurídico

La denominación del Título VIII del Libro Segundo se aparta de la fórmula empleada en los otros títulos del Libro, en los que se alude directamente al bien jurídico principal contra el que atentan las conductas tipificadas. Aquí, en cambio, el legislador no se refiere a ningún bien jurídico en particular, sino que hace referencia a una especial característica de las conductas incriminadas: la connotación sexual, directa o indirecta, que tienen los delitos incluidos. Este es, en definitiva, el factor que identifica a los delitos que se agrupan en el Título.

Probablemente, pues no hay documentos que confirmen alguna hipótesis, este procedimiento pudo deberse al hecho de que el legislador, al momento de la redacción del Código, consideraba que estos delitos afectaban, conjunta o específicamente, a varios bienes jurídicos, cuya valoración correspondía a los criterios predominantes en la época. Sin duda se consideraba de especial importancia la defensa de la moralidad pública y las buenas costumbres, la honestidad, así como del orden familiar, mientras que no se destacaba suficientemente la garantía de la libertad sexual de las personas.

En las últimas décadas tanto la percepción social como la visión jurídica en esta materia han sufrido importantes transformaciones, que se han sentido aun tratándose de una legislación de corte tan arcaico como la ecuatoriana; y consecuentemente han operado sobre la determinación exacta del bien jurídico que se pretende proteger.

La supresión de los delitos de adulterio y concubinato y la declaración de inconstitucionalidad de la norma sancionadora de la homosexualidad, ocurridas en los últimos años, son una muestra de esta nueva tendencia. Hay plena aceptación doctrinaria de dos puntos: al Derecho Penal no le corresponde el papel de guardián de preceptos morales que quedan librados a la decisión personal, por lo cual a la ley penal le corresponde solamente el establecer sanciones para conductas que atentan contra los derechos de las personas y, especialmente, el derecho de optar libremente en materia sexual. Y en relación con este criterio, proteger en particular a quienes, por diversas razones, la edad principalmente, pueden caer fácilmente como víctimas de terceras personas.

Sin duda, para un Derecho Penal moderno el bien jurídico que debe ser protegido es la libertad sexual, es decir el derecho de las personas a decidir libremente sobre sus relaciones sexuales, respetando por supuesto el mismo derecho de los demás. La Constitución lo ha consagrado específicamente en el Art. 66 numeral noveno: "El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual". Dentro de este marco general, la libertad sexual tiene un doble alcance: positivo, disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, y negativo, capacidad de negarse a la ejecución de actos sexuales no deseados.

La doctrina señala adicionalmente que el Derecho Penal protege la indemnidad sexual, en el caso de

personas que por sufrir alguna incapacidad mental no comprenden el sentido y los efectos de los actos sexuales, para consentir libremente en su ejecución.

De todos modos, hay que anotar que numerosas y duras reformas introducidas al Código en los últimos años, dictadas con el plausible objetivo de tutelar los derechos de los menores de edad, han introducido reglas de aplicación que pueden significar un paradójico retorno a conceptos del pasado. Se examinará en su momento este riesgo.

2.- Contenido y clasificación

Luego de las reformas de 1998 y de 2005, el Título VIII está integrado por cinco capítulos. El que originariamente era el primero (en el cual se tipificaba el adulterio) fue suprimido por la reforma de 1983. Se mantienen el II; el III, que cambió su denominación y su contenido, y el IV; y se han agregado dos capítulos innumerados.

Con las reformas introducidas, el Título tiene actualmente el siguiente contenido: en el Capítulo II, se tipifican la violación, el estupro, el abuso sexual, el acoso sexual, el abuso homosexual. En el Capítulo III, se tipifican el proxenetismo y la corrupción de menores. En el Capítulo que, bajo la denominación de "delitos de explotación sexual", fue agregado en junio de 2005, se tipifican diversas formas de explotación, empleando varios mecanismos que se examinarán en detalle. En el Capítulo IV se tipifica el rapto. Y el otro Capítulo agregado en el año 2005 contiene disposiciones de carácter general aplicables a los delitos del Título.

3.- La violación

El delito más grave y característico del Título es indudablemente la violación, o violencia carnal, como también suele denominarse. Así mismo es el delito en el cual se advierte con toda claridad la lesión del bien jurídico protegido, es decir la libertad de la persona para decidir sus relaciones sexuales.

3.1.- Tipicidad

3.1.1.- El núcleo

La conducta típica del delito (Art. 512), hasta la reforma de 1998, se describía escuetamente con la frase "acceso carnal". La jurisprudencia (ver sentencia en Gaceta Judicial Serie XIII No. 11) entendía que la frase significaba "penetración sexual", y que comprendía tantos los actos heterosexuales como homosexuales. También la jurisprudencia había señalado que era suficiente una penetración parcial, sin que hiciera falta la consumación del acto sexual (Gaceta Judicial, Serie V, No. 73; Serie X, No. 4; Serie XIII, No. 11).

Sin embargo, en 1998 y en 2005, dos reformas agregaron frases al texto original, en primer término para aclarar su alcance, de tal manera que la descripción ha quedado así estructurada: "Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril".

Pero los agregados no solo han aclarado el sentido de la frase (al emplear la palabra "introducción"), lo que en realidad nunca estuvo en duda, sino que han ampliado la tipicidad de la conducta estableciendo nuevas modalidades del delito. En efecto, ahora el acceso carnal se produciría con la introducción del órgano sexual masculino, tanto por vía vaginal o anal, como también por vía oral, lo que no se acomodaba necesariamente a la frase acceso carnal. Pero además, habría violación, aunque ya no propiamente acceso carnal, con la introducción de dedos u órganos (?) distintos del miembro viril, y más todavía con la introducción de objetos por vía anal o vaginal; objetos que podrían ser de cualquier naturaleza, susceptibles de ser utilizados para consumar la agresión sexual.

Con anterioridad a las reformas, estas nuevas modalidades podrían haber sido calificadas como atentados

contra el pudor, conducta menos grave que la violación.

La jurisprudencia, desde antiguo (como se ha señalado más arriba), había sostenido que para la consumación del delito bastaba la introducción parcial del órgano sexual, aunque no se produzca la consumación fisiológica del acto. Este criterio ha sido recogido por la reforma e incorporado al texto legal. En cuanto a las modalidades del delito, agregadas últimamente, bastaría por supuesto la introducción parcial de los dedos u objetos.

También la doctrina ha considerado que la violación es necesariamente un delito de acción, que exige un resultado que no se puede producir por omisión. Pero si cabe, como se señalará más adelante, la participación por omisión, en un delito de violación, de un tercero, que tenía la obligación jurídica de impedir el resultado.

3.2.- Sujeto activo

Al no establecer el Código ninguna condición o calidad especial que deba reunir el sujeto activo del delito, se entiende que puede serlo cualquier persona. Sin embargo, la doctrina si bien ha considerado que cualquier varón puede ser sujeto activo, ha debatido la posibilidad de que una mujer pueda serlo, en el caso de la llamada violación a la inversa. El debate tenía razón de ser cuando la conducta se tipificaba como acceso carnal, pues aunque se entendía que era posible que una mujer consumara un acceso carnal con un varón utilizando alguno de los medios previstos en la ley, una mayoría de comentaristas negaba que en este caso hubiera acceso carnal del sujeto activo (la mujer) sobre el sujeto pasivo (el hombre).

Al agregarse ahora la palabra "introducción", cabe interpretarla con un doble alcance (introducir o hacerse introducir) con lo cual cabría la violación a la inversa; pero además es posible para una mujer las modalidades, que ahora establece la ley, de introducción anal o vaginal de dedos u objetos.

3.3.- Sujeto pasivo

El Código dice expresamente que sujeto pasivo de una violación puede ser una persona de uno u otro sexo, expresión que rigurosamente es inútil; pero que tiene una razón histórica. Las más antiguas fórmulas legales establecían que solo una mujer podía ser sujeto pasivo de una violación. Posteriormente, como lo recogió el Código de 1938, se determinó que podía ser persona de uno u otro sexo y para que no hubiera duda sobre este punto, se lo expresó categóricamente en el texto legal.

Por otra parte, el Código nada dice sobre condiciones o calidades específicas que debiera tener el sujeto pasivo. Esto significa que no hay requisito de edad, estado civil, parentesco u honestidad para que exista delito. Más bien, en algunos casos, algunas de estas condiciones constituyen agravantes del delito.

Hay que reiterar que el atentado contra la libertad sexual, que implica la violación, se producirá aunque la víctima sea una persona dedicada a la prostitución o tenga una conducta licenciosa, siempre que se cumplan los elementos propios de la tipicidad del delito.

3.4.- La falta de consentimiento

Elemento fundamental para establecer la tipicidad de la violación es el relativo a la falta de consentimiento o al consentimiento viciado del sujeto pasivo, según los casos que se señalarán de inmediato. En efecto, si ha habido consentimiento válido, simplemente no hay delito, pues la conducta en sí misma no implica una lesión jurídica que deba ser sancionada por la ley.

El Art. 512 establece tres formas del delito precisamente en función de este factor: cuando la conducta se ha realizado contra la voluntad de la víctima, cuando no ha habido manifestación de voluntad y cuando la manifestación de voluntad es irrelevante. Se examinarán los tres casos.

3.4.1.- Contra la voluntad de la persona

Este el caso en que el sujeto pasivo ha manifestado resistencia al acceso carnal (o a la introducción de objetos) pretendido por el sujeto activo y, para vencer o anular esa resistencia, se han empleado violencias (numeral tercero). Esta es la forma más típica de la violación, la que inclusive ha dado su nombre al delito y en que el atentado contra la libertad sexual aparece más claro e indiscutible.

Nuestro Código señala que la violencia puede consistir en actos de fuerza, de amenaza o de intimidación. La fuerza y la amenaza están definidas en el propio Código (Art. 596), respectivamente, como actos de apremio físico o de apremio moral que infundan el temor de un mal inminente, ejercidos contra una persona; y la intimidación tiene el mismo sentido que la amenaza. En todo caso están destinados a dominar la resistencia opuesta por la víctima, o a impedir que la resistencia se produzca.

Tocará al juez examinar en los casos concretos la idoneidad de tales actos de fuerza, amenaza o intimidación realizados para vencer la resistencia de la víctima. La naturaleza misma del acto se juzgará, no dentro de un simple cotejo de fuerzas, sino que tomará en cuenta todos los factores presentes; la diferencia corporal, por cierto; la participación de dos o más personas, el empleo de armas, las circunstancias de lugar y tiempo, etc. El juez deberá proceder con mucha serenidad en el análisis de los elementos de hecho.

Por supuesto que el primer requisito para esta forma del delito sea posible es que haya habido una resistencia seria de la víctima. Si esta no ha existido o ha sido solamente simulada por cualquier fin, no habría violación.

3.4.2.- No ha habido manifestación de voluntad

En el segundo caso (numeral segundo), no se han empleado violencias ni amenazas por parte del sujeto activo, sino que éste ha aprovechado determinadas circunstancias o condiciones del sujeto pasivo, en las cuales no se ha producido una manifestación de voluntad, ni de aceptación ni de resistencia. Por esta circunstancia, esta forma suele considerarse como una violación impropia, o como un abuso sexual, según el Código español.

Según el Código, esta situación se produce en tres casos: cuando la persona ofendida ha estado privada de la razón; cuando ha estado privada del sentido; o cuando por enfermedad u otra causa no ha podido resistir a la agresión.

- Se entenderá que la persona está privada de la razón cuando padece una perturbación mental de tal condición que le impida dirigir su propia conducta y darse cuenta de la naturaleza del acto. En estos casos hasta podría parecer que ha habido consentimiento, pero esta no tendría valor alguno; en realidad es como si no se hubiera dado, por el estado mental de la víctima.

Por supuesto esta privación de la razón deberá probarse, así como establecerse que es de tal magnitud que coloca a quien la padece en una total incapacidad de decidir.

- La privación del sentido, en cambio, deberá entenderse como una situación temporal, transitoria, que puede deberse a enfermedad, golpes, administración de bebidas alcohólicas, drogas, somníferos, y aun podría darse en el sueño natural, aun cuando esta posibilidad ha sido discutida en la doctrina.

El acceso carnal debe realizarse aprovechando tal estado de la víctima, y esto es lo que debe probarse. No será necesario que el violador la haya llevado a ese estado; tampoco afecta a la realización del delito que haya sido ella la que por su culpa cayó en ese estado. Lo único que importa es que el sujeto activo aprovecha de la circunstancia para consumar el acto.

- La indefensión de la persona, por enfermedad u otra causa, es una hipótesis amplia que cubre los posibles vacíos que podrían quedar con las otras dos. En todo caso se trata de acciones que no implican violencias, pero en circunstancias tales que el sujeto pasivo no puede oponer resistencia.

Habría que preguntarse si puede entrar en esta situación el caso de engaño, mediante suplantación de persona, por ejemplo, que es también un caso evidente de atentado contra la libertad sexual.

3.4.3.- Manifestación de voluntad irrelevante

En la tercera forma de violación (numeral primero del Art. 512), la más grave, la ley considera que la edad de la víctima impide darle valor legal a la eventual manifestación de voluntad que pudiera haber hecho. Por ello es suficiente, para probar la existencia de la violación, establecer su edad.

Hasta las reformas de 1998, la edad límite era doce años; tales reformas la extendieron a catorce años. De esta manera, el acceso carnal o la introducción de dedos u objetos, constituirá delito si el sujeto pasivo no ha cumplido catorce años, siendo irrelevante que haya habido o no alguna manifestación de voluntad, que hayan existido o no actos de violencia o aprovechamiento de un estado de indefensión.

Es evidente que la ley quiere proteger a quienes, por su edad, carecen todavía de la capacidad y del conocimiento suficientes para tomar decisiones en una materia tan delicada como la sexual; tomando en cuenta además que el acto del cual son víctimas tendrá efectos seriamente negativos para una adecuada formación personal. Por cierto que cualquier edad que fije el legislador es convencional y, en casos concretos, podrá no corresponder al desarrollo físico, intelectual y emocional estándar.

A nuestro parecer la edad de catorce años, que es el actual límite legal, resulta elevada. En primer lugar, si se toma en cuenta el conjunto de la población ecuatoriana, en especial en determinadas regiones en que la vida sexual comienza a edad muy temprana. Por otra parte, el Código Civil (Art. 95) considera válido el matrimonio celebrado por una mujer mayor de doce años, para el cual necesariamente debe haber prestado su consentimiento, además, por cierto, de contar con la autorización de su representante legal o de un juez.

Por otra parte, en una forma incoherente, una de las disposiciones agregadas por la Ley 2005-2, establece que en los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años es irrelevante. Aplicando esta norma al pie de la letra podría significar que toda relación sexual con una persona menor de dieciocho años es violación. No parece que esa pudiera haber sido la intención del legislador.

3.5.- Elemento subjetivo

En general los delitos de este Título son dolosos, y la violación lo es indudablemente. Esto quiere decir que el sujeto activo actúa con conciencia de la falta de consentimiento, la situación de indefensión o la edad del sujeto pasivo; y de la naturaleza de la conducta que realiza. Por eso algunos autores sostienen que en este delito, y en otros de este Título, debe haber la concurrencia de un ánimo libidinoso que dirige el acto a la satisfacción de un apetito sexual.

El indispensable carácter doloso de la violación excluye, por lo mismo, la posible existencia de una forma culposa. Inclusive el dolo sería directo (el autor del hecho busca el resultado) y excluiría la posibilidad de un dolo eventual, salvo hipótesis poco frecuentes, como las que se señalan más adelante.

3.6.- Casos de error

La exigencia del dolo, como el elemento subjetivo indispensable de la violación, lleva a considerar los posibles casos de error que se podrían producir y que podrían afectar la existencia del dolo. En efecto podrían darse errores de prohibición (que en la práctica jurídica ecuatoriana se considerarían errores de derecho) y errores de tipo (errores de hecho esenciales).

El primer caso se daría si el sujeto activo desconoce que el delito existe cuando el sujeto pasivo tiene menos de catorce años de edad. El segundo caso se produciría cuando el sujeto cree erróneamente que el sujeto pasivo tiene más de catorce años o ignora que sufre una perturbación mental y, por tanto, considera que su consentimiento tiene plena validez. En estos casos el sujeto activo no habría actuado con el dolo propio de la violación: realizar el acceso carnal sin contar con el consentimiento válido de la otra persona. Podría, sin embargo, haber dolo eventual, si el sujeto activo se representaba, como posible, la edad o la perturbación de la víctima.

Como se ha señalado oportunamente, el Código ecuatoriano no tiene un tratamiento sistemático del error. Conserva por cierto (Art. 3) el antiguo principio de que la ignorancia de la ley no es causa de excusa, con lo cual el error de derecho no podría ser invocado, a pesar de la evidente vulneración que implica de los fundamentos de la culpabilidad. Los errores de tipo, en cambio, podrían alegarse sosteniendo que, en conformidad con el Art. 32, nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción si no lo ha cometido con voluntad y conciencia.

3.7.- Agravantes

Tres situaciones establece el Código para agravar el delito de violación: grave perturbación de la salud o muerte de la persona violada, calidad del sujeto activo, concurrencia de personas al delito. Se examinarán estos tres casos.

a) Grave perturbación de la salud o muerte:

Esta circunstancia agravante se produce cuando la perturbación de la salud o la muerte es consecuencia de la violación, como expresamente lo señala el Código (Art. 514). Estamos ante un caso en que el resultado califica el delito, sea cual fuere el análisis de la culpabilidad que pudiera realizarse. Solamente en el caso de que el agente hubiere buscado directamente la muerte y empleado un medio idóneo para causarla, estaríamos en un caso de asesinato (Art. 450 numeral noveno) y, por tanto, en una situación de concurrencia de los dos delitos.

También produce alguna dificultad el establecer lo que el legislador quiso decir con "perturbación grave en la salud". Por lo pronto parece que no se considerarían como agravantes las lesiones leves que la violación, en el primer supuesto, podría causar de una manera, podríamos afirmar, consustancial a su propia naturaleza de acto violento. Los daños producidos deben ser graves, atendiendo a las condiciones de quien las sufrió, pero no hay en el Código un criterio suficiente para calificar a una lesión de grave o leve, por lo que la circunstancia tendría que ser apreciada por el juez.

b) Calidad del sujeto activo:

La agravación se fundamenta en este caso en el especial disvalor de la conducta del agente pues, al cometer la violación, incumple además determinados deberes específicos que nacen de su condición y que le obligaban a cuidar de la víctima del delito. Estas calidades son las siguientes (el primer caso está previsto en el Art. 514; los demás, en el Art. 515):

- Parientes del sujeto pasivo: descendientes, ascendientes, hermanos o parientes por afinidad en línea recta;
- Personas que tienen autoridad sobre la víctima;
- Institutores o sirvientes, o sirvientes de las personas ya mencionadas;
- Funcionarios públicos, que abusen de su posición para cometer el delito;
- Ministros de un culto religioso, que igualmente abusen de su posición;
- Profesionales de la salud y personal responsable del cuidado de un paciente, cuando éste fuere la víctima.

c) Auxilio de personas

Esta circunstancia agravante (Art. 515) opera cuando el sujeto activo ha sido auxiliado por una o más personas en la ejecución del delito. Al no determinarse expresamente en qué debe consistir el auxilio, deberá entenderse que puede ser de cualquier clase.

3.8.- Penas

Las últimas reformas aumentaron significativamente las penas para este delito: doce a dieciséis años de reclusión mayor para los casos de uso de violencias o amenazas o aprovechamiento de situaciones de indefensión; y reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años cuando el sujeto pasivo sea menor

de catorce años.

Pero estas reformas introdujeron una fórmula incongruente al determinar las penas del delito, en el caso de concurrir las agravantes de grave perturbación de la salud o muerte y de parentesco entre los sujetos activo y pasivo.

En efecto, si se produjere una grave perturbación en la salud, la pena será de doce a dieciséis años de reclusión mayor, es decir la misma que se establece para el delito en los dos primeros casos, y menor que la prevista para el tercer caso (menores de catorce años). Si se produjere la muerte de la víctima, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, más alta que la pena para el delito sin agravantes en los dos primeros casos, pero también igual a la pena sin agravantes, en el tercero. Y en el caso de la agravante por parentesco, la pena será siempre de reclusión mayor especial, sea cual sea la edad de la víctima o el resultado de lesiones o muerte. A esta pena se agregaría la pérdida de la patria potestad, si fuere pertinente.

En cuanto a los otros casos relacionados con la calidad del sujeto activo y el auxilio de personas, la regla es más sencilla: el mínimo de las penas se aumentará en cuatro años.

Finalmente hay que anotar que en el caso de concurrencia de delitos sexuales, cabe la acumulación de penas hasta un máximo de treinta y cinco años.

3.9.- Antijuridicidad

Tema de un amplio debate, en general superado, ha sido el de la posible existencia de una causa de justificación, que eliminaría el carácter ilícito del acto, en el caso de acceso carnal entre cónyuges, consumado por el marido empleando violencias.

La posición afirmativa se ha sustentado en el supuesto ejercicio de un legítimo derecho concedido al marido, al celebrarse el matrimonio, para mantener relaciones sexuales con su cónyuge. Cuando más, han sostenido, podría responder, no del acceso carnal, sino de las violencias, si son de aquellas que pueden constituir un delito de lesiones o de intimidación.

La posición contraria, que predomina actualmente, sostiene que en tal caso sí hay violación, pues si bien la ley establece de manera general el derecho de los cónyuges, no puede negar a uno de ellos el derecho a resistir ante un acceso sexual en determinadas circunstancias o de determinadas maneras. El caso, por ejemplo, de embriaguez o de una enfermedad contagiosa, justificarían el rechazo y, si se lo supera con violencias, habría violación.

3.10.- Participación

Ya se señaló que el auxilio de personas que reciba el violador constituye una circunstancia agravante de la conducta del violador; pero la ley solo regula la situación de éste y nada dice sobre el grado de responsabilidad penal que tendrían los que les prestaron auxilio. Al respecto pueden producirse varios casos.

- Una primera situación se daría si también los que auxiliaron consumaron el acceso carnal en forma consecutiva. En tal caso, todos ellos estarían comprendidos en la norma aludida.

- Una segunda situación se produciría si los que auxiliaron se limitaron a hacerlo, usando violencias o intimidación para anular la resistencia del sujeto pasivo, sin consumar por tanto, el acceso carnal. Serían entonces cooperadores, y en la generalidad de los casos, cooperadores necesarios, a quienes el Código (Art. 42) reputa y sanciona como coautores. Pero la pena sería la misma que la del autor material, con la agravación prevista. En el mismo caso estarían los instigadores, si la instigación fue decisiva para la comisión del delito.

- También podría haber cómplices, que cooperaron secundaria e indirectamente (Art. 43) para la realización del delito; pero en cada caso habría que determinar si se les comunica o no las distintas

circunstancias agravantes.

- Finalmente podría darse una participación omisiva, cuando el que debía hacerlo no impidió la comisión del delito. También se lo podría calificar de coautor.

En todo caso, se debe señalar que todas las formas de participación exigen dolo, es decir el acuerdo, que puede ser expreso o tácito, entre los partícipes.

3.11. - Iter críminis

Al ser la violación un delito que exige un resultado material determinado (el acceso carnal o la introducción, como ahora lo establece la ley; o la penetración, como lo ha señalado la doctrina), plantea un especial problema de deslinde entre el delito consumado y las fases previas de ejecución del delito.

El delito quedaría consumado cuando se ha producido la introducción o penetración por la vía vaginal, anal o bucal, del miembro viril, los dedos u objetos, así sea parcial. El solo contacto sexual, sin introducción no implicaría la consumación (aunque así se lo haya considerado en una sentencia de la Corte Suprema, Registro Oficial 234, de 15 de julio de 1999). Si esta no se produjo, por causa ajena a la voluntad del agente (resistencia de la víctima, intervención de terceros, imposibilidad de penetración por razones anatómicas o fisiológicas, etc.) se estaría en un caso de tentativa.

También puede ser compleja la delimitación entre actos preparatorios, que quedan impunes, y actos de ejecución, que constituyen la tentativa. Según el Art. 16, estos últimos deben ser inequívocos, es decir destinados, con ánimo libidinoso, a realizar el acceso carnal. Quedará a criterio del juez, en cada caso concreto, decidir si los actos realizados, unos más lejanos (por ejemplo, conducir a la persona a un lugar determinado), otros más próximos (despojarla de prendas de vestir), son ya actos de ejecución. Por cierto que el empleo de violencias y amenazas parecen ser ya característicos de la tentativa.

También deberá decidir si el delito que se pretendía ejecutar era violación o solamente un abuso sexual. Objetivamente podría no encontrarse diferencia, pero la intención del autor es claramente distinta, pues en el primer caso el sujeto activo pretende un acceso carnal que no llega a efectuarse. En el segundo caso, el sujeto no busca el acceso. En caso de duda, se debería optar por esta última hipótesis.

También podrían darse casos de desistimiento voluntario que, según el mismo Art. 16, es generalmente impune, salvo que los actos realizados constituyan una infracción diversa, que no podría ser otra que un abuso sexual.

3.12.- Concurso de delitos

Dos cuestiones deben ser examinadas en este apartado.

- Se dan casos en que la violación, con los mismos sujetos activo y pasivo, con los mismos medios o aprovechando las mismas condiciones (indefensión o edad) puede repetirse en distintos momentos. ¿Podrá considerarse la suma de estos actos como un delito continuado o deberá entenderse que cada uno de los actos es un delito distinto? La doctrina está dividida, pero hay legislaciones como la española que expresamente excluyen el caso de la calificación de delito continuado, por la naturaleza del bien jurídico lesionado. Por cierto que nuestro Código no recoge la figura de delito continuado.

- El otro caso puede darse cuando, además de la violación, el sujeto activo ha realizado otros actos de abuso sexual. ¿Quedarán absorbidos estos abusos por la violación? La doctrina (Begué Lezaún) opina que si estos son previos a la violación, quedarían absorbidos por ésta; pero si son posteriores constituirían delitos distintos.

3.13.- Reglas adicionales

La Ley reformatoria 2005-2 introdujo, en artículos innumerados, varias reglas, como disposiciones

comunes a los delitos sexuales, que deben ser tomadas en cuenta por el juzgador (se señaló ya la acumulación de penas para el caso de concurrencia de delitos):

- La acción penal prescribirá en el doble del máximo de la pena prescrita para cada delito, pero no podrá exceder de cincuenta años. La pena prescribirá en el doble del tiempo de la condena, pero no más de treinta y cinco años ni menos de cinco.

- El comportamiento público o privado de la víctima, anterior a la comisión del delito, no será considerado dentro del proceso. Se excluye, por tanto, cualquier alegación de provocación.

- No se aplicarán para delitos sexuales, cometidos contra menores de dieciocho años, las reglas generales de modificación de las penas, condena condicional y libertad condicional, establecidas en el Capítulo II del Título IV del Libro Primero del Código. Según esta norma, de un extremismo exacerbado, ni siquiera cabría la consideración de circunstancias atenuantes.

3.14.- Delito de lesa humanidad

Cabe anotar en este punto, que el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Art. 7) enumera a la violación entre los crímenes de lesa humanidad, "cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque".

4.- El abuso sexual

La Ley reformatoria 2005-2 derogó los Arts. 505, 506 y 507, que tipificaban y sancionaban el delito de atentado contra el pudor (aunque no se eliminaron la referencia en la denominación del Capítulo ni el Art. 508, al que haremos referencia más adelante). En cambio agregó un artículo innumerado en el que se describe una conducta que, por su naturaleza, podría calificarse de abuso sexual.

Dejando a un lado la incorrecta técnica legislativa que se empleó en esta reforma (lo que trajo como consecuencia que muchos jueces considerasen que había desaparecido el delito y que la ley derogatoria debía aplicarse retroactivamente a los casos anteriores; y que se dictara inclusive una ley interpretativa), se examinarán a continuación los elementos característicos de la nueva figura penal, destacando, de ser necesario, las diferencias con la anterior.

4.1.- Bien jurídico

Igual que el atentado contra el pudor (a pesar del nombre, que podría prestarse a una interpretación equívoca), el delito incorporado es una conducta que atenta contra la libertad sexual. En efecto, se trata de un acto que se comete contra la voluntad de la víctima, empleando medios para conseguirlo, o alternativamente aprovechando la situación de desventaja en que tal persona se encuentra.

4.2.- La conducta típica

El artículo innumerado contiene los siguientes elementos:

- Núcleo: Someter a una persona;

- Sujeto pasivo: Menor de dieciocho años o con discapacidad;

- Propósito: Para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal.

En definitiva el delito consiste en obligar a una persona, utilizando los medios especificados en la ley interpretativa, a realizar actos de naturaleza sexual, sin llegar al acceso carnal, con el alcance que el propio legislador le ha dado a esta frase en el Art. 512, pues en tal caso el delito sería violación.

La naturaleza sexual del acto deberá ser apreciada por el juez, tomando en cuenta no solamente su aspecto objetivo, como hecho, sino también la intención del sujeto activo, regularmente libidinosa, y la condición del sujeto pasivo. En la llamada ley interpretativa (en realidad, reformatoria), que se expidió posteriormente, se señaló que los actos podrían realizarse en el propio cuerpo de la víctima (¿por ella misma?), en el cuerpo de un tercero o en el cuerpo del sujeto activo.

El atentado contra el pudor, excluido de la legislación, tenía otro carácter: se sancionaban los actos de carácter sexual realizados por el sujeto activo "en la persona de otro", es decir sobre el cuerpo de la víctima, sin llegar al acceso carnal (contactos físicos, tocamientos y hasta se llegó a debatir si dar un beso podía tener carácter delictivo). En rigor, los posibles actos del sujeto activo no se encuentran previstas en la actual descripción legal, que sanciona el sometimiento a la víctima para que ésta realice los actos de carácter sexual.

4.3.- Los sujetos activo y pasivo

Al excluirse el acceso carnal, no cabe duda de que el sujeto activo puede ser una persona de uno u otro sexo, que igualmente puede ser sujeto pasivo de la infracción.

Pero la norma incorporada limita la condición de sujeto pasivo a las personas menores de dieciocho años o que sufran una discapacidad. Esto quiere decir que si el sometimiento se dirige contra una persona que ha cumplido ya dieciocho años y que no sufre una discapacidad, no habría delito, aunque haya sido obligada a realizar actos de naturaleza sexual. Se trata, sin duda, de una grave omisión cometida por el legislador.

4.4.- Los medios

La ley reformatoria originariamente no hacía una especial determinación de los medios a través de los cuales se sometía a la víctima para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual. En la ley interpretativa posterior, se señaló que los verbos "someter" y "obligar" debían entenderse como la realización de actos momentáneos o permanentes para doblegar la voluntad de la víctima; o, alternativamente, el empleo de violencias, amenazas o cualquier forma de inducción o engaño.

En todo caso, hay una suerte de contradicción entre esta norma y la que también se agregó entre las disposiciones comunes, que fueron señaladas respecto a la violación. La norma común señala que en los delitos sexuales el consentimiento, dado por la víctima menor de dieciocho años de edad, será irrelevante. Con esta regla general, ya no tendría sentido hablar de sometimiento o el empleo de medios para obligar a la persona a realizar los actos sexuales. Habría delito por el solo hecho de la edad, sean cuales fueren los medios que se hubieren empleado. ¿Eso es lo que quiso tipificar el legislador?

4.5.- Elemento subjetivo

Como todo delito sexual, también esta conducta tiene un carácter doloso, que concretamente aparece, tanto del conocimiento que el sujeto activo debe tener de la edad o de la condición de la víctima, como por el empleo de los medios previstos en la ley.

Cuando estaba vigente el atentado contra el pudor, se consideraba que había ausencia de dolo en aquellos casos que, objetivamente, podrían ser calificados como tales, pero realizados sin ánimo sexual. Piénsese, por ejemplo, en el reconocimiento que un médico realiza a un paciente.

4.6.- Penas

La ley reformatoria sanciona el delito con reclusión mayor de cuatro a ocho años . El atentado contra el pudor se sancionaba con prisión de uno a cinco años, pero se preveían agravantes.

En conformidad con las disposiciones comunes en este Título, las penas pueden acumularse.

4.7.- Iter críminis

El Art. 508, que no ha sido derogado, aunque su actual pertinencia es discutible, establece una regla bastante singular, tomada de los antiguos códigos francés y belga: "El atentado existe desde que hay principio de ejecución". La interpretación que se le ha dado es que, en este tipo de delitos, no hay tentativa, pues apenas se ha producido el principio de ejecución hay ya delito consumado. Si se estima que éste es un delito formal, que no admite fragmentaciones en la fase de ejecución, es claro que apenas comienza la ejecución, hay ya consumación.

4.8.- Otras reglas

Las disposiciones comunes para este Título, agregadas por la ley reformatoria, que se examinaron al tratarse de la violación, son igualmente aplicables a este delito.

5.- El estupro

También se han introducido varias reformas en el tratamiento penal del estupro, según se señalará más adelante, pero se mantiene en lo fundamental la tipificación previa.

5.1.- Bien jurídico

También el estupro es un delito contra la libertad sexual, aunque en este caso sí hay un consentimiento; pero persiste la lesión jurídica porque la persona que ha consentido es menor de edad y ese consentimiento ha sido obtenido mediante el empleo de actos de engaño y seducción.

5.2.- La conducta típica

El Art. 509 reformado establece como elementos del delito los siguientes:

- Núcleo: cópula;
- Sujeto activo: cualquier persona;
- Sujeto pasivo: persona mayor de catorce años y menor de dieciocho;
- Medios: seducción o engaño para obtener el consentimiento.

Se analizarán tales elementos.

5.2.1.- El núcleo

Al señalar a la "cópula", como el núcleo de la conducta típica, el Código establece una diferencia con la violación. En este delito, la conducta se describe como "acceso carnal", que se entiende como penetración por vía vaginal, anal u oral. La cópula, palabra que se mantiene del anterior texto, solamente se produciría en el primer caso.

5.2.2.- Los sujetos

El texto anterior del Art. 509, "cópula con mujer honesta", llevaba a determinar que el sujeto activo tenía que ser necesariamente un hombre, pues la relación sexual, la cópula, debía ser en todos los casos con una mujer. La redacción actual, "cópula con una persona", abre la posibilidad de que tanto el sujeto activo como el pasivo puedan ser un hombre o una mujer, aunque siempre con un carácter heterosexual.

En todo caso, el sujeto pasivo, hombre o mujer, debe ser mayor de catorce años y menor de dieciocho. La primera limitación se explica porque si la víctima tiene menos de catorce años, el delito sería violación (¿y si tiene catorce años exactos?); en cambio si ha cumplido ya dieciocho años, no habría delito alguno, pues se presume que la persona debe tener los suficientes experiencia y conocimiento como para prestar un consentimiento válido.

La reforma eliminó la calificación de "honesta", que debía tener la mujer para que exista el delito. Se entendía que la deshonestidad, de carácter sexual, eliminaba la tutela legal. Pero tal calificación era, sin duda, especialmente proclive a una valoración subjetiva, inadecuada en materia penal, y más todavía con la evolución que ha sufrido la sociedad. También se eliminó la posibilidad de que la víctima del estupro tuviera entre doce y catorce años, pues ahora el delito sería violación.

5.2.3.- Los medios

Expresamente el Código señala que debe haberse empleado la "seducción" o el "engaño", para obtener el consentimiento de la víctima.

El primer término es demasiado amplio, pues se refiere a toda clase de requerimientos, halagos, ruegos, promesas, caricias, utilizados para conseguir la aceptación de la relación sexual. Engaño tiene un sentido más restringido, pues se refiere siempre a una falsa representación de la realidad, que puede versar sobre la naturaleza y consecuencias del acto sexual, sobre la ilicitud del mismo, sobre la identidad y condiciones del sujeto activo, sobre sus propósitos, incluyendo en este caso la falsa promesa de matrimonio. En todo caso el Código ecuatoriano exige necesariamente estos medios. Otros códigos establecen la seducción presunta, cuando la víctima tiene determinada edad.

Una nueva contradicción genera, en este punto, la reforma a la que se ha hecho tantas veces referencia. En ella se incluye el artículo ya citado, conforme al cual el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años es irrelevante. Aplicando esta norma, una vez establecida la edad, siempre habría el delito, aunque no se haya empleado la seducción o el engaño.

5.2.4.- El elemento subjetivo

Como todos los delitos sexuales también el estupro es doloso y también en este caso el dolo quedaría eliminado de haberse producido un error de hecho (o de tipo) sobre la edad del sujeto pasivo. Podría haber dolo eventual si al sujeto le es indiferente la edad de la víctima.

5.2.5.- La pena

El estupro se sanciona (Art. 510) con prisión de tres meses a tres años. Antes de la reforma, la pena se agravaba si la edad de la víctima estaba entre doce y catorce años.

5.2.6.- El ejercicio de la acción

Según el Art. 36 del Código de Procedimiento Penal el estupro perpetrado en una persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años, es un delito de acción privada que solo puede ser perseguido mediante querella presentada por el ofendido. Por tanto, si la víctima tiene menos de dieciséis años, la acción penal será pública de instancia oficial.

6.- Otros delitos del Capítulo

6.1. El acoso sexual

Es reciente la incorporación a la legislación penal de este delito. Previamente solo se preveía el delito tradicionalmente llamado de solicitación (en los Arts. 268 y 269 ya derogados), como un delito propio de funcionarios y empleados públicos.

El texto actual, que consta en un artículo innumerado colocado a continuación del Art. 511, tiene un contenido mucho más amplio, conforme se examinará a continuación:

- Sujeto activo del delito es la persona que tenga sobre el sujeto pasivo un situación de superioridad laboral (pública o privada), docente, religiosa o de carácter similar; o que tenga a su cargo trámites o resoluciones de cualquier índole. Se excluye por tanto el acoso a personas de un rango similar, que algunas legislaciones tipifican cuando existe un factor de presión que el sujeto activo ejerce sobre la víctima.

- La conducta consiste en solicitar favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero.

- Al requerimiento debe acompañarse el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima o a su familia un mal relacionado con las "legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación".

- La pena es de prisión de seis meses a dos años; pero si la víctima fuera menor de edad, será de prisión de dos a cuatro años. Al condenado se le prohibirá realizar actividades que impliquen contacto con la víctima.

- Subsidiariamente se sancionará con prisión de tres meses a un año el que solicitare favores o realizare manifestaciones de naturaleza que atenten contra la integridad sexual, sin que la conducta corresponda a la conducta anteriormente señalada.

Se trata indudablemente, como ocurre con los delitos sexuales, de una conducta dolosa, lo que se advierte del anuncio de causar un mal, que va unido al requerimiento.

6.2.- Homosexualismo

El primer inciso del Art. 516 sancionaba con reclusión mayor de cuatro a ocho años los actos homosexuales que no constituyan violación. El Tribunal Constitucional suspendió los efectos de esta norma por considerarla inconstitucional; pero quedaron vigentes los incisos segundo y tercero.

En estos incisos se sancionan los actos de homosexualismo cometidos por padres, otros ascendientes, ministros de culto, maestros de escuela, profesores de colegio o institutores, siendo sujeto pasivo un hijo, descendiente o persona confiada a su dirección o cuidado. Nada dice la ley sobre la edad que debe tener el sujeto pasivo, aunque habrá que entender que debe ser un menor de edad. Inclusive si fuese menor de catorce años, el delito sería una violación.

La pena en este caso será de reclusión mayor de ocho a doce años.

6.3.- Bestialismo

Todavía mantiene el Código (Art. 517) y sanciona con la pena de reclusión mayor de cuatro a ocho años el delito de "bestialidad", aunque la palabra más propia, la que debió usar, es "bestialismo", conducta definida en el Diccionario como la relación sexual de personas con animales.

Es obvio que se trata de un rezago de viejas normas penales que pretendían tipificar delitos contra las buenas costumbres, pues esta conducta no puede ser considerada un delito contra la libertad sexual de las personas, bien jurídico que identifica a los delitos que integran este Título.

7.- Proxenetismo y corrupción de menores

La Ley reformatoria 106, de 1998, sustituyó la denominación del Capítulo III de este Título y derogó los Arts. 521 a 528, que tipificaban delitos de corrupción de menores, rufianería y ultrajes a las buenas costumbres. En su lugar, incluyó, con evidente desorden en su contenido, seis artículos innumerados, tipificando varias conductas que corresponden a la denominación escogida. Se analizarán los diferentes casos.

7.1.- Proxenetismo

El primero de los artículos innumerados introducidos en este Capítulo tipifica al proxenetismo como la conducta de "facilitar o promover la prostitución de otra persona", es decir la práctica de relaciones sexuales a cambio de dinero. El Diccionario agrega, como característica del proxenetismo, la obtención de un beneficio como fruto de la prostitución de otra persona. Sin embargo este ánimo de lucro no está previsto en dicha norma, aunque sí aparece en el tercer artículo innumerado.

El proxenetismo se sanciona con prisión de uno a tres años; pero se establece que no habrá tal sanción si el autor tuviere a su cargo una casa de tolerancia establecida conforme a los reglamentos expedidos sobre esta materia. Es decir cuando se trate de una actividad autorizada legalmente. El derogado Código de la Salud señalaba (Art. 77) que la prostitución sería tolerada en locales cerrados y prohibía su ejercicio clandestino, y reglamentariamente se establecía el control sanitario sobre tales locales. La actual Ley Orgánica de Salud no contiene una norma similar, pero mantiene transitoriamente vigentes los reglamentos anteriores.

La exención prevista en este artículo contradice lo señalado en el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, suscrito por el Ecuador (Registro Oficial 153, de 25 de noviembre de 2005). El Convenio señala (Art. 2) que debe castigarse a quienes mantengan o administren casas de prostitución, participen en su funcionamiento, dieren o tomaren en arriendo a sabiendas edificios o locales para explotar la prostitución ajena. Estas normas de carácter internacional, conforme a la Constitución, prevalecen sobre las normas de derecho interno, como la que estamos comentando.

Por otra parte, el artículo innumerado cuarto determina que "se reputará" como proxenetismo la conducta de quien, mediante seducción o engaño, "sustrajere" a una persona para entregarle a otro con el objeto de que tenga relaciones sexuales. En tal caso habría un concurso de delitos, pues la sustracción es una conducta que afecta a la libertad individual, que se tipificaría como rapto, según se verá más adelante, o como plagio.

7.2.- Circunstancias agravantes

El segundo artículo innumerado eleva la pena a reclusión de seis a nueve años, si se da una de la circunstancias siguientes:

- La víctima fuese menor de catorce años;
- Se empleare violencia, engaño, abuso de autoridad o cualquier otro medio coercitivo;
- La víctima se encontrare por cualquier causa privada de la capacidad de prestar su consentimiento;
- El autor es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; o es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor o curador o tiene bajo su cuidado por cualquier motivo a la persona prostituida;
- La víctima se encuentra en situación de abandono o de extrema necesidad económica;
- El autor ha hecho del proxenetismo su oficio o modo de vida.

Se agrega que en cualquiera de estos casos no se aplicará la exención prevista en el artículo anterior.

7.3.- Explotación de la prostitución

El tercer artículo innumerado sanciona con prisión de dos a cuatro años a quien "explote" la ganancia obtenida por una persona que ejerza la prostitución. Esta conducta se identifica más claramente con el concepto de proxenetismo, pues hace referencia expresa a la explotación, es decir al beneficio económico que obtiene el sujeto activo del pago que recibe la persona que ejerce la prostitución.

La conducta se agrava si la persona que ejerce la prostitución, de "víctima" le califica la norma, es menor de catorce años, descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o conviviente o estuviese bajo su cuidado. La pena será en este caso de reclusión menor de tres a seis años.

7.4.- Traslado de personas para el ejercicio de la prostitución

El quinto artículo innumerado sanciona con prisión de dos a cuatro años al que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución. Con la misma pena se sanciona el traslado de personas, con el mismo propósito, dentro del país.

La pena será de tres a seis años de reclusión si concurriere algunas de las circunstancias agravantes previstas en los artículos anteriores.

7.5.- Normas internacionales relativas a prostitución

Ya se señaló la existencia de un convenio internacional que exige a los estados el establecer normas punitivas de la explotación de la prostitución de otras personas. Pero la normativa internacional respecto a este tema es muy amplia y exige de los Estados signatarios adoptar políticas, entre ellas la expedición de normas penales, para prevenir y sancionar conductas vinculadas con la práctica de la prostitución en diversas circunstancias y situaciones personales.

Entre estos tratados internacionales, cabe señalar la Convención Interamericana relativa a la violencia contra la mujer, la Convención para la eliminación de formas de discriminación contra la mujer, las Convenciones de Derecho Internacional Humanitario, el Convenio 182 de la OIT sobre formas de trabajo infantil, la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, la Convención sobre los derechos del niño y el Protocolo de Palermo sobre la trata de personas.

Adicionalmente, el Estatuto de Roma considera que la prostitución forzada es un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra, según el caso, que estaría sujetos a la competencia del Tribunal penal Internacional.

7.6.- Corrupción de menores

El sexto artículo innumerado de la Ley 106 sanciona, con prisión de uno a tres años, tres conductas, en las que el sujeto pasivo debe ser necesariamente una persona menor de catorce años. Estos actos de corrupción atentan no solamente contra la libertad sexual de los menores, sino también contra el derecho a desarrollar su personalidad en condiciones adecuadas, como garantía fundamental que presta el sistema jurídico.

Las conductas son:

- La exposición, venta o entrega de objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas obscenas, que puedan afectar gravemente el pudor o excitar o pervertir su instinto sexual.

- La incitación a la ebriedad o a la práctica de actos obscenos;

- El facilitarle la entrada a prostíbulos o centros de corrupción, como cines o teatros, que brinden espectáculos obscenos.

La triple referencia a la "obscenidad" que se hace en este artículo plantea una cuestión que ha sido un permanente objeto de polémica, pues la palabra tiene un contenido moral y social de carácter valorativo, en el que intervienen consideraciones subjetivas. ¿Cuándo una conducta sexual debe ser considerada obscena y cuándo no? ¿Tal calificación depende del acto en sí mismo, lo que llevaría a suponer que hay actos sexuales que no son obscenos, mientras que otros son perversos y condenables? ¿O son, más bien, las circunstancias en que el acto se realiza o la condición de quienes participan en él, los factores que determinan tal calificación?

Parecería que en este caso el carácter delictivo tiene relación fundamental con la edad de los destinatarios de las conductas señaladas, por lo cual los objetos, los libros, las imágenes, los actos o los espectáculos "obscenos" son tales simplemente por tener un explícito contenido sexual, que afectan el pudor de los menores o excitan o pervierten su instinto sexual. Por supuesto que la incitación a la ebriedad tiene otra razón de ser.

Las conductas deben ser dolosas, pero bastaría el dolo eventual.

8.- Los delitos de explotación sexual

La Ley 2005-2 agregó a este Título un nuevo Capítulo, con siete artículos innumerados, bajo la denominación genérica "De los delitos de explotación sexual". Aunque tal denominación marca la característica común de los delitos incluidos, en este Capítulo se tipifican conductas de variada naturaleza, alguna de las cuales, inclusive, tienen coincidencia con delitos previstos en otros capítulos.

8.1.- Pornografía infantil

El primero de los artículos innumerados de este Capítulo, en su amplio y complejo texto, tipifica varias modalidades de una conducta que corresponde al extendido concepto de pornografía infantil. El legislador se ha inspirado notoriamente en la norma española del Código de 1995.

Se examinan a continuación los distintos elementos de la figura legal.

8.1.1.- El bien jurídico

La expresa exigencia legal de que el sujeto pasivo de este delitos sea una persona menor de dieciocho años permite determinar claramente que el bien jurídico que se protege a través de esta norma penal es la libertad de quienes, por su edad, no están en condiciones de prestar válidamente su consentimiento para actos de contenido sexual, que pueden afectar al desarrollo adecuado de su personalidad. Conducta tanto más grave cuanto que tales actos están preordenados a finalidades de lucro.

El legislador ha valorado este bien jurídico de una manera especialmente significativa, como se deduce de la extremada gravedad de las penas establecidas.

8.1.2.- La tipicidad

Cinco modalidades del delito se prevén en este artículo, que en todos los casos exigen la participación o exhibición de menores de dieciocho años:

- Producir, publicar o comercializar imágenes pornográficas, utilizando (así debe entenderse) materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos o cualquier otro soporte físico o formato;
- Organizar espectáculos en vivo con escenas pornográficas;
- Distribuir imágenes pornográficas, ya sea en grabaciones o en fotografías;

- Facilitar el acceso a espectáculos pornográficos;
- Suministrar material pornográfico.

Para la tipificación de estas conductas, no hace falta que el sujeto haya empleado medios violentos o engañosos; el delito existirá aunque el sujeto pasivo haya dado su consentimiento, que sin duda en esta caso es irrelevante.

8.1.3.- Lo pornográfico

En la descripción de todas estas modalidades se hace referencia a la pornografía (imágenes o escenas pornográfica, espectáculos pornográficos, material pornográfico). Pero también se trata de un concepto de difícil precisión. El Diccionario simplemente afirma que la pornografía es el carácter obsceno de una obra literaria o artística, por lo cual resulta aplicable a esta figura lo dicho anteriormente sobre la obscenidad. La jurisprudencia internacional suele agregar, como elemento distintivo de la pornografía, la ausencia de valores estéticos o científicos. Por esta razón suele hacerse la diferencia entre pornografía y erotismo, en el que subsiste un valor artístico, aunque no sea fácil en muchos casos establecer el límite entre lo uno y lo otro.

Pero en esta figura penal, el posible componente artístico que pudieran tener las imágenes o espectáculos pasa necesariamente a un segundo plano. La razón de ser de la norma es la utilización de menores, ya sea en actos con algún contenido sexual o inclusive con la sola exposición de su cuerpo o de partes de su cuerpo, sin que sea necesario el hacer una valoración estética de tales imágenes o espectáculos. Por ello, aunque se pudieran señalar la existencia de tales valores, subsiste el carácter delictivo.

Por la misma razón este carácter delictivo no radica rigurosamente en la producción, publicación o difusión de materiales pornográficos, sino que se fundamenta en la especial protección que da el sistema jurídico a los menores de edad.

8.1.4.- El sujeto pasivo

Como ya se indicó, la calificación de pornografía infantil, que se extiende a pornografía adolescente, se debe a la edad de quienes son utilizados en estos actos pornográficos: menores de dieciocho años que participan en las imágenes o espectáculos o son el objeto de la exhibición.

Por cierto que en las distintas modalidades del delito, la ley establece variantes de edad que no tienen una clara justificación. Así, en la primera y la segunda modalidad el sujeto pasivo debe ser mayor de catorce y menor de dieciocho años; en la tercera y en la cuarta debe ser mayor de doce y menor de dieciocho; y en la quinta, simplemente menor de edad. Por cierto que en todos los casos, es una circunstancia agravante que la víctima sea menor de doce años.

8.1.5.- El elemento subjetivo

Aunque la ley nada dice sobre el aspecto subjetivo del delito, en tal caso debe entenderse que se trata de un delito doloso, lo cual además concuerda con la naturaleza de las conductas tipificadas.

8.1.6.- Las penas

El delito en sus diversas modalidades se sanciona con reclusión menor de seis a nueve años; pero la pena se agrava en dos casos:

- Cuando la víctima sea menor de doce años, sufra una discapacidad o una enfermedad grave incurable. La pena será entonces de reclusión mayor de doce a dieciséis años; y en caso de reincidencia será de veinticinco años de reclusión mayor especial.

- Cuando el infractor sea el padre, la madre, parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tutores, representantes legales, curadores, personas del entorno íntimo de la familia (?), ministros de culto, profesores, maestros o persona que por su profesión haya abusado de la víctima. La pena será en este caso de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años. Si la víctima fuere

menor de doce años, se aplicará el máximo de la pena.

Además se establece el comiso de los objetos y bienes producto del delito y la inhabilidad (¿perpetua?) del condenado para "el empleo, profesión u oficio", lo que en otras palabras significa condenarle a la desocupación o vagancia permanentes. Para mayor incoherencia se establece como pena el pago de indemnización, cuya naturaleza es obviamente distinta.

8.2.- Utilización sexual de personas mayores

El segundo artículo innumerado condena a reclusión mayor de cuatro a ocho años a quien, mediante violencia, intimidación o engaño, utilizare a personas mayores de edad en espectáculos que impliquen exhibición total o parcial de su cuerpo con fines sexuales.

Se advierte que la conducta ya no hace referencia expresa a la condición de pornográficos de los espectáculos, posiblemente porque en ellos intervienen personas mayores de edad, y por esta misma razón, más allá de tal calificación, se exige la utilización de ciertos medios para obtener la participación de tales personas.

8.3.- Turismo sexual

Los artículos innumerados tercero y cuarto se relacionan con una actividad que, en los últimos años, ha sido denunciada en varios países: el llamado turismo sexual. En esa línea se han tipificado dos conductas.

8.3.1.- En primer lugar se sanciona con reclusión menor de seis a nueve años y multa a quien organiza, ofrece o promueve actividades turísticas que impliquen (incluyan) servicios de naturaleza sexual. También se establece como sanción la extinción de la persona jurídica que, debe entenderse ha servido para organizar, ofrecer o promover la actividad turística o el cierre de la empresa si pertenece a una persona natural. Con esta norma el legislador ecuatoriano ha extendido la sanción penal a las personas jurídicas.

La tipificación de este delito corresponde a un delito de peligro abstracto, cuya consumación se produce por el solo hecho de organizar, ofrecer o promover las actividades turísticas, sin que sea necesario que se hayan cumplido tales actividades con el componente sexual ofertado.

Siendo este un delito de peligro abstracto, no se logra entender con claridad las circunstancias agravantes que ha establecido la ley y que se refieren a la edad o a la vulnerabilidad de la "víctima", o a las relaciones de parentesco o de otra naturaleza que el sujeto activo del delito tenga con esta víctima. Pero ¿quiénes son o pueden ser las víctimas en este delito? ¿Las personas a las que se involucra en las actividades turísticas? Parece que no. ¿O quiénes deben prestar los servicios sexuales ofrecidos? Es más lógico, pero, como ya se señaló, el delito existe aunque tales servicios no se lleguen a dar y aunque ni siquiera se lleven adelante las actividades turísticas.

En todo caso, si la "víctima" es menor de dieciocho años, la pena será reclusión menor de nueve a doce años; y si fuere menor de doce años, o vulnerable, o se utilizare violencias, amenazas o intimidación, o hubiere relación de parentesco, de confianza o de autoridad, inclusive religiosa, la pena será reclusión mayor extraordinaria de nueve a doce años (esta pena no está prevista en el Código).

8.3.2.- La segunda conducta tipificada se refiere a quien, por cualquier medio, adquiera o contrate actividades turísticas, conociendo que implican servicios de naturaleza sexual con personas menores de dieciocho años. En este caso la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años.

Como los demás delitos sexuales, estos también son dolosos.

8.4.- Captación o traslado de personas con finalidad sexual

En el quinto artículo innumerado se hace una compleja descripción de una conducta que consiste en la movilización de personas con fines de explotación sexual.

En concreto la conducta se describe con cinco verbos (promover, inducir, participar, facilitar o favorecer) para obtener cinco objetivos: captación, traslado, acogida, recepción o entrega de personas con fines de explotación sexual. Se requiere además el empleo de ciertos medios: amenaza, violencia, engaño o cualquier otra forma fraudulenta. La pena será de reclusión mayor de cuatro a ocho años.

Como en el caso anterior, se prevén las mismas agravantes, relativas a la edad, condición o situación de la "víctima", que en este caso sí existe. Y se agrega una nueva circunstancia: si la víctima como consecuencia del delito sufre una lesión física o daño psicológico permanente, o contrae una enfermedad grave o mortal. En esta caso, la pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años.

8.5.- Otras formas de explotación sexual

El séptimo artículo innumerado sanciona a quien induzca, promueva, favorezca o facilite la explotación sexual de menores de dieciocho años o que sufran alguna discapacidad, a cambio de remuneración o cualquier otra retribución. También a los que se apropien de todo o parte de estos valores.

Aunque todos los delitos de este Capítulo se califican en general como de explotación sexual, en concreto las conductas que se tipifican en este caso parecen relacionarse con el ejercicio de la prostitución por parte del sujeto pasivo, pues se menciona remuneración o retribución.

La pena de reclusión menor de seis a nueve años, comiso de bienes adquiridos con los frutos del delito e indemnización de daños y perjuicios. Se agrava la pena (reclusión mayor de doce a dieciséis años) si la víctima es menor de catorce años; y a reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, en caso de reincidencia.

Hay que anotar que la explotación de la prostitución, bajo la denominación de proxenetismo, ya fue tipificada como delito en las reformas de la Ley 106, de 1998, según se ha señalado anteriormente.

8.6.- Resultado de muerte

El sexto artículo innumerado agrega una agravante para todos los delitos del Capítulo: la muerte de la víctima (se ha señalado ya que en alguno de ellos no habrá víctima). La pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

Aunque todos los delitos sexuales son dolosos, lo previsto en este artículo, el resultado de muerte como consecuencia del delito, elimina la consideración del elemento subjetivo, que lo mismo podría ser dolo o culpa, e inclusive caso fortuito. Como en otras normas del Código (plagio, robo, incendio con muerte), se aplica en este caso un criterio objetivo fundamentado en el principio versare in re illicita.

9.- El rapto

El Capítulo IV del Título (que pasaría a ser el sexto por la incorporación de dos nuevos capítulos) tipifica exclusivamente el delito de rapto, que se mantiene en nuestra legislación. En legislaciones más recientes (España, Colombia, Perú) se lo ha eliminado como tal, al considerarlo innecesario en razón de que la conducta básica ya está comprendida y sancionada en el delito de plagio o secuestro.

9.1.- El bien jurídico

El rapto es un delito que afecta en forma primaria a la libertad individual o ambulatoria del sujeto pasivo, pues el delito se consuma con la sola privación de la libertad y aun la denominación del delito se

relaciona con tal situación. Pero esta privación de la libertad está encaminada a realizar un acto sexual sobre la víctima, en condiciones en que también padece su libertad sexual. Esta doble afectación ha determinado que en los códigos la ubicación del delito no esté siempre bien determinada y en algunos casos, como se ha indicado, ha causado su eliminación.

En el Código ecuatoriano, la ubicación entre los delitos sexuales nos revela que para el legislador la ofensa se dirige fundamentalmente contra la libertad en el orden sexual.

9.2.- La tipicidad

Según el Art. 529, los elementos esenciales de la tipicidad del delito son el núcleo, la edad del sujeto pasivo, el elemento subjetivo y los medios empleados.

Núcleo: El Código utiliza las palabras "arrebatar" o "hacer arrebatar", que deben entenderse como la conducta destinada a poner al sujeto pasivo a disposición del raptor para que este pueda cumplir sus finalidades. Esta privación de la libertad puede consistir tanto en una sustracción de la persona, trasladándola de un lugar a otro, como también en una retención de la misma, manteniéndola en un determinado lugar. Es decir conductas similares a las del plagio.

Sujeto pasivo: El Código limita las condiciones del sujeto pasivo. Debe ser, hombre o mujer, menor de edad, pero mayor de siete años. No son muy claras las razones de estas limitaciones. Lo primero, porque si una de las modalidades del rapto se caracteriza por el empleo de la violencia y contra la voluntad del sujeto pasivo, es perfectamente posible que se produzca contra una persona mayor de edad. En cuanto a que el sujeto pasivo tenga más de siete años, posiblemente el legislador considera ingenuamente que bajo esa edad no es factible la existencia de fines deshonestos.

Naturalmente, más allá de estas limitaciones, la conducta podría encuadrarse en la tipicidad de un plagio.

Elemento subjetivo: El arrebato de la persona debe ser para fines deshonestos, que debe entenderse para someterle a la realización de actos de naturaleza sexual, desde una violación hasta solamente un abuso sexual.

La norma del Art. 532 permite concluir que inclusive el rapto puede estar encaminado a obligar a una persona a contraer matrimonio. Desde un punto de vista objetivo, la realización del matrimonio parecería eliminar la deshonestidad, pero en realidad se habría forzado al sujeto pasivo a la realización de actos sexuales a través de un matrimonio, que se habría realizado con una causal de nulidad. Por eso el Art. 532 determina que si hubiere habido matrimonio, hará falta primero que se haya declarado la nulidad de ese matrimonio.

La existencia de esta finalidad sirve también para establecer que el rapto, es un delito doloso, como lo son todos los de este Título.

Medios: El Art. 529 expresamente señala, como los medios que han permitido el arrebato de la persona, violencias, artificios (¿formas engañosas?) o amenazas. El uso de tales medios revela que el rapto se produce contra la voluntad del sujeto pasivo.

Pero el Art. 431 prevé el caso de que el sujeto pasivo, que debe ser una mujer mayor de dieciséis y menor de dieciocho años, haya consentido en el rapto y seguido voluntariamente al raptor. Tal norma también ha sido afectada por la norma introducida por la Ley 2005-2, que determina que en los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años será irrelevante.

9.3.- Las penas

El rapto de una persona se sanciona con prisión de uno a cinco años y multa; pero la pena será de tres a seis años de reclusión menor si la persona raptada es una "niña" menor de dieciséis años; penas básicamente inferiores a las previstas para el plagio.

También la pena es de uno a cinco años de prisión en el caso de que la mujer haya consentido en el rapto y seguido voluntariamente al raptor. Este delito es de acción privada.

9.4.- Concurso de delitos

El rapto se consuma con el solo hecho del arrebato, aunque la finalidad deshonesta no haya llegado a cumplirse; pero si esta finalidad se ha cumplido y se ha cometido, por ejemplo, una violación o un estupro, ¿cuál sería la solución para el caso?

Aunque podría plantearse, como alternativa, que el rapto absorbe al otro delito o viceversa, la opinión mayoritaria se inclina por considerar que hay un concurso de delitos, entre el rapto y el otro delito sexual. Así inclusive lo ha resuelto la Corte Suprema (Gaceta Judicial, Serie XVI, No. 2).

10.- Disposiciones comunes

También la Ley 2005-2 agregó otro Capítulo a este Título, que contiene ocho artículos innumerados, con disposiciones comunes a los delitos sexuales, pero además a los delitos de trata de personas, que esa Ley ubicó en el Título II, en que se incluyen infracciones contra las garantías constitucionales. Por tal razón en cuatro de estos artículos, las disposiciones son aplicables a unos y otros delitos; y en dos, el segundo y el séptimo, solamente son aplicables a los delitos sexuales. Además, contradiciendo el enunciado del capítulo, en dos de los artículos, el sexto y el octavo, se tipifican nuevos delitos, conforme se examinará más adelante.

La disposiciones comunes, que acentúan la gravedad de la reacción penal, se refieren a los siguientes temas:

- En caso de concurrencia de delitos, las penas se acumularán hasta un máximo de treinta y cinco años.

- La acción penal prescribirá en el doble del tiempo de la pena máxima prevista para cada infracción, que no podrá exceder de cincuenta años; la pena prescribirá en un tiempo igual al doble de la condena, pero no será mayor a treinta y cinco años ni menor de cinco. Esta norma solo es aplicable a los delitos sexuales.

- El comportamiento público o privado de la víctima, anterior a la comisión del delito, no será considerado dentro del proceso.

- El consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años será irrelevante.

- Si el responsable de la comisión del delito ejerce, al momento de la comisión, la patria potestad de la víctima o su representación legal, la perderá.

- No se aplicarán en estos delitos, cuando hubieren sido cometidos en contra de personas menores de dieciocho años, la libertad condicional, la reducción y modificación de penas, la suspensión del cumplimiento de la condena ni la libertad condicional. También esta disposición solo es aplicable a los delitos sexuales.

10.1.- Apología de delitos sexuales

El sexto artículo innumerado tipifica el delito que se cometería a través de los medios de comunicación, haciendo apología, esto es la alabanza de delitos sexuales y de trata de personas.

La sanción se dirige contra los representantes legales de los medios de comunicación. Esta norma es absolutamente contraria a los principios de responsabilidad penal, que exige en el sancionado, como autor o partícipe en el hecho incriminado, la comprobación del elemento subjetivo doloso o culposo.

Podría argüirse que la sanción que establece este artículo, una multa, no tiene carácter penal; y que la

sanción para el caso de reincidencia, clausura del medio o reversión de la frecuencia o autorización para su funcionamiento, tampoco tiene tal carácter. Sin embargo tal afirmación queda sin sustento si se toma en cuenta la ubicación de la norma, su contexto y el objetivo manifiesto de la reforma penal que introdujo este Capítulo al Código, que fue establecer nuevas figuras penales en materia sexual.

10.2.- Diversas falsedades

El octavo artículo innumerado de la Ley 2005-2 recoge varias modalidades de falsedad cuya ubicación más lógica, como se verá, debió ser en el Título IX, en que se tipifican los delitos contra el estado civil, pues la conductas, de una manera o de otra, atentan contra la identidad de un niño. Por eso no resulta explicable su ubicación entre los delitos sexuales. Pero, además, al menos dos de las conductas previstas en este artículo están también tipificadas en el Título IX y sancionadas con penas menos severas.

Las modalidades previstas son las siguientes:

- Alterar la identidad de un niño;
- Sustituir a un niño por otro (también prevista en el Art. 542);
- Suponer un embarazo o parto (igualmente prevista en el Art. 542);
- Entregar o consignar datos falsos o supuestos sobre un nacimiento;
- Usurpar la legítima paternidad o maternidad de un niño;
- Declarar falsamente el fallecimiento de un recién nacido.

La sanción es de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años y multa.

Capítulo IX
DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL

1.- Denominación, bien jurídico y clasificación

El Título IX del Libro Segundo del Código es uno de los más breves (se compone de dos capítulos y se extiende del Art. 533 al 546); aunque se lo puede considerar excesivo en relación a los temas que aborda, que podrían ser tipificados en un número reducido de delitos.

En su denominación hace una referencia directa al estado civil de las personas. El Código Civil (Art. 331) define al estado civil como "la calidad de un individuo, en cuanto le habilita o inhabilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles" y enumera (Art. 332) los estados de casado, divorciado, viudo, padre, hijo. La Ley de Registro Civil (Art. 26), por su parte, señala que en las oficinas correspondientes se llevarán registros de nacimientos, matrimonios y defunciones.

Con estos antecedentes se puede concluir que los delitos previstos en este Título atentan contra la calidad de una persona en orden a su real situación dentro de una familia (filiación y matrimonio); calidad que le permite ejercer diversos derechos y acciones (patria potestad, alimentos, tutelas, derechos sucesorios) y que establece también determinadas obligaciones. Por eso inclusive en algunos códigos, el español por ejemplo, estos delitos se califican como delitos contra las relaciones familiares.

Los dos capítulos tipifican, el primero, conductas relativas a la celebración de matrimonios ilegales; y el segundo, delitos que se dirigen a destruir o impedir la prueba del estado civil de un niño.

2.- Celebración de matrimonios ilegales

En el Capítulo I, se tipifican ocho formas delictivas, todas ellas caracterizadas por la ilegalidad en la celebración de matrimonios. Se trata en tales casos de normas penales que incluyen en su descripción referencias normativas, al punto que pueden considerarse leyes penales en blanco.

2.1.- Bigamia

El Art. 533 tipifica el delito de bigamia, como lo denomina la doctrina y que, en general, incluyen los códigos penales. La conducta consiste en contraer un segundo o ulterior matrimonio, sabiendo que no se hallaba legítimamente disuelto el anterior. Examinemos los elementos del delito.

2.1.1.- El núcleo

Como ya se señaló, la conducta nuclear de este delito consiste en contraer un nuevo matrimonio (segundo o ulterior) sin que esté legalmente disuelto el anterior.

El Art. 105 del Código Civil establece que el matrimonio termina por la muerte de uno de los cónyuges, por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido, por la declaratoria de nulidad y por divorcio. En sentido estricto la disolución, a la que se refiere el Código Penal, solo se produce en el caso de divorcio; pero en realidad el alcance de la norma se extiende a cualquier situación en que el matrimonio subsista legalmente, y esa debería ser la expresión más precisa utilizada por la ley.

La muerte de uno de los cónyuges produce la terminación del matrimonio y hasta que se produzca ese evento, el cónyuge que contrajere un nuevo matrimonio estaría en la situación prevista en este artículo. Al dictarse una sentencia que declare la nulidad del matrimonio, lo que jurídicamente se ha reconocido es que ese matrimonio nunca existió, pero gozaba de una presunción de legalidad; y aunque ese matrimonio fuese anulable, de todas maneras se habrá verificado la conducta punible (ver sentencia, Gaceta Judicial Serie V, No. 42). En el caso de presunción de muerte por desaparecimiento, el matrimonio existió, pero por sentencia judicial, que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido, se produce también la terminación del matrimonio, y no exactamente su disolución; y hasta que se pronuncie esa sentencia, también es posible la comisión de la conducta. Con el divorcio sí se produce rigurosamente la disolución del matrimonio.

Por cierto que el segundo o ulterior matrimonio será nulo, conforme lo determina el numeral tercero del Art. 95 del Código Civil.

2.1.2.- Elemento subjetivo

Al señalar el Art. 533 que el sujeto activo actúa "sabiendo" que el matrimonio anterior no estaba disuelto, se concluye que este es un delito doloso. Es decir el sujeto activo conoce que está impedido legalmente de contraer ese nuevo matrimonio y, a pesar de ello, lo hace.

Las complejidades que pueden darse en algunas de las situaciones previstas por la ley para la terminación del matrimonio, pueden provocar casos de error de tipo especialmente relevantes. Son situaciones en las cuales una persona puede creer de buena fe que el matrimonio anterior ya no subsiste. Pongamos algunos ejemplos, en los cuales legalmente no se ha producido todavía la terminación del matrimonio, pero que podrían ser interpretados en sentido contrario, llevando al cónyuge a contraer un nuevo matrimonio:

- Sin la subinscripción de la sentencia de divorcio o de nulidad en la correspondiente partida del Registro Civil, dicha sentencia no surte todavía efectos civiles (Ley de Registro Civil, Art. 72);

- El decreto que concede la posesión provisional de los bienes en el caso de presunción de muerte por desaparecimiento solo disuelve la sociedad conyugal, pero no da término al matrimonio (Código Civil, Arts. 70 y 76).

Pueden ser igualmente complejos los casos de matrimonios celebrados o disueltos en un país extranjero en conformidad con las leyes de ese país. Habría bigamia si ese matrimonio subsiste y el sujeto contrae un nuevo matrimonio en el Ecuador; pero la comprobación de la existencia o subsistencia de ese matrimonio puede dar lugar a un conflicto de leyes, que debe resolverse en conformidad con las reglas del Derecho Internacional Privado.

2.1.3.- Sujeto activo

Obviamente sujeto activo de la infracción será el contrayente cuyo matrimonio anterior no ha sido disuelto. Pero ¿cuál será la situación del otro contrayente? Es evidente que si el otro contrayente ignora este hecho no tendrá responsabilidad penal alguna y hasta se lo podría considerar como víctima (lo cual de alguna manera está reconocido por el Código). Ahora bien, si conoce la existencia del vínculo no disuelto se lo podría considerar coautor en cuanto su cooperación resulta necesaria para la comisión del hecho. Lo mismo se podría decir del funcionario que, a sabiendas, haya presenciado y autorizado la realización del nuevo matrimonio.

2.1.4.- Penas

El delito se sanciona con prisión de dos a cinco años. Pero además el Art. 539, que se examinará más adelante, agrega una especie de sanción económica para todos los delitos de este Capítulo.

2.2.- Violación de las leyes

El Art. 534 sanciona con prisión de uno a cinco años al que, en la celebración de los matrimonios, no se hubiere sujetado a las leyes de la República.

Estamos frente a una ley penal en blanco, que se remite a otras normas, las contenidas en el Código Civil y en la Ley de Registro Civil, para establecer si la conducta prevista se ha cometido o no. Más allá del debate teórico sobre este tipo de leyes, hay que establecer que, en este caso, la remisión es de una amplitud desmesurada.

En efecto, el Código Civil dedica los Arts. 81 a 104 y 131 a 135 a regular la celebración del matrimonio, en tanto que la Ley de Registro Civil se refiere al tema en los Arts. 37 a 40, todos los cuales podrían ser incumplidas, aunque tengan distinta significación y alcance. Así, por ejemplo, la ley regula el disenso de los padres cuando el contrayente es menor de edad, establece los impedimentos matrimoniales, determina las solemnidades en la celebración del matrimonio, la forma de inscripción del matrimonio en el Registro Civil, etc. De acuerdo con la norma penal, cualquier violación de la ley produciría el delito, aunque los efectos civiles varíen; en algunos casos se causaría la nulidad, pero en otros no.

De la norma no se deduce cuál sería el elemento subjetivo del delito; pero en conformidad con los principios generales de la doctrina penal, sería doloso. Esta calificación excluiría del ámbito penal los casos en que el incumplimiento se ha debido a un desconocimiento o error sobre el contenido de la ley extra penal.

El delito se sanciona con prisión de uno a cinco años. Además se debe tomar en cuenta lo previsto en el Art. 539, al que se ha hecho referencia anterior.

2.3.- "Burla" de las leyes

El Art. 535 tipifica una conducta cuyo núcleo consiste en emplear fraude o violencia para burlar las leyes vigentes que reglan la celebración o la terminación del matrimonio. Examinemos los elementos del delito.

Lo primero que llama la atención en el caso es la utilización del verbo "burlar". Aunque parecería evidente que la palabras no debería entenderse en el sentido que ordinariamente tiene la palabra (empleo de burlas, es decir palabras o acciones para ridiculizar algo o a alguien), no queda claro cuál sería entonces el elemento diferenciador con la conducta del Art. 534, pues en ambos casos se produciría la violación de las normas que reglan la celebración del matrimonio, aunque aquí se hace referencia adicional a las que reglan su terminación, según los diversos casos previstos en la ley, especialmente el divorcio o la nulidad.

El Código señala expresamente que la burla debe hacerse mediante fraude o violencia. Esto permite concluir que se trata de un delito que exige dolo, es decir el conocimiento que tiene el sujeto activo de que se está incumpliendo la ley, lo cual al menos excluiría del ámbito penal los casos en que el incumplimiento se ha debido a un desconocimiento o error sobre el contenido de la ley extra penal.

La pena es de tres a cinco años de prisión, más la condena económica prevista en el Art. 539.

2.4.- Intervención en matrimonios ilegal y fingimiento de autoridad

El Art. 536 prevé dos casos de diferente contenido y efectos, que, en principio, estarían incluidos en el enunciado general del Art. 534; pero que han recibido un tratamiento especial por parte del legislador.

2.4.1.- Intervención en matrimonio ilegal

En el primero, la conducta consiste en hacer intervenir a la autoridad en la celebración de un matrimonio ilegal pero válido. Como se indicó anteriormente, el Código Civil prevé ciertos casos en que la ilegalidad no produce necesariamente la nulidad del matrimonio: la falta de disenso de los padres si el contrayente es menor de edad (Art. 89) o el matrimonio del tutor con la persona sometida a su curaduría antes de que se aprueben sus cuentas (Art. 90). En cambio, no está prevista la conducta que consista en hacer intervenir a la autoridad en un matrimonio que se haya celebrado con una causa de nulidad (Código Civil, Arts. 95, 96 y 102).

La pena del delito varía según el medio empleado para obtener la intervención de la autoridad. Si se hubiese empleado sorpresa o engaño, la pena será de seis meses a dos años de prisión; si se hubiese empleado violencia o intimidación, la pena será de reclusión menor de tres a seis años, además de lo previsto en el Art. 539.

El empleo de estos medios lleva a concluir que la autoridad, engañada o forzada, no tendría responsabilidad penal.

2.4.2.- Fingimiento de autoridad

El segundo tipo previsto en el Art. 536 sanciona a quien finge ser autoridad para la celebración de un matrimonio. Según la ley correspondiente, esta autoridad es el funcionario del Registro Civil (Art. 37) de la circunscripción territorial del domicilio de uno de los contrayentes, o el agente diplomático o consular, si el matrimonio se celebra en el extranjero.

Además de la persona que se ha fingido autoridad se sancionará al contrayente que la haya hecho

intervenir. Uno y otro serán sancionados con reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años. Se aplicará también en este caso lo previsto en el Art. 539.

2.5.- Delito del tutor o curador

El Art. 537 criminaliza el incumplimiento de una obligación establecida en el Código Civil (Art. 90), según la cual el tutor o curador, y adicionalmente sus descendientes, no podrán contraer matrimonio con la persona que hubiese tenido en guarda, sin que las cuentas de su administración hayan sido aprobadas por el juez.

Aunque la ley civil no establece que el matrimonio celebrado en esta condición sea nulo sino ilícito, su violación sí constituye delito y se sanciona con prisión de uno a cinco años y multa. En el caso de matrimonio de los descendientes, el delito del tutor o curador consistirá en haber prestado su consentimiento para tal matrimonio, lo cual solo es necesario si el contrayente es menor de edad.

Aunque no hay una remisión expresa a la norma extra penal, estamos en todo caso frente a una ley penal en blanco, cuya exacta interpretación debe hacerse a la luz de la disposición civil. Y en esta (Art. 90) se encuentran dos requisitos para que la conducta sea punible: que la persona que estuvo bajo guarda sea menor de dieciocho años, y que el matrimonio no haya sido autorizado por el ascendiente cuyo consentimiento fuere necesario.

También es aplicable al caso el Art. 539.

2.6.- Delitos de la autoridad

También los dos casos que se señalan a continuación estarían comprendidos en la norma general del Art. 534 (incumplimiento de las leyes que reglan el matrimonio), pero en el Código se han previsto normas especiales que prevalecen por tener este carácter.

2.6.1.- Existencia de impedimentos

El Art. 538 sanciona con prisión de uno a cinco años y multa a la autoridad que celebrare un matrimonio para el cual haya un impedimento no dispensable. La pena se rebajará a la mitad si el impedimento fuere dispensable.

La autoridad, como ya se indicó, solo puede ser, según la ley, el correspondiente funcionario del Registro Civil o el funcionario diplomático o consular.

En cuanto a los impedimentos para la celebración del matrimonio están enumerados en el Art. 95 del Código Civil, pero no se los clasifica como dispensables o no. Para establecer la distinción podría tomarse en cuenta lo que señala el Art. 99 del mismo Código, que determina que la acción de nulidad de un matrimonio celebrado a pesar de la existencia de un impedimento prescribe en ciertos casos y es imprescriptible en otros: autoría o complicidad en el homicidio o asesinato del cónyuge, vínculo anterior no disuelto, parentesco de consanguinidad en línea recta o colateral en segundo grado.

Tratándose en este caso también de un delito doloso, la ignorancia sobre la existencia del impedimento, eliminaría el elemento subjetivo y, por tanto, la responsabilidad penal.

2.6.2.- Falta de consentimiento

El Art. 540 tipifica otro delito que puede cometer la autoridad que asiste a la celebración de un matrimonio. En este caso consiste en autorizarlo sin previa presentación de consentimiento "escrito" de los padres o curadores de un menor, o de un juez en su caso.

Como se sabe, el Código Civil (Arts. 82 y siguientes) exige ese consentimiento que puede ser expresado en forma personal, y no necesariamente por escrito, y establece también la posibilidad de que la falta de consentimiento pueda ser sometida a la decisión de un juez.

La norma habla también de expedición de dispensas, situación no prevista en la legislación civil respectiva.

La pena será de prisión de seis meses a un año y multa.

2.7.- Condena a dotar

El Art. 539, como ya se indicó establece una pena especial para los delitos previstos en este Capítulo. Aunque la norma se refiere a todos los delitos, no sería aplicable a los casos en que el responsable es la autoridad.

La condena consiste en dotar, según la posibilidad del contrayente doloso, a la mujer que hubiere contraído matrimonio de buena fe.

La obligación de dotar, es decir constituir una dote (conjunto de bienes y derechos aportados por la mujer al matrimonio, según el Diccionario), hace referencia a una práctica social en extinción, lo que refleja una vez más el carácter anticuado del Código. Por cierto que la beneficiaria sólo puede ser una mujer y siempre que haya contraído el matrimonio de buena fe.

La norma recalca que el condenado debe ser el contrayente que haya actuado dolosamente; pero por lo que se ha señalado previamente, todas las conductas de este Capítulo son dolosas.

3.- Delitos relativos al estado civil de un niño

Los Arts. 541 a 546 integran el Capítulo II de este Título, cuyo enunciado anticipa que en él se incluyen los delitos que se dirigen a destruir o impedir la prueba del estado civil de un niño. Los delitos recogidos son ocho y tienen el efecto directo o indirecto de perturbar el establecimiento de la identidad de un niño, aunque en algún caso se agregan otros supuestos.

Salvo algún caso (el tercero del Art. 542) el sujeto pasivo en estas infracciones debe ser un niño. Ya hemos señalado en otro lugar la discrepancia que existe entre el Código Civil y el Código de la Niñez y Adolescencia sobre la edad hasta la cual se extiende el concepto de niñez: siete años en el primer caso y doce en el segundo, que es una ley especial. Habrá que tener en cuenta estos límites, aunque en la mayoría de los casos, las conductas afectan a niños de muy corta edad.

Estas normas no determinan en forma expresa el elemento subjetivo del delito, pero atendiendo a la naturaleza de los delitos y, en último termino por regla general, debe entenderse que son dolosos.

Se examinarán a continuación los distintos presupuestos.

3.1.- No entrega de un niño recién nacido

El Art. 541 sanciona con prisión de ocho días a tres meses a quien encontrare a un niño recién nacido y no lo entregare en el término de tres días al teniente político o a la autoridad de policía del lugar.

Se trata de un delito de omisión propia (no entregar a un niño) que se consumaría al transcurrir tres días desde que fue encontrado y en el cual, por tanto, no existe la posibilidad de tentativa.

El Código emplea nuevamente en este artículo la expresión "recién nacido", que utiliza en el Art. 453 (infanticidio por causa de honor); pero no son aplicables en este caso las consideraciones hechas para

determinar el alcance de la expresión en el otro delito (el ocultamiento del parto). En este caso se deberá tomar en cuenta la ubicación del delito dentro de un capítulo que se caracteriza porque los delitos que incluye se refieren al estado civil de un niño, pues al no entregarse al niño se estaría perturbando su identidad. Teniendo en cuenta este elemento podrá el juez determinar si efectivamente el sujeto pasivo es un niño recién nacido.

3.2.- Sustitución de un niño

El Art. 542 prevé tres conductas, la primera de las cuales se enuncia simplemente como el acto de sustituir un niño por otro. Se sanciona con reclusión menor de tres a seis años.

La sustitución debe entenderse, más que como un acto puramente material de apoderamiento (que correspondería más bien a un delito de plagio), como un acto dirigido a sustituir la identidad de un niño por la de otro. Inclusive podría darse el caso de sustituir la identidad de un niño fallecido a un niño vivo.

Pero si la sustitución estuviese relacionada con la entrega del niño, mediando pago u otro medio, la conducta se aproximaría más bien a un delito de trata o tráfico de personas. Habrá que tomar en cuenta de todos modos que en la ley en que se tipificó esta conducta, la "venta" de personas establece, como elemento del delito, los fines de explotación de la persona vendida.

Hay que anotar que el octavo artículo innumerado del capítulo de disposiciones comunes a los delitos sexuales y de trata de personas, introducido por la Ley 2005-2, estableció también el delito de sustitución de un niño, sin derogar el Art. 542. La pena en este caso es de reclusión mayor de doce a dieciséis años y multa. Ambos artículos están vigentes, por lo cual su aplicación deberá hacerse en conformidad con el principio in dubio pro reo.

3.3.- Suposición de parto

La segunda conducta prevista en el Art. 542 es la llamada suposición de parto, que se sanciona con la misma pena de reclusión menor de tres a seis años.

Según la doctrina el delito consiste en fingir que un niño ha nacido de una mujer que no es su madre, sin que haga falta que se haya fingido el embarazo y el parto. No parece ser necesario tampoco que el supuesto nacimiento haya sido inscrito en el Registro Civil. Más bien la inscripción podría dar lugar a una falsedad documental.

Se repite aquí la misma observación hecha al caso anterior, aunque con una variante. El artículo innumerado octavo de la Ley 2005-2 habla de suposición de embarazo o de parto.

3.4.- Usurpación de estado civil

La tercera conducta prevista en el Art. 542 y sancionada con la misma pena es la usurpación del estado civil de una persona. Como tal persona puede tener cualquier edad, la ubicación de este delito en este Capítulo es evidentemente inadecuada, aun cuando sí corresponde al enunciado general del Título "Delitos contra el estado civil". Se trata de una de aquellas conductas que en la doctrina suelen calificarse como falsedades personales y que, por tanto, atentan contra la fe pública.

Usurpar es apoderarse de algo que pertenece a otro, y en este caso del estado civil, concepto que debe entenderse en un sentido amplio, más allá inclusive de lo previsto en el Código Civil (Art. 331), como ya lo señalamos. La usurpación debe referirse a los datos generales que identifican a una persona según constan en el Registro Civil: principalmente nombres, apellidos, edad, filiación, nacionalidad, estado civil propiamente tal (casado, soltero, viudo, divorciado).

Se trata en definitiva de una suplantación de la personalidad de alguien que existe, por lo cual no corresponde a esta figura el adoptar una personalidad puramente ficticia. La doctrina discute si habría delito en la usurpación del estado civil de una persona fallecida. Se admite también que, con frecuencia,

este delito es un medio para la comisión de otros, estafa por ejemplo, lo que daría lugar a un concurso de delitos.

La pena es de tres a seis años de reclusión menor.

3.5.- Arrebatamiento de un niño

El Art. 543 tipifica la conducta de arrebatar o hacer arrebatar a un niño. Es decir apoderarse de un niño, aunque éste haya seguido voluntariamente al autor.

La norma tiene un carácter subsidiario frente al delito de plagio, que será el cometido si, además del apoderamiento, se comprueba algunos de los propósitos previstos en el Art. 188: vender al niño, ponerlo al servicio de otro, obtener un rescate o cualquier otra utilidad, etc. Si se descartan tales propósitos (el delito se habría cometido, por ejemplo, por razones sentimentales o similares), la norma aplicable sería ésta y la pena, reclusión menor de tres a seis años.

3.6.- Ocultamiento de un niño

El Art. 544 sanciona con prisión de uno a cinco años y multa a quien ocultare o hiciere ocultar a un niño. La norma tiene también un carácter subsidiario ("si el acto no está más severamente penado en este Código"), pues la conducta podría corresponder a una modalidad de plagio.

En cuanto a la conducta misma, hay que entender la naturaleza misma del ocultamiento, que solo tendría carácter delictivo cuando terceras personas ocultan el niño a la madre o a quienes tienen su tenencia o custodia. Para apreciar debidamente el sentido de esta norma conviene tomar en cuenta lo que dispone el Art. 21 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que establece el derecho de los niños "*a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia ...En los casos de desconocimiento del paradero del padre, de la madre, o de ambos, el Estado, los parientes y demás personas que tengan información sobre aquél, deberán proporcionarla y ofrecer las facilidades para localizarlos*".

Expresamente el Art. 544 determina que la conducta debe ser maliciosa, o sea dolosa; pero como ya se ha señalado anteriormente todos los delitos de este capítulo son dolosos.

3.7.- Exposición de un niño

Llevar a un niño a una casa de expósitos u otro establecimiento destinado al efecto se sanciona en el Art. 545 con prisión de uno a tres meses y multa. Pero se exige que el sujeto activo haya estado a cargo del niño que le fue confiado, se entiende, para su cuidado.

La figura es diferente de la establecida en el Art. 474 que tipifica el abandono de niños, precisamente si se los deja en lugares que no sean casas de expósitos.

3.8.- Omisión de información

Finalmente el Art. 546 sanciona con prisión de ocho días a un año y multa a quien, estando encargado de un niño, no lo hiciere saber a las personas que tienen derecho a reclamarlo.

A diferencia del ocultamiento (Art. 544), en este caso la ley sí establece tanto el requisito que debe cumplir el sujeto activo: estar encargado de un niño, se entiende que circunstancialmente y sin derecho a mantener esa situación; como la calidad de la persona a la que no se entrega tal información: tener derecho de reclamarlo. También debe tomarse en cuenta el derecho establecido en el Art. 21 del Código de la Niñez y Adolescencia, citado anteriormente.

Tratándose de un delito de omisión propia, la consumación se produciría en cuanto la persona que tiene al niño bajo su encargo conozca a quienes debe dar esa información y se consumaría apenas conozca ese particular.

Capítulo X
DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

1.- Denominación y bien jurídico

El Título X del Libro II del Código se identifica con la denominación "Delitos contra la propiedad", y en él se incluyen las conductas que, según se establece en las estadísticas, son de la más frecuente aplicación en la práctica penal; y no solo de nuestro país. Se trata de un Título extenso, que comprende nueve capítulos y va del Art. 547 al Art. 602.

El epígrafe, que es empleado también por varios códigos, se diferencia de la expresión "delitos contra el patrimonio", que es utilizado por otros (el colombiano, el peruano, el español). De esta manera se plantea un debate sobre la utilización de una u otra denominación, que en definitiva hace relación al bien jurídico que se protege a través de las distintas figuras penales.

Quienes critican la denominación de delitos contra la propiedad consideran que esta palabra limita el sentido del bien jurídico protegido y no responde a la naturaleza de todos los delitos que se tipifican bajo tal denominación. La observación se relaciona con el alcance que la palabra propiedad tiene en el Código Civil (Art. 599), como sinónimo del derecho real de dominio (para gozar y disponer de una cosa corporal), pues señalan que la protección penal va más allá de este concepto, e inclusive afirman que algunos de los delitos previstos (el hurto y el robo, por ejemplo) no afectan al dominio, que no se pierde con tales hechos. En tales casos se afecta de una manera directa la posesión de la cosa y aun la mera tenencia; y en otros casos, se lesionan distintos derechos reales.

Pero hay que considerar que el Derecho Penal no necesariamente emplea ciertos términos en el mismo sentido que tienen en otras ramas jurídicas, en este caso, en el Derecho Civil. Por lo que el término propiedad debe entenderse aquí como un derecho en un sentido más amplio, más cercano al que quiere darle la Constitución (Arts. 66 numeral veintiséis y Arts. 321 y siguientes), dentro del ámbito de la vida económica de una sociedad. Este derecho se concreta en bienes materiales y aun en derechos inmateriales, las cosas corporales e incorporales, de las que habla el Código Civil. Las figuras penales, como podrá verse oportunamente, afectarán de distinta manera a ese derecho en sus diversas manifestaciones.

La denominación "delitos contra el patrimonio" también plantea cuestionamientos. Un patrimonio es un concepto jurídico y económico, en el que entran activos y pasivos y no constituye un derecho que pueda ser afectado por conductas penalmente tipificadas. En todo caso parece preferible el actual epígrafe del Código.

2.- Clasificación

Se señaló, al examinar los delitos contra la seguridad pública, que constan en el Capítulo VII de ese Título (incendios, destrucciones, deterioros y daños) que éstos se incluían, hasta la expedición del Código de 1938, entre los delitos contra la propiedad. La inclusión se mantiene en algunos códigos (España, Argentina, Chile), bajo la obvia consideración de que también estos actos lesionan a la propiedad.

Los códigos, como el ecuatoriano, que introdujeron la división, tomaron en cuenta el diferente ánimo que impulsa al sujeto activo a realizar la conducta. En general, en los delitos de daños predomina un ánimo vindicativo, que se manifiesta a través de conductas destinadas a destruir de diferentes maneras los bienes de otro. Los posibles efectos de tales actos llevaron a identificarlos y ubicarlos como delitos contra la seguridad pública.

En cambio, los delitos que se mantuvieron con la denominación original lesionan, por supuesto, la propiedad, pero en ellos el sujeto activo está guiado por un ánimo de lucro, y esta condición es la que ha determinado su incorporación al Título X del Código.

Una vez hecha esta precisión, los delitos contra la propiedad pueden clasificarse, en conformidad con el criterio del penalista argentino Sebastián Soler, en relación a la forma en que el sujeto activo lesiona el derecho de la víctima. Según este criterio, unos delitos se producen sin el consentimiento del sujeto pasivo y otros, con su consentimiento viciado.

Entre los primeros, es decir aquellos que se ejecutan sin el consentimiento de la víctima, están el hurto, el robo, el abigeato, la quiebra, la usurpación violenta y ciertas defraudaciones.

Entre los delitos que se ejecutan con un consentimiento viciado de la víctima, están la extorsión y el chantaje, la estafa y otras defraudaciones y la usurpación fraudulenta.

El delito de usura plantea una situación especialísima, pues en principio no se ubicaría en ninguna de estas dos categorías. El sujeto o los sujetos pasivos dan su consentimiento al aceptar las condiciones usurarias, pero cabe la pregunta: ¿ese consentimiento es válido o se lo obtiene más bien por una situación de necesidad que le obliga a someterse a tales condiciones? ¿O será más bien que la usura es un delito de una naturaleza muy particular en cuanto al bien jurídico protegido? Este punto será analizado en su momento.

En todo caso, hay que recalcar que la falta de un consentimiento plenamente válido es un elemento que caracteriza a los delitos contra la propiedad. Siendo la propiedad un derecho disponible, un consentimiento válido eliminaría, sino el carácter antijurídico del acto, al menos la tipicidad de la conducta.

3.- Elemento subjetivo

La doctrina ha considerado en forma unánime que los delitos contra la propiedad son dolosos, realizados con el designio de causar una lesión patrimonial, si empleamos el lenguaje de nuestro Código (Art. 14).

Del ánimo de lucro, elemento que ha servido para agrupar a los delitos de este Capítulo, se deduce claramente el carácter doloso de las conductas. El ánimo de lucro significa que el sujeto activo actúa impulsado por el afán de obtener una ventaja patrimonial, ya sea por la apropiación de bienes ajenos o por la obtención de otros beneficios económicos. En algunos delitos (hurto, robo, estafa), este ánimo aparece expresamente señalado en la ley, pero aun en los casos en que no hay tal señalamiento, es evidente la existencia de este elemento.

Por esta razón, pero además en virtud del criterio general de que las modalidades culposas deben estar expresamente previstas en la ley, se concluye que no existen (con la excepción que se señala de inmediato) delitos contra la propiedad culposos. La excepción es la prevista, de forma expresa, en el Art. 576, que establece dos modalidades del delito de quiebra: la culpable y la fraudulenta.

4.- Exención de responsabilidad penal

Una norma singular es la que consta en el Art. 588 que, en rigor, establece una exención de responsabilidad penal, frecuente en las legislaciones (la contemplan, por ejemplo, los códigos de España, Argentina, Chile, Perú), aunque discutible, de todos modos.

La aplicación de la exención se sujeta a las siguientes reglas:

- la exención cubre los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas, defraudaciones, incluida la estafa (pero no todos los delitos contra la propiedad) y los delitos de daños (tipificados en el Título V);

- la exención de responsabilidad penal beneficia a los cónyuges (siempre que los bienes sean propios de

uno de ellos, pues no podría haber delito si son de la sociedad conyugal); ascendientes, descendientes o afines en la misma línea; al consorte viudo, respecto de las cosas pertenecientes a su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro; a los hermanos y cuñados si vivieren juntos;

- subsiste la responsabilidad civil del sujeto activo;

- la exención no es aplicable a los extraños que hayan participado en el delito.

Es especialmente esta última regla la que permite establecer la naturaleza jurídica de esta exención. Se la puede calificar técnicamente como una excusa absolutoria, o perdón legal. Esto significa que el legislador considera que, en estos casos, en que los sujetos activo y pasivo tienen un vínculo de matrimonio o parentesco, es preferible la no intervención penal, por tratarse de situaciones conflictivas de carácter patrimonial producidas dentro de una familia. Es decir que los actos mantienen su carácter antijurídico y doloso y que sus autores son culpables, pero la ley les exime de responsabilidad penal; pero no lo hace con quienes no tienen el vínculo previsto. La ley repite el mismo criterio que, por razones similares, se aplica en los encubrimientos no punibles (Art. 45), o en los delitos tipificados en los Arts. 295 y 310.

5.- La acción penal

Las reformas de marzo de 2009 al Art. 36 del Código de Procedimiento Penal establecieron que varios de los delitos tipificados en este Capítulo (el hurto, la estafa y otras defraudaciones) fueran clasificados como delitos de acción privada, es decir que solo podían ser perseguidos mediante querella propuesta por el ofendido. Al año siguiente, una nueva reforma eliminó esta calificación, por lo cual, excepto la usurpación (que ya tenía anteriormente este carácter), todos los demás delitos del Título son de acción pública. Cabe, en ciertos casos, la conversión, según las reglas generales del mismo Código.

6.- El hurto

El primero de los delitos previstos en este Título es el hurto (Arts. 547 a 549) que, de alguna manera, puede considerarse como el delito básico de todo el Título.

6.1.- Bien jurídico

El debate, que señaláramos con anterioridad sobre el bien jurídico protegido en este Título, surge inicialmente cuando se examina la cuestión en el delito de hurto. ¿Pierde la propiedad el dueño de la cosa sustraída? En rigor, el hurto no produce una transferencia de dominio, sino una pérdida, primero, de la tenencia y, luego, de la posesión. En tanto el sujeto activo del delito mantenga la tenencia de la cosa con ánimo de apropiarse de ella, como dice el Art. 547, se habrá convertido en un poseedor, según las reglas del Derecho Civil, con todos los efectos que esta condición produce. En efecto la posesión, aun siendo irregular, puede dar lugar a una prescripción adquisitiva de dominio.

También habría hurto si el sujeto pasivo, que está en posesión de la cosa sustraída, no es el dueño sino que se da por tal (Código Civil, Art. 715); y aun en el caso de que la cosa esté en manos de un mero tenedor. Pero, obviamente, no cometería hurto el dueño de la cosa si la recupera de manos de un poseedor o de un tenedor. Esta situación podría calificarse como el ejercicio abusivo del propio derecho, conducta por cierto no tipificada en la legislación ecuatoriana.

En definitiva, el hurto lesiona el conjunto de facultades jurídicas que se derivan de la propiedad y que tienen también un alcance económico. El hurto produce entonces un desplazamiento patrimonial de hecho.

6.2.- Tipicidad

El Código establece los siguientes elementos de la tipicidad:

- Núcleo: sustraer;
- Objeto: cosa ajena (mueble);
- Elementos subjetivos: fraudulentamente y con ánimo de apropiarse;
- Medios: cualquiera, excluyendo las violencias o amenazas contra las personas o la fuerza en las cosas.

Se examinarán los elementos uno por uno.

6.2.1.- La sustracción

El Código utiliza el verbo "sustraer" (otros códigos emplean los verbos apoderarse o apropiarse), palabra que en el diccionario se la señala como sinónimo de hurtar, aunque también significa apartar, separar, extraer. Esta coincidencia que, en definitiva, no aclara el alcance de la conducta, ha llevado a los intérpretes a la necesidad de establecer con precisión cuándo se produce la sustracción y, por tanto, cuándo el delito ha quedado consumado.

Se considera básicamente que la conducta implica un acto por el cual el sujeto activo toma materialmente la cosa sustraída. Sin embargo, han surgido varias alternativas para establecer con exactitud ese momento. La doctrina habla de la contrectatio, la amotio, la ablatio y la illatio, cada una de las cuales establece un distinto criterio para este efecto.

En el primer caso, el hurto se consumaría con el simple hecho de tomar contacto con la cosa, con tocarla, situación prematura que a lo más podría calificarse como tentativa. La amotio exige que la cosa haya sido desplazada por el sujeto activo del lugar en que se encontraba, lo cual implica un paso más adelante. Pero es la doctrina de la ablatio la que cuenta con más partidarios, y consiste en sacar a la cosa sustraída de la esfera de custodia del dueño, poseedor o tenedor. Mientras que la illatio implica sacar el provecho patrimonial que se pretendía con la sustracción, lo cual confunde la consumación con el agotamiento del delito.

La tesis de la ablatio incorpora, como elemento central para determinar el momento en que consuma la sustracción, el concepto de esfera de custodia. Se trata ciertamente de un criterio abstracto, cuya aplicación concreta será diferente según los casos. Significa que la cosa ya no se encuentra bajo el control del titular del derecho sino en poder del sustractor, que podrá disponer de ella, pues ya se la ha apropiado.

El concepto servirá para determinar la consumación del delito en las más diversas circunstancias: hurto de objetos que el sujeto pasivo lleva en su ropa o sobre su cuerpo; o verificado en la calle, en un medio de transporte, en una oficina, en el lobby de un hotel o de una estación, en un almacén, en el interior de un vehículo, en el domicilio de una persona (hurto doméstico), etc. En cada caso, la esfera de custodia tendrá mayor o menor amplitud.

También servirá para distinguir el delito consumado de la tentativa, en aquellos casos en que ha habido un principio de ejecución, pero el bien no ha salido de la esfera de custodia del titular. En el hurto doméstico, por ejemplo, la cosa ha sido desplazada por el sujeto activo del lugar en que se encontraba y ha sido llevada a otro lugar dentro de la misma casa.

6.2.2.- Los medios

En cuanto a los medios a través de los cuales se consuma la sustracción, la fórmula del Código es excluyente. Por eso podría decirse que el hurto se produce por cualquier medio, excepto la violencia o la amenaza contra las personas o la fuerza en las cosas. Por el contrario, el empleo de estos medios servirá para tipificar el delito de robo. Dicho de otro modo, si la sustracción no constituye un delito de robo, tendrá que ser necesariamente un hurto.

Por tanto, podrán ser medios para la sustracción la clandestinidad, el aprovechamiento de situaciones de descuido y hasta la habilidad manual del carterista.

6.2.3.- El objeto material

El objeto material del hurto es, según el Art. 547, la cosa ajena. Aunque el Código no lo señale, la cosa debe ser mueble, conforme lo establece la doctrina y, expresamente, algunas legislaciones. Hay que determinar el alcance de este concepto.

La cosa: La doctrina entiende por cosa un objeto material susceptible de ser sustraída, lo que correspondería a la definición que da el Código Civil (Art. 583) para las cosas corporales: "las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos". En cambio se excluiría a las cosas incorporales que consisten en meros derechos, cuya protección penal se hace a través de otras figuras penales (defraudaciones, delitos contra la propiedad intelectual, etc.)

Una interpretación estricta de este concepto excluiría también a las energías (como la eléctrica, por lo que en algunas legislaciones se ha creado una figura específica), los gases o sustancias que carecen de masa, pero que sí podrían ser sustraídas si se encuentran envasadas.

En cuanto a los títulos valores que consisten en documentos, es claro que estos pueden ser sustraídos, pero surge de inmediato la pregunta sobre su valor. Si se trata de documentos nominativos, el valor es simplemente el del papel, por lo cual ya no habría delito, a menos que para hacerlos efectivos se recurra a otra figura penal. Pero si se trata de títulos al portador, que pueden ser efectivizados sin más, el valor sería el que consta en el título. Lo mismo puede decirse de otros documentos, como boletos de espectáculos o transporte, que puede ser utilizados por quien los tiene.

Cosa ajena: La ajenidad de la cosa exige que esté dentro del patrimonio de alguien distinto de quien la sustrae. De esta manera se concluye que no habrá hurto:

- de cosas propias, aunque estén legítimamente en poder de un tercero;
- de cosas que no pertenecen a nadie (res nullius), que pueden ser adquiridas por ocupación por cualquier persona;
- de cosas abandonadas (res derelictae), que dejaron de pertenecer a un tercero;
- de cosas comunes, cuyo uso y goce pertenece a todos y que no pueden ser apropiadas por nadie;
- de cosas en condominio, que son parcialmente propias y parcialmente ajenas. Al no ser totalmente ajenas, no se ajustaría a la exigencia legal.

Parece discutible el caso de las cosas que están fuera del comercio por prohibición legal: no habría hurto, pero los actos realizados constituirían delitos autónomos. Tal es el caso, por ejemplo, de órganos, tejidos u otros componentes anatómicos, cuya extracción y tráfico ilegal están prohibidos y constituyen por sí mismos delitos autónomos, conforme se señaló en el capítulo correspondiente.

Las cosas perdidas son todavía ajenas, pero quien las encuentra y las toma no "las sustrae" en sentido estricto. La ley ha tipificado un delito particular para esta hipótesis, el llamado hurto de hallazgo (Art. 571), que se examinará en su momento.

Cosa mueble: Esta calidad no está prevista en nuestro Código, pero sí consta expresamente determinada en otros. En todo caso se deduce como una lógica consecuencia del verbo sustraer: la cosa debe ser susceptible de ser extraída de la esfera de custodia de quien la tiene y movilizada para estar a disposición del sustractor.

En principio se puede entender esta calidad en el sentido y con los alcances que le da el Código Civil (Arts. 585 y siguientes), incluidos los animales o semovientes (aunque en este caso puede surgir una figura penal especial, el abigeato); aquellos bienes que siendo muebles por su naturaleza, se les reputa inmuebles por estar destinadas al uso, cultivo o beneficio de inmuebles; así como los productos de estos y aun la tierra, arena, piedra o metales que se extraigan de los mismos.

6.2.4.- Elementos subjetivos

Dos elementos subjetivos constan en la tipicidad del Art. 547: la sustracción debe hacerse "fraudulentamente" y "con ánimo de apropiarse". La presencia de tales elementos renueva, sin duda, el debate sobre la naturaleza de estos elementos dentro de la tipicidad.

El adverbio "fraudulentamente", se deriva de "fraude", acción contraria a la verdad y a la rectitud, según

el Diccionario, y por tanto cercana a los delitos que se cometen con actos engañosos. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia nacionales han entendido que el empleo de este adverbio, como elemento subjetivo del tipo penal de hurto, equivale a "dolosamente". Es decir que el sujeto activo realiza el acto con conocimiento de que su conducta atenta contra un bien jurídico protegido penalmente, pues sabe que la cosa que sustrae es ajena. En definitiva se excluye la posibilidad de una forma culposa de hurto.

El ánimo de apropiarse, en cambio, se refiere a una especie particular del ánimo de lucro, que caracteriza a estos delitos contra la propiedad. El hurto exige que el sujeto activo quiera hacer propia la cosa sustraída, adquiriendo de hecho las facultades propias del dominio: usar el bien, aprovecharse de sus frutos si es el caso y disponer de él (lo que relaciona esta conducta con la de receptación, que se examinará más adelante).

En realidad pudiera haber otro tipo de motivaciones: recuperar el bien que se cree propio, ponerlo en resguardo, usarlo por un tiempo y devolverlo o hacerse pago de una deuda, modalidades que pueden dar lugar a otras infracciones. Aparte del ánimo que motiva el delito de daños. En tales casos, no habrá hurto.

Entre las contravenciones de cuarta clase (Art. 607, numeral sexto) se tipifica la conducta de quien hace uso de cosas ajenas sin la voluntad o consentimiento del dueño "aunque no tenga ánimo de apropiarse de ellas". Es la figura que la doctrina denomina "hurto de uso".

También es una contravención (Art. 605, numeral 18) la conducta de quien toma "como prenda" muebles o semovientes ajenos, para exigir el cumplimiento de una obligación o la reparación de perjuicios.

6.3.- El valor de las cosas y las penas

El Art. 548 señala que la pena del hurto simple, es decir sin agravantes, es de uno a tres años de prisión, "tomando en cuenta el valor de las cosas hurtadas".

Sin embargo, si la cosa tiene un valor que no pase, según reforma de marzo de 2010, del "cincuenta por ciento de una remuneración básica unificada del trabajador en general" (en el año 2010, ciento veinte dólares de los Estados Unidos), se tratará solamente de una contravención de cuarta clase (Art. 607, numeral 1).

Por otra parte, el Art. 29, numeral doce, incluye entre las circunstancias atenuantes para los delitos contra la propiedad, "el pequeño valor del daño causado, relativamente a las posibilidades del ofendido"; e, inversamente, el Art. 30, numeral quinto, considera circunstancia agravante el "daño de relevante gravedad" en consideración a las condiciones del ofendido, en cuyo caso habría delito aunque el valor sea el establecido para la contravención.

6.4.- Hurtos agravados

El Art. 549 establece cuatro situaciones de agravación del hurto, en cuyo caso la pena será de seis meses a cinco años de prisión.

- Hurto rural. La agravación se produce por el objeto material del delito: máquinas o instrumentos de trabajo; y por el lugar: objetos dejados en el campo sin especiales seguridades; o alambres u otros elementos de cercas, causando su destrucción total o parcial.

- Hurto de instrumentos profesionales. También la agravación se justifica por la naturaleza del objeto material del delito: herramientas, instrumentos de labranza u otros útiles o animales (sin que se sea un abigeato) que el ofendido necesite para el ejercicio de su profesión, arte, oficio o trabajo. El caso tiene más amplitud que el anterior, en cuanto a la protección del medio de vida, sin que importe el lugar en donde el objeto sustraído se encuentre.

- Hurto calamitoso. Se produce en situaciones que facilitan la comisión del hurto:

- Con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín;

- O aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública. No está claro si el calificativo "pública" se refiere solamente a la conmoción. De ser así, el desastre podría ser también de carácter privado (accidente, enfermedad o muerte de una persona). Esta circunstancia coincide en su contenido con la agravante general prevista en el Art. 30, numeral segundo, que también prevé expresamente la calamidad o desgracia privada.

- Hurto ruinoso. La agravación en este caso depende de la situación personal del sujeto pasivo de la infracción, que deben ser miserables o necesitadas; pero también cuando el hurto fuere de tal magnitud que arruine su propiedad.

También en este caso, hay una coincidencia con una agravante general prevista en el Art. 30, numeral quinto (en sentido contrario a la atenuante del Art. 29, numeral doce).

6.5.- Hurto asimilado

Una reforma aprobada en 1947 agregó un segundo inciso al Art. 547, según el cual se consideraba "reos de hurto" a individuos de reconocida conducta delictuosa que habitualmente se dedicaren a la comisión de delitos contra la propiedad y que hubieren sido registrados como tales en las oficinas de seguridad del Estado. Con buen criterio, en 1987, el Tribunal de Garantías Constitucionales suspendió los efectos de esta norma, que no sancionaba un acto sino la condición de una persona.

7.- El robo

Como ya se señaló anteriormente, la diferencia entre el hurto y el robo estriba en la utilización de los medios de los que se vale el sujeto activo para cometer el delito, siendo similares los demás elementos que configuran la respectiva tipicidad. Hasta podría decirse que, rigurosamente, el robo es un hurto agravado por el empleo de determinados medios. Así se deduce del texto del Art. 550: "El que, mediante violencias o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas, sustrajere fraudulentamente una cosa ajena, con ánimo de apropiarse, es culpado de robo".

Centraremos este análisis en esa fundamental diferencia.

7.1.- Bien jurídico

Como se ha señalado inicialmente, todos los delitos contra la propiedad lesionan un bien jurídico común. En el caso del hurto, concretamente se afecta a las varias facultades jurídicas que se derivan de la propiedad; pero, en el caso del robo, hay que tomar en cuenta además un elemento adicional: el uso de medios que atentan contra otros bienes jurídicos.

En efecto, la violencia, en sus diversos grados, puede llegar a privar de la vida a la persona agredida, o causarle daños en su integridad física y salud; las amenazas atentan contra la seguridad personal, y la fuerza causa daños en los bienes. Esta es, sin duda, la razón por la cual el robo es considerado como un delito más grave que el hurto.

7.2.- Violencia contra las personas

Como se ha señalado en otros capítulos, con referencia a otros delitos, el propio Código ha definido, en este mismo Título, lo que debe entenderse por violencia. El Art. 596 dice lo siguiente: "Por violencia se entienden los actos de apremio físico ejercidos sobre las personas". En definitiva, actos con los cuales se vence la eventual defensa que las personas pudieran hacer para impedir la sustracción.

La utilización de drogas u otras sustancias también entrarían en este concepto, pues actúan físicamente sobre las personas para impedir su resistencia.

Dejando a un lado las críticas que merece el criterio de incluir definiciones en la ley, se trata en este caso de un concepto de suficiente amplitud que incluye actos que no necesariamente deban producir lesiones en la víctima que los soporta. Bastaría, por ejemplo, empujarla o golpearla levemente. Por supuesto, el empleo de violencias de mayor consideración se considera un agravante que, por esta razón se convierte en un delito complejo.

7.3.- El momento de la violencia

El Art. 550, al referirse al momento de empleo de la violencia, establece tres alternativas: que haya tenido lugar antes del acto, o sea de la sustracción, para facilitarlo; en el momento de cometerlo; o "después de cometido para procurar su impunidad".

Esta tercera alternativa conduce a una singular transformación del delito. En efecto, la sustracción puede haberse cometido sin violencias, amenazas ni fuerza en las cosas. Su tipificación corresponde entonces al delito de hurto, pero la violencia producida luego de la consumación del delito cambia, según la norma, la figura penal y la convierte en robo. Se trata de un caso excepcional en que la tipicidad se completa con posterioridad a la consumación.

7.4.- Amenazas contra las personas

También el Art. 596 da un concepto de amenazas: "Por amenazas se entienden los medios de apremio moral que infundan el temor de un mal inminente". De este concepto se puede deducir que las amenazas pueden expresarse oralmente o consistir en actos (mostrar un arma, por ejemplo), o adoptar un carácter mixto; pero deberán tener siempre una entidad significativa, suficiente para anular la eventual resistencia de la víctima por el temor de un mal inminente.

En todo caso, el efecto de anulación que produce el empleo de tales amenazas sirve para diferenciar el robo del delito de extorsión, en que el sujeto activo "intimida" a su víctima (pero no anula su capacidad inmediata de resistencia), para obligarla a realizar determinados actos.

7.5.- Fuerza en las cosas

Al contrario de los casos anteriores, la ley no da una definición de fuerza, pero esta podría entenderse como la energía que se despliega para vencer la resistencia que oponen las seguridades o resguardos de las cosas, ya sea para acceder a ellas; ya también para superar las seguridades que se han aplicado a las propias cosas; e inclusive puede referirse a la energía que se emplea para extraer el objeto del lugar en que se encuentra; o sobre el objeto para separar una parte del mismo.

El Art. 597 más bien hace una larga enumeración de casos que responderían a este concepto:

- cualquier quebrantamiento, rompimiento, demolición, horadamiento, o cualquier otra violencia que se ejecute en embarcaciones, vagones, aeróstatos, paredes, entresuelos, techos, puertas, ventanas y rejas, es decir actos que permiten el acceso al interior de estos lugares;

- los mismos actos ejecutados para acceder al interior de armarios, cómodas, cofres, maletas, papeleras o cualesquiera otros muebles cerrados;

- la remoción de cadenas, barras u otros instrumentos que sirvan para cerrar, o impedir el paso y guardar las cosas;

- la ruptura de correas, sogas, cordeles u otras ataduras que resguarden algunos efectos;

- el uso de ganzúas. Esta palabra tiene, según el Art. 600, un alcance muy amplio, pues se califica de ganzúas todo gancho, corchete, llave maestra, llave imitada, falsificada o alterada; las llaves que no han sido destinadas por el propietario, locatario, posadero o fondista a las chapas, candados o cerraduras a que el culpado las hubiere aplicado; y las llaves perdidas, extraviadas o sustraídas que hubieren servido para

cometer el acto. Se trata, por tanto, de un concepto jurídico (no gramatical), en el que se incluyen las ganzúas propiamente tales, pero también llaves falsas y hasta las verdaderas.

Además el Art. 598 asimila a la sustracción con fuerza en las cosas la de los muebles de que se ha habla en el Art. 597 (cómodas, cofres, maletas, papeleras o cualquier mueble cerrado), aunque no se haya apelado a la fuerza para abrirlos; y la cometida mediante ruptura de sellos.

7.6.- Penas

Según el Art. 551, el robo es sancionado con prisión de uno a cinco años, en los casos de amenazas y fuerza en las cosas; y con reclusión menor de tres a seis años, cuando se hubiere empleado violencia contra las personas. Pero la pena se fijará tomando en cuenta el valor de las cosas robadas.

Las reformas de marzo de 2010, eliminaron en el Art. 607 numeral primero, la tipificación del robo como contravención, cuando el valor de la cosa sustraída no sobrepasaba el mínimo que ahí se establecía. Luego de la reforma, todo caso de robo será delito sin consideración al valor, aunque sea ínfimo, de las cosas sustraídas.

También operan para el robo las circunstancias atenuante y agravante relativas al pequeño valor o el daño de gravedad, en relación a las condiciones del ofendido (Arts. 29 y 30).

7.7.- Robo agravado

El Art. 552 establece diez casos de agravación del delito de robo, cuya redacción se ha mantenido históricamente. Se refieren a los modos de ejecución, a la ocasión, al objeto o a los resultados; y basta para la agravación la concurrencia de cualquiera de las determinadas en la ley. La variedad de situaciones trae como consecuencia que, en la práctica, sean más frecuentes los casos de robo agravado que de robo simple.

Nos referiremos en este punto a nueve de los diez casos previstos en el artículo:

- Con armas. El propio Código define el arma (Art. 602) de una manera bastante amplia: "Toda máquina, o cualquier otro instrumento cortante, punzante o contundente que se haya tomado para matar, herir o golpear, aun cuando no se haga uso de él". La agravación se justifica por el eventual peligro que corre la víctima.

La definición exige que el arma haya sido tomada para hacer uso de ella (elemento intencional), por lo cual el solo hecho de portar un arma no sería suficiente, en principio, para que exista la agravación. Sin embargo habría ya robo si la exhibición del arma se hizo para intimidar. Pero es dudosa la calificación, si el arma se ha mantenido oculta y no se ha empleado fuerza ni violencia para la comisión del delito. ¿Sería, por tanto, un hurto?

- Por la noche. El Código (Art. 592) dice que "robo cometido durante la noche es el ejecutado en el lapso comprendido entre la siete pasado meridiano y las cinco de la mañana". La norma coincide con la circunstancia agravante general, y en algunos casos específica (en el asesinato, por ejemplo) de nocturnidad. Es obvio que la nocturnidad facilita la comisión de este o de cualquier delito y disminuye las posibilidades defensivas de la víctima, pero en el asesinato se agrega que la nocturnidad debe haber sido buscada de propósito. En cambio, en este caso, la ley no exige tal intención y establece una precisión horaria injustificada.

- En despoblado. La ley no define lo que debe entenderse por despoblado, que también es circunstancia agravante general y específica de algunos delitos, por tratarse de una situación que facilita la comisión del delito. La doctrina considera que el delito debe cometerse en un lugar sin viviendas, fuera de un centro poblado, cuya situación concreta debe ser apreciada por el juez. Tampoco se exige que haya sido buscado de propósito.

- En pandilla. El Art. 601 dice que "pandilla es la reunión de tres o más personas, con una misma

intención delictuosa, para la comisión de un delito". La redacción recalca la coincidencia en la intención y en la ejecución del delito, aunque no necesariamente en la preparación del mismo. Por ello habría la agravante si dos o más personas se suman, sin previo acuerdo, a la acción iniciada por otra, por lo cual la pandilla se diferencia de la conspiración y la asociación ilícita que sí exigen este concierto previo. Por otra lado, la pandilla requiere que sean tres personas las que actúan, mientras que bastan dos para que se produzcan las otras dos situaciones. La mayor peligrosidad del acto delictivo y el aseguramiento de su resultado justifican la agravación.

- En caminos o vías públicas. El Art. 591 dice que "caminos públicos son aquellos cuyo uso es público". No se define a las "vías" y habría que preguntarse si la ley las entiende como sinónimo, según lo señala Zabala Baquerizo. En todo caso queda por determinar si los caminos o vías son solamente las que llevan de una población a otra o también comprenden las calles de una ciudad. El mismo Zabala se inclina por lo primero, pues de esa manera se justificaría la agravación, relacionada con la inseguridad de los viajeros. Estos criterios se confirmarían con la definición que trae el Art. 1 de la Ley de Caminos: "Son caminos públicos todas las vías de tránsito terrestre construidas para el servicio público y las declaradas de uso público. Se consideran, además, como públicos los caminos privados que han sido usados desde hace más de quince años por los habitantes de una zona".

- Mediante perforación o fractura de un lugar habitado. Aunque estas modalidades pueden equipararse a los casos que el Art. 597 señala como ejemplos de fuerza en las cosas (quebrantamiento, rompimiento, demolición, horadamiento), la agravación se produce por cuanto estos actos se practican en paredes, cercados, techos, pisos, puertas o ventanas de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas. Se trata, por tanto, de una conducta que, además, afecta a la inviolabilidad del domicilio, con el consiguiente peligro para sus moradores.

En este caso el Código establece lo que debe entenderse por casa habitada y por dependencias de esa casa (el Art. 552 habla de "lugar habitado o sus dependencias"). En efecto, el Art. 593 dice: "Se reputa casa habitada todo edificio, departamento, vivienda, choza, cabaña, aunque sea movible, o cualquier otro lugar que sirva para habitación", aunque en el momento del robo no esté habitada; el Art. 594 determina que: "Se reputan dependencias de una casa habitada los patios, corrales, jardines y cualesquiera otros terrenos cerrados, así como los trojes, pesebreras, y cualesquiera otros edificios contenidos en ellos, cualquiera que sea su uso, aun cuando formen un cercado particular dentro del cercado general" y el Art. 595 agrega: "Los parques móviles, destinados a contener ganado en los campos, de cualquier modo que estén hechos, se reputan dependencia de casa habitada cuando están establecidos sobre un mismo espacio de terreno con las cabañas movibles u otros abrigos destinados a los guardianes".

Singularmente, a pesar de que el Art. 599 se refiere a diversas modalidades de "escalamiento", esta posibilidad no está prevista en el Art. 552, aunque sí es una circunstancia agravante general establecida en el Art. 30.

- Las circunstancias del Art. 549. El numeral cuarto del Art. 552 establece como circunstancias agravantes del robo tres de las circunstancias que, según el Art. 549, se consideran también agravantes del hurto. Estos son los casos de robo de instrumentos profesionales y los robos calamitoso y ruinoso. Son aplicables a estos casos las observaciones que se hicieron en su momento. La diferencia estará en el empleo de los medios que tipifican el robo: violencia o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas.

7.8.- Penas del robo agravado

El Art. 552 determina que al concurrir al robo cualquiera de las circunstancias señaladas, se aplicará el máximo de la pena prevista para el robo simple, esto es cinco años si el medio empleado fueron las amenazas o la fuerza y seis años, si se empleó la violencia.

Pero el mismo artículo agrega que si concurrieren al hecho dos o más de estas circunstancias, la pena será de reclusión menor de seis a nueve años.

7.9.- El resultado de lesiones o muerte

El décimo caso previsto en el Art. 552 se refiere al resultado producido por las violencias contra las personas que se hayan empleado en la ejecución del delito. La norma legal establece en estos casos modalidades de delitos complejos, pues lesionan dos bienes jurídicos: la propiedad, por una parte y, por otra, la integridad y la salud, tratándose del resultado de lesiones, y la vida, cuando el resultado es la muerte de la persona agredida. Tanto la gravedad del caso como las especiales previsiones que hace la ley al respecto justifican un tratamiento separado del punto.

El Código no lo señala expresamente, pero se puede deducir que las violencias se han empleado contra la persona en cuya esfera de custodia se encontraba el bien que es objeto de la sustracción. Sin embargo cabe la posibilidad de que las violencias se ejecuten sobre otra persona y en ese caso cabría preguntarse si también se produce la agravante o si este acto constituiría un delito independiente. Nos inclinamos por la primera solución, pues inclusive, según lo dice expresamente el Art. 550, las violencias pueden cometerse antes del acto para facilitarlo, en el momento de cometerlo y aun después para procurar la impunidad.

Casos

El Código distingue tres situaciones: las violencias han producido heridas que no dejan lesión permanente; las violencias han ocasionado una lesión permanente; y las violencias han causado la muerte.

Lesiones no permanentes. No hay en el Código una precisión respecto a lo que debe entenderse por lesiones no permanentes; pero, como en el segundo caso, al especificarse las lesiones permanentes se hace referencias a las detalladas en los Arts. 466 y 467, por exclusión, las no permanentes serán las previstas en los Arts. 463, 464 y 465, es decir aquellas en que la persona sufre heridas que le producen enfermedad o incapacidad para el trabajo que no pasen de noventa días.

En este caso, la pena será la máxima prevista para el robo agravado, es decir seis años de reclusión menor.

Lesiones permanentes. Para determinar cuáles son las lesiones permanentes, el Código se remite a los Arts. 466 y 467. En estos artículos, se dice que los golpes o heridas deben causar una enfermedad o incapacidad para el trabajo personal, que pase de noventa días, o una incapacidad permanente para los trabajos a los que hasta entonces se había dedicado habitualmente el ofendido, o una enfermedad grave, o la pérdida de un órgano no principal (Art. 466); o una enfermedad cierta o probablemente incurable; o una incapacidad permanente para el trabajo, o una mutilación grave, o la pérdida o inutilización de un órgano principal (Art. 467).

La pena será de reclusión mayor de ocho a doce años.

Muerte. El resultado más grave que pueden causar las violencias empleadas en el robo es la muerte y por eso la pena será en este caso de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

Pero la norma, constante en el último inciso del Art. 552, plantea algunos problemas. En efecto, la norma dice textualmente: "si las violencias han causado la muerte" con lo cual la agravación se produce por el resultado objetivo de la muerte, sin considerar si el autor del hecho se representó o no tal resultado y si lo quiso. Caben, por supuesto, varias alternativas. Cabe que el sujeto activo tenga la intención directa de matar a su víctima; o solamente la de emplear violencias, que se representa o no como mortales, y que efectivamente causaron la muerte; pero también es posible que las violencias no sean mortales, pero por circunstancias fuera del control del sujeto activo causaron la muerte.

De todos estos casos, el primero, como ya se lo señaló al estudiar el numeral noveno del Art. 450 (homicidio cometido en conexión con otro delito), quedaría excluido del Art. 552. Si el autor tuvo la intención de matar y así lo hizo, habrá un asesinato en concurso con robo. Sin embargo en la práctica no resulta fácil precisar la situación, lo que ha provocado no poca confusión en los tribunales.

En los otros casos la norma aplicable es la del Art. 552 último inciso que, en definitiva, establece la misma pena sin considerar las posibles variantes en la intención: dolo eventual o preterintención.

También cabe examinar la situación producida cuando, por diversas razones, el robo no se consumó, pero

sí se produjo la muerte de la persona atacada. Considero que en este caso desaparece el delito complejo y quedarían un homicidio consumado y una tentativa de robo en concurso.

7.10.- Robo asimilado

El Art. 553 prevé dos conductas que, sin responder a la tipificación de robo, la ley las asimila a este delito.

En el primer inciso se considera como robo, aunque no se haya empleado violencias ni amenazas contra las personas ni fuerza en las cosas, la sustracción hecha "con fraude" y con ánimo de apropiarse de cosa ajena realizada en ciertos lugares o situaciones: trenes, tranvías, autobuses, muelles, reuniones públicas o manifestaciones. Técnicamente estos casos serían de hurto.

En el segundo inciso la calificación como robo, además agravado, se debe a la naturaleza de la cosa sustraída: objetos, implementos, materiales, o cosas pertenecientes a las instalaciones de los cuerpos contra incendios. En concordancia con el primer inciso, se entiende que tampoco se requiere de violencias, amenazas o fuerza.

Agrega el inciso, en forma todavía más insólita, que también se considerará robo la compra fraudulenta de tales objetos, materiales o cosas. Es decir, la conducta denominada receptación, que ya se encuentra tipificada en el Art. 569.

7.11.- Apropiación ilícita

Entre otras normas penales, la Ley de Comercio Electrónico (abril de 2002) introdujo en este Capítulo dos artículos innumerados, bajo el epígrafe de "apropiación ilícita".

De la redacción, un tanto confusa del primer artículo, se establece dos conductas delictivas:

- Facilitar (¿a quién? ¿al mismo sujeto activo? ¿a un tercero?) la apropiación de un bien ajeno, utilizando fraudulentamente sistemas de información o redes electrónicas;

- Procurar la transferencia no consentida de bienes, valores o derechos de una persona, en perjuicio de éste o de un tercero, en beneficio propio o de un tercero, alterando, manipulando o modificando el funcionamiento de redes electrónicas, programas informáticos, sistemas informáticos, telemáticos o mensajes de datos.

De la inclusión de estos delitos en este Capítulo parece entenderse que el legislador ha equiparado, al empleo de la fuerza, característica del robo, el uso de medios informáticos.

También cabe observar que la consumación de los delitos no se produce con la apropiación o la transferencia de los bienes. Las conductas punibles consisten en "facilitar" o "procurar", es decir actos que no necesariamente producirían la apropiación o la transferencia.

La pena es de prisión de seis meses a cinco años y multa, pero en el segundo de los artículos innumerados se la agrava, aumentando el mínimo y la multa, si el delito se comete con uno de los siguientes medios: inutilización de sistemas de alarma o guarda; descubrimiento o descifrado de claves secretas o encriptadas; utilización de tarjetas magnéticas o perforadas; utilización de controles o instrumentos de apertura a distancia; violación de seguridades electrónicas, informáticas u otras semejantes.

7.12.- Despojo de vehículos

La Ley 2005-21 creó el denominado secuestro "exprés", agregando dos numerales al Art. 189, pero también añadió tres artículos innumerados en este Capítulo. Esta duplicación parecería deberse a que estas conductas pueden afectar tanto la libertad como a la propiedad, por lo cual el legislador estableció delitos en uno y otro ámbito. Habrá que entender que las reformas del Art. 189 serían aplicables cuando

se "retiene" a los ocupantes del vehículo, y en caso contrario se aplicarían las de este capítulo.

El primero de los artículos innumerados agregados en este capítulo tipifica la conducta como el despojo de un vehículo automotor al conductor o a los ocupantes, para utilizarlo con la finalidad de cometer otros delitos. Esta finalidad podría inclusive excluir el ánimo de apropiación del vehículo, con lo cual técnicamente el delito no sería un robo.

La pena es de reclusión menor de tres a seis años; pero los otros dos artículos innumerados agravan las penas hasta reclusión mayor especial, si a consecuencia de la comisión de este delito se produjeren lesiones graves, daños psicológicos, incapacidad permanente o muerte de las víctimas.

7.13.- Falsificación de llaves

El Art. 590, ubicado entre las disposiciones generales del Capítulo IX de este Título, establece como delito la falsificación o adulteración de llaves, vinculando posiblemente este hecho con el uso de ganzúas, previsto en Art. 597, como modalidad de fuerza en las cosas. Por cierto que más que un delito contra la propiedad, se trataría de un acto preparatorio.

La pena es de prisión de tres meses a dos años y multa, pero se agravará con prisión de uno a tres años, si el culpado es cerrajero de oficio.

8.- El abigeato

Solamente a partir del Código de 1938, el abigeato aparece tipificado como un delito autónomo al que se dedica el Capítulo III de este Título (Arts. 554 a 556). Este tratamiento especial se debe sin duda a la gran importancia económica que tuvo el ganado en la sociedad ecuatoriana, básicamente rural, del siglo XIX y comienzos del siglo XX.

Aunque se trata de una figura tradicional, conocida ya en el derecho romano, en general su tratamiento penal ha sido el considerarlo solamente como una modalidad del hurto o del robo, caracterizada por el objeto del delito. En realidad, también la tipificación del Código ecuatoriano mantiene esa característica, como se señalará a continuación.

En consecuencia, el bien jurídico tutelado es la propiedad, en el sentido que ha quedado señalado, al estudiarse previamente los delitos de hurto y robo.

8.1.- Tipicidad

Precisamente lo primero que establece el Art. 554 es que el abigeato puede ser un hurto o un robo. Esto quiere decir que deberá comprobarse la existencia de los requisitos de uno de estos dos delitos. En definitiva debe haber una sustracción de cosa ajena, fraudulenta y con ánimo de apropiarse, conforme se ha señalado anteriormente. Y se tratará de un hurto o un robo, de acuerdo a los medios empleados para la sustracción: si no se ha empleado ni violencia o amenazas sobre las personas ni fuerza en las cosas, será un hurto; y si se ha empleado uno de estos medios, será un robo.

Pero para que se tipifique el abigeato será indispensable, la comprobación de dos elementos:

- El objeto material: que debe ser necesariamente ganado caballar, vacuno, porcino o lanar; sin consideración a la cuantía, agrega la ley.

- El lugar de la sustracción: sitios destinados a la conservación, cría o ceba del ganado.

La sustracción de otro animal, o la sustracción de los animales especificados, pero realizada en un lugar diferente a los señalados en la ley, no será abigeato.

8.2.- Penas y agravantes

El Art. 555 sanciona el abigeato con la pena de uno a tres años de prisión, si se trata de la modalidad de hurto; y de dos a cinco años de prisión, en la modalidad de robo.

Este artículo establece además un raro caso, en la legislación ecuatoriana, de reincidencia específica: quien cometa un abigeato, habiendo sido condenado con anterioridad por otro delito de abigeato, será sancionado con el doble de dichas penas.

El Art. 556 determina que si el abigeato se hubiese cometido con violencias, y estas han causado heridas, lesiones o muerte, se aplicarán las penas previstas para el caso de robo (Art. 552).

Estaría por dilucidarse si, en conformidad con la reforma de marzo de 2010, el valor inferior a un medio salario básico del animal sustraído determina que la infracción se califique de contravención de hurto; o si, por las características especiales del abigeato, la conducta sigue considerándose delito.

9.- La extorsión

En los Arts. 557 a 559 se tipifica, con varias modalidades, el delito de extorsión. Aunque eventualmente afecta a otro tipo de bienes jurídicos, principalmente la seguridad, se ubica entre los delitos contra la propiedad por sus efectos patrimoniales: provecho para el sujeto activo o para un tercero y perjuicio para el sujeto pasivo.

Se trata de un delito a medio camino entre el robo y la estafa. Se aproxima al robo porque el sujeto activo tiene un ánimo de lucro y utiliza medios intimidatorios y hasta de violencia, pero no hay sustracción. Y a la estafa, porque el sujeto pasivo entrega el bien, hay un acto de disposición, pero no a consecuencia de un engaño. También se aproxima de alguna manera al plagio, como se verá más adelante.

9.1.- Tipicidad

Las distintas modalidades de extorsión emplean, como núcleo de la conducta, para tipificar el delito, la misma expresión verbal: "obligar a otro" y las variantes se establecen, tanto por los actos exigidos al extorsionado como por los medios que utiliza el extorsionador.

Actos exigidos

- En el Art. 557 se señalan, mediante cuatro verbos, los actos a los que estaría obligado el sujeto pasivo: entregar (se entiende que hacerlo directamente al propio sujeto activo), enviar, depositar o poner a su disposición o de un tercero (tres formas indirectas) cosas, dinero o documentos que produzcan o puedan producir efectos jurídicos. Como ya se señaló, la extorsión se diferencia del hurto y del robo, porque es el propio sujeto el que realiza el acto de disposición.

Las cosas (o bienes), el dinero o los documentos son, por tanto, el objeto material del delito. La norma no califica la naturaleza de las cosas, pero, igual que en el hurto o en el robo, debe entenderse que se trata de cosas corporales, en el sentido del Código Civil. En cuanto al dinero, se entienden comprendidas tanto las especies monetarias como los billetes, y no solamente los que tienen curso legal en el país, sino también las divisas extranjeras. En todo caso, la palabra excluye a los cheques u otras órdenes de pago.

La expresión "documentos que surtan o puedan surtir efectos jurídicos" también puede interpretarse ampliamente. Podrían ser bonos, cédulas u otros documentos al portador, que no impliquen adicionalmente falsificaciones. Podrían ser también cheques u otras órdenes de pago, pero tal vez sería más propio en estos casos aplicar el Art. 558.

Ahora bien, al hablar la ley, en general, de "efectos jurídicos", se estaría saliendo del ámbito estrictamente patrimonial, y cabe preguntarse si entonces la conducta podría llamarse extorsión. La mayoría de las

legislaciones (por ejemplo, España, Alemania, Colombia) insiste expresamente en el ánimo de lucro, que caracteriza a estos delitos, pero también hay otras (Argentina) que emplean una frase similar a la nuestra.

- El Art. 558 señala como conducta típica el obligar a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o crédito, es decir apreciables patrimonialmente.

A diferencia del artículo anterior, que prevé la existencia de un documento que se entrega, envía o deposita, en este artículo se habla de un documento que se firma o que se destruye. En el primer caso para crear una obligación o crédito; en el segundo para extinguirla.

Medios empleados

El otro elemento que la ley prevé para la tipificación del delito, en sus distintas modalidades, es el empleo de ciertos medios con los cuales se atemoriza al sujeto pasivo, para obligarle a realizar alguno de los actos señalados:

- Intimidación: Según el texto del Art. 377, también aquí aplicable, intimidación es la amenaza de un atentado contra las personas o las propiedades. La amenaza puede ser verbal o escrita, directa o indirecta, expresa o tácita; y puede dirigirse contra la persona del extorsionado o contra un tercero vinculado a él. En todo caso, sin privarle de la libertad personal. Si tal cosa ocurriera, el delito sería un plagio, en que el bien jurídico primordialmente afectado es la libertad personal.

- Simulación de autoridad pública o falsa orden de la misma: La utilización de este medio parecería más propia de la estafa; pero sería extorsión si el efecto es intimidar al sujeto pasivo, atemorizarlo.

- Violencia: En el Art. 558 se agrega a los dos medios anteriores, el empleo de violencia para obligarle a suscribir o destruir documentos. Para determinar el alcance de este medio cabe recurrir a la norma que la define (Art. 596) como los actos de apremio físico que se ejercen sobre las personas. Pero también se excluye la privación de la libertad personal, pues el delito en tal caso sería un plagio.

- Amenazas de imputaciones contra el honor, violación de secretos, publicaciones que afecten a la honra o reputación: El empleo de este medio, previsto en el Art. 559, caracteriza la conducta que la doctrina denomina chantaje, en que la amenaza de un mal no tiene un contenido físico sino moral. El delito existe sin consideración de la verdad o falsedad de los hechos que se imputan o se pretende revelar.

9.2.- Penas

La extorsión se sanciona con prisión de uno a cinco años, pero en la modalidad de chantaje es prisión de seis meses a cuatro años.

9.3.- Iter criminis

Alrededor de este delito se ha generado algún debate sobre el momento de la consumación. Por lo que dice el Art. 557, al que se remite el 559, el delito se consuma con la entrega, el envío, el depósito o la puesta a disposición de las cosas, dinero o documentos; y según el Art. 558, con la suscripción o destrucción de documentos. En el caso de documentos, que puedan producir efectos jurídicos, no hace falta que efectivamente se hayan producido, con el provecho y el perjuicio consiguientes. Si esto se produce habrá un delito agotado; pero hay que advertir que los efectos de provecho o perjuicio pueden ser declarados nulos en el fuero civil, por existir un vicio del consentimiento: el uso de la fuerza.

Pueden darse por cierto situaciones de tentativa, cuando el extorsionado resiste a la extorsión; y hasta es posible encontrar casos de delito imposible cuando se ha recurrido a medios no idóneos.

10.- La estafa

El Capítulo V de este Título (Arts. 560 a 575 y agregados) se denomina "De las estafas y otras

defraudaciones". De tal epígrafe se deduce que el elemento que caracteriza a los delitos tipificados en el Capítulo es la recurrencia a actos fraudulentos que, igual que en los demás delitos del Título, están impulsados por un afán de lucro. Este ánimo diferencia a estos delitos de otros en los que interviene también un elemento de engaño, pero que persiguen finalidades diferentes, como ocurre con el perjurio, las diversas formas de falsedad o el estupro.

La estafa, la figura más conocida entre las defraudaciones, ha sido analizada no solamente en el ámbito estrictamente jurídico, sino también en el criminológico. Las características de los protagonistas del acto, estafador y estafado, han merecido estudios sumamente perspicaces que destacan, en general, la habilidad del primero, que se acomoda a las más variadas circunstancias, mientras que el segundo es, muchas veces, víctima de su codicia o tontería. No es raro, por eso, que muchos casos queden en la impunidad, porque el estafado no quiere hacer pública sus propias deficiencias.

10.1.- Formas de tipificar la estafa

Dada la enorme variedad de las formas de estafa, la tipificación de este delito ha sido una tarea ardua para los legisladores. En efecto, aunque hay un acuerdo general sobre los elementos básicos de la figura (empleo de artificios, inducción a error, disposición patrimonial en beneficio del estafador y perjuicio del estafado), no es fácil delimitar la conducta penal, para diferenciarla claramente de otras situaciones, como exageraciones, inexactitudes o incumplimientos, que son conductas más o menos permitidas o toleradas en el mundo de los negocios y que podrían dar lugar a reclamaciones civiles. Por estas dificultades, los códigos no han adoptado una fórmula uniforme, sino que han recurrido a fórmulas un tanto diversas para tipificar el delito.

Así se habla de sistemas genéricos: una fórmula aplicable a todos los casos, más difícil de encontrar; de sistemas casuísticos: varias hipótesis taxativamente señaladas, con el riesgo de que se queden afuera casos significativos; y de sistemas casuístico-genéricos: varias hipótesis y a continuación una fórmula general, que también corre otro riesgo: el provocar una interpretación analógica.

Ejemplos de la fórmula genérica los encontramos en el Código italiano (Art. 640): "El que, induciendo en error a alguna persona por medio de artificios o engaños, obtenga para sí o para otros un provecho injusto"; o en el español (Art. 248): "Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno".

Una fórmula casuística es la francesa (Art. 313-1): "Es estafa el hecho de engañar a una persona física o jurídica, bien mediante el uso de un nombre falso o de una falsa calidad, bien mediante el abuso de una calidad verdadera, o bien mediante el empleo de maniobras fraudulentas, determinándola así, en perjuicio propio o de tercero, a entregar fondos, valores o cualquier bien, a prestar un servicio o a consentir un acto que le imponga una obligación o aceptar una descarga".

En tanto que el Código chileno se adhiere al sistema casuístico-genérico (Art. 468): "Incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante".

10.2.- La tipicidad en el Código

El Código ecuatoriano (Art. 563) apela al sistema casuístico-genérico, pero con una redacción particular que debe analizarse punto por punto.

Núcleo: El Código utiliza la frase "hacerse entregar" fondos, muebles, etc., con lo cual se alude expresamente al acto dispositivo que realiza el propio sujeto pasivo, característico de la estafa, en contraposición con el hurto y el robo, delitos en que los bienes son sustraídos por el sujeto activo; y, de alguna manera, con similitud a la extorsión.

Objeto material: El Art. 563 enumera, entre los bienes que se entregan, fondos (dinero), muebles,

obligaciones (documentos que las crean), finiquitos (documentos que las extinguen) y recibos (documentos que establecen la recepción de dineros o bienes).

Los dos primeros casos (fondos y muebles) no plantean problemas de interpretación, pues está claro que la entrega es de bienes, cuya posesión se transfiere materialmente al sujeto activo. Por esta razón la propia ley excluye los bienes inmuebles.

En cuanto a la entrega de documentos, de las tres clases señaladas (obligaciones, finiquitos y recibos), es necesario que, mediante los mismos, se produzca el efecto patrimonial propio de este delito. Es decir, el beneficio del sujeto activo y el perjuicio del sujeto pasivo. Dentro de este límite cabe una enorme gama de posibilidades: órdenes de pago, documentos de crédito, contratos simulados, reconocimiento de deudas inexistentes, renuncia de derechos, etc. Hasta cabría que a través de un documento se afecten los derechos reales sobre un bien inmueble.

Los actos engañosos: Como ya se indicó, al emplear una extensa fórmula casuística, el Código señala varias alternativas, para referirse a los ardides o engaños que inducen a error, elemento indispensable para que exista estafa, como lo establece la doctrina en forma unánime.

Concretamente el Código dice que el delito se produce cuando la entrega de bienes o documentos se ha conseguido mediante el "uso de nombres falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder, o de un crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico, o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad".

En esta enumeración se establecen básicamente tres casos. Los dos primeros son el uso de falsos nombres o de falsas calidades; pero el tercero, el empleo de "manejos fraudulentos", da lugar a varias posibilidades: hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder o crédito imaginario; o para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente o cualquier otro acontecimiento quimérico; y finalmente, recurriendo a un procedimiento analógico, para "abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad".

Se trata evidentemente de una tipificación criticable, en la que el legislador abusa de los sinónimos (falsos y falsas, imaginario y quimérico), multiplica los casos, pero corre el riesgo de no preverlos todos y, para salvarlo, apela a la interpretación analógica.

No queda claro de la enumeración del Código si el acto engañoso pudiera consistir en una simple mentira. En general la doctrina, siguiendo la clásica opinión de Carrara, considera que una mentira no basta para tipificar la conducta; hace falta lo que este autor llama, tomando la expresión del mundo teatral, "la mise en scene". Este significa, no necesariamente una compleja puesta en escena, que en algunos casos sí se da, sino el recurrir a elementos materiales, así sea mínimos (un papel) que vuelven creíbles las palabras engañosas.

En todo caso es indispensable la relación de causalidad entre el empleo de cualquiera de estos actos engañosos y la entrega de bienes o documentos.

La singular tipificación del Código ha determinado que la jurisprudencia nacional siga un errático camino. Entre los casos resueltos abundan aquellos en que se ha señalado que el pago con un cheque girado en cuenta cerrada, a sabiendas, constituye un caso de estafa, pues se está utilizando un medio fraudulento, que induce a error a la víctima, para hacerse entregar bienes (Ver, por ejemplo, Gacetas Judiciales Serie XV, No. 4 y Serie XVI, No. 8; Registros Oficiales 381, 689 y 132, de 1 de agosto de 2001, 23 de octubre de 2002 y 24 de julio de 2003, respectivamente). Pero también se encuentran sentencias que consideran estafa la venta de una cosa ajena con ánimo de perjudicar al comprador (Registro Oficial 269, de 5 de marzo de 1998); la entrega de títulos falsos de capacitación (Registro Oficial 18, de 8 de febrero de 2007); la entrega de un falso nombramiento (Edición Especial 33, de 19 de marzo de 2008); el engaño para un viaje al exterior que nunca se realizó (Expediente 448-98, de 2 de diciembre de 1998), etcétera. Es además frecuente en la jurisprudencia, la confusión entre estafa y abuso de confianza y el fundamentar la condena en la frase final "abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad".

Caso dudoso: La fórmula casuística no da respuesta a una cuestión debatida en la doctrina: la posibilidad

de una estafa por omisión. Es decir en aquellos casos en que la conducta consiste en "no sacar del error a la presunta víctima", en guardar silencio, por ejemplo, cuando se recibe un cambio excesivo. Pero en tales casos, el error no ha sido producido por el beneficiado utilizando uno de los medios engañosos especificados en la ley, por lo cual puede sostenerse que tal conducta no está tipificada; ni puede sostenerse que la conducta anterior de tal persona le haya convertido en garante de un bien jurídico, por lo cual estaba obligado a impedir el resultado.

Elemento subjetivo: Expresamente el Art. 563 señala que la conducta del estafador debe tener el "propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro", cuya entrega consigue mediante el acto engañoso. Se trata del ánimo de lucro que caracteriza, como ya se ha dicho, a los delitos contra la propiedad en el Código ecuatoriano.

Por tanto podemos concluir que la estafa es un delito doloso, lo que sí ha sido reconocido por la jurisprudencia.

El otro: Varias cuestiones se han planteado en la doctrina y la jurisprudencia, especialmente extranjera, respecto al sujeto pasivo de la estafa.

El Código ecuatoriano dice que comete el delito el que actúa "con el propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro". Sin embargo no se dice expresamente, como lo hacen otras legislaciones, que el acto engañoso debe inducir a error a ese otro. Por lo tanto cabe preguntarse si el que sufre el perjuicio patrimonial debe ser necesariamente el mismo a quien se induce a error mediante el acto engañoso. La respuesta, al menos en nuestro Código, es negativa: se puede perjudicar al dueño de un negocio engañando al empleado.

También se debate si habría estafa cuando el sujeto pasivo es un incapaz (menor de edad o perturbado mental), pues hay quienes estiman que en ese caso habría más bien un hurto, con una especie de sustracción. O cuando el sujeto ha actuado con negligencia (no examinó atentamente el objeto que se le vendía) o con dolo (fue engañado sobre la naturaleza de las sustancias estupefacientes que pensaba adquirir). La mayoría se inclina por pensar que la estafa existe, aparte del delito que pudiera estar cometiendo el estafado.

Finalmente cabe preguntar si hay estafa cuando no hay un "otro" al cual se engaña, pues se actúa ante máquinas de diversa naturaleza, dispensadoras de dinero o bienes, para acceder a las cuales se utilizan tarjetas u otros adminículos. La doctrina ha negado esta calificación y considera que se estaría o bien frente a un hurto, o a un robo, como en el caso de empleo de ganzúas o llaves. De alguna manera, para responder a esta cuestión, la Ley de Comercio Electrónico incorporó dos normas al Capítulo en que se tipifica el robo, que se analizaron anteriormente, y estableció, en el caso del Art. 563, un agravante que se señala de inmediato.

10.3.- La pena

El Código determina que la pena de la estafa es de prisión de seis meses a cinco años y multa; pero dos reformas han previsto situaciones de agravación.

La primera sanciona con el máximo de la pena y una multa mayor, si el delito se cometiere utilizando medios electrónicos o telemáticos. Debe entenderse que la inducción a error se produce precisamente con la utilización de tales medios.

La segunda elevó la pena a reclusión menor de tres a seis años, si la estafa se cometiere en casos de migraciones ilegales; es decir que, además del acto típico de la estafa (hacerse entregar bienes utilizando un medio engañoso), se debe probar que estuvo vinculado a una situación de migración ilegal.

10.4.- Iter criminis

Dos cuestiones relativas al iter criminis de la estafa deben examinarse.

La primera es determinar cuál es el momento en que el delito se consuma. La redacción del Art. 563 lleva a concluir que la consumación se produce con la sola entrega de los fondos o muebles o de los documentos enumerados en dicho artículo (obligaciones, finiquitos o recibos). En esta segunda hipótesis podría ocurrir que no se haya producido todavía el provecho económico buscado por el sujeto activo (la apropiación de la cosa ajena), ni el perjuicio para el sujeto pasivo.

La segunda cuestión es la posibilidad de un delito imposible, por cuanto el acto engañoso es de tal torpeza que carece de idoneidad para inducir a error al sujeto pasivo. Claro que en estos casos, deberá entenderse que la idoneidad es siempre relativa, pues dependerá de las características personales del sujeto al que se pretende engañar.

10.5.- Concurso de delitos

Como ya se señaló, al estudiarse los delitos de falsedad documental, es frecuente que estos delitos estén dirigidos a la comisión de una estafa. La falsedad sería el delito medio y la estafa el delito fin. En tales casos se produciría un concurso de delitos y la sanción se establecerá conforme a las reglas generales.

Por cierto que, tratándose de la falsedad de documento privado, que solo se consuma con el uso del documento, se ha sostenido que más que un concurso habría una absorción de la falsedad por la estafa.

10.6.- Estafas especiales

Este Capítulo incluye dos normas que tipifican supuestos específicos de engaño, a los que se podría calificar rigurosamente como estafas.

En los Arts. 564 y 565 se tipifican como delitos los engaños que se hagan al comprador:

- Acerca de la identidad de la cosa vendida, entregando una cosa distinta del objeto sobre el cual versó el contrato;
- Acerca de la naturaleza u origen de la cosa, entregando una cosa semejante en apariencia a la que se ha comprado o creído comprar;
- Acerca de la cantidad de las cosas vendidas.

La pena será de prisión de un mes a un año y multa, bastante inferior a la de la estafa.

11.- Otras defraudaciones

Además de la estafa (Art. 563) y de las estafas especiales ya señaladas, el Capítulo V de este Título, tipifica otros delitos a los que, genéricamente, denomina defraudaciones. Es decir delitos en los que la conducta nuclear tiene un ingrediente fraudulento destinado a producir un beneficio económico al sujeto activo, con perjuicio del sujeto pasivo. Aunque el Código prevé varios casos de defraudación, en la legislación comparada se pueden encontrar otras figuras con características similares, pero que no han sido tomadas en cuenta en nuestro Código. Tales son, por ejemplo, la celebración de contratos simulados, el abuso de firma en blanco, etc.

Se van a analizar los variados supuestos que constan en este Capítulo.

11.1.- Abuso de confianza

El Art. 560 tipifica una conducta a la que doctrinariamente se ha denominado abuso de confianza o apropiación indebida. Se trata de un delito contra la propiedad con características particulares, que lo diferencian de aquellos delitos con los cuales tiene cierta proximidad, la estafa y el hurto. Se diferencia de la estafa, porque el sujeto activo no emplea un engaño para hacerse entregar el bien del cual se apropia o

dispone, pues éste ya se encuentra en su poder; e igualmente del hurto, porque la apropiación no se produce a través de la sustracción del bien.

11.1.1.- La tipicidad

Núcleo: El Código emplea dos verbos para establecer el núcleo de la conducta: distraer o disipar.

Por distraer debemos entender el no dar a las cosas el uso al que están naturalmente destinadas; y por disipar, el disponer de la cosa arbitrariamente. Como se ve, el Código no utiliza el verbo "apropiarse", que es el que aparece frecuentemente en las legislaciones, y que determina con claridad y precisión la naturaleza del delito y su efecto patrimonial. Ahora bien, si el acto consiste en disipar o distraer, se trata en todo caso de disponer de la cosa como si fuera propia, y ese es el sentido que se debe dar a la norma de nuestra legislación.

Doctrinariamente se discute si también la conducta puede realizarse por omisión, cuando la persona que recibió el bien niega haberlo recibido, lo cual implica que no se producirá la restitución o el uso dispuesto por el dueño del bien.

Objeto material: El artículo enumera como posibles objetos del delito a "efectos, dinero, mercancías, billetes, finiquitos, escritos de cualquier especie, que contengan obligación o descargo y que le hubieren sido entregados con la condición de restituirlos o hacer de ellos un uso o empleo determinado".

El caso más evidente se produce cuando el objeto distraído o disipado son efectos (en el sentido de bienes, muebles o enseres) o mercancías (cosas muebles, que es la palabra que emplea el Art. 563). En cuanto a dinero y billetes (que viene a ser lo mismo), siendo cosas fungibles, no es la materialidad del objeto lo que importa sino su valor patrimonial, pues la restitución o el uso pueden hacerse con las mismas especies monetarias o con otras. Más compleja es la referencia a los documentos (finiquitos o escritos), en cuanto a la distracción o disipación que puedan sufrir (¿destruirlos?), que efectivamente pudieran causar un perjuicio al sujeto pasivo, pero sin que simultáneamente se produjera la apropiación, característica del delito.

La condición: Aspecto esencial en este delito que, como ya se indicó, lo distingue de la estafa, es que los bienes han sido entregados legítimamente al sujeto activo con la condición de restituirlos o hacer de ellos un uso determinado. Es decir han sido entregados a través de un mecanismo que legitimó la tenencia del bien por parte del sujeto activo, por lo que la conducta delictiva se produce con posterioridad a dicha entrega.

La entrega pueda haberse hecho a través de varias títulos o modalidades, que implican en todo caso la obligación de restituir el bien o darle el uso acordado. Los casos serían los siguientes:

- entrega de los bienes para mera vigilancia, como en los casos de depósito o secuestro;
- para que sobre ellos se realice una prestación, como en los contratos de obra o de transporte;
- como garantía de una obligación, como en las prendas;
- para que los bienes sean usados, como en los casos de arrendamiento, comodato o usufructo;
- para que se realicen actos de mera administración, como en el mandato o comisión mercantil o en situaciones como la de los cajeros o empleados con funciones similares.

En este último caso, los empleados deben tener autonomía en el manejo del dinero; de lo contrario el delito sería más bien un hurto, como en el caso de los empleados domésticos.

En definitiva la doctrina considera que para que este delito se produzca debe haber una tenencia fiduciaria, es decir basada en la confianza.

El elemento subjetivo: El Código acude al adverbio "fraudulentamente" para marcar el aspecto subjetivo del delito. Como en el hurto y en el robo, la palabra debe entenderse como sinónimo de "dolosamente". Es decir que el sujeto activo, a sabiendas, distrae o disipa los bienes que se le entregó para que los restituya o les dé un uso establecido.

El perjuicio: También en forma expresa el Código dice que la conducta debe haber causado un "perjuicio de otro". En definitiva, si no hay perjuicio no hay delito, aunque hubiera distracción o disipación. Pero si

nos atenemos a la ubicación del delito entre los delitos contra la propiedad y su propia naturaleza, el perjuicio debe ser patrimonial.

En cambio, la ley no incluye como elemento de la tipicidad el beneficio ilícito del sujeto activo. Esto significa que, aunque no se produjera tal beneficio, habría delito, lo cual sin duda contradice el factor subjetivo, común para los delitos del Título: el afán de lucro.

11.1.2.- La pena

El delito se sanciona con prisión de uno a cinco años y multa; es decir ligeramente superior a la pena de la estafa.

11.2.- Abuso de un menor

El Art. 561 tipifica el hecho de hacer suscribir a un menor de edad documentos que le causan un perjuicio. Se trata de un delito autónomo, muy cercano a la estafa, pero que el legislador ha querido, seguramente en protección del menor, darle una configuración particular. La tipicidad de la figura exige los siguientes elementos:

- La conducta nuclear consiste en abusar de las necesidades, debilidades o pasiones de un menor. En definitiva, engañar al menor sobre las ventajas de una posible negociación;
- El sujeto pasivo debe ser un menor, y siempre un menor adulto para que sus actos puedan surtir efectos jurídicos. La ley no hace referencia a quienes, sin ser menores, podrían estar, por su condición física o intelectual, en situación de desventaja frente al sujeto activo;
- El abuso debe concretarse en hacerle suscribir diversos documentos. La ley señala expresamente de "obligaciones, finiquitos, descargos, libranzas", pero agrega que puede ser cualquier otro documento obligatorio;
- Queda abierta la forma en que la negociación haya sido hecha o disfrazada;
- El abuso debe causar un perjuicio al menor, y habrá que entender que se trata de un perjuicio económico. Pero la ley no exige en contrapartida el beneficio indebido del que abusó, aunque parecería que es lógico que este beneficio se produzca.

Siendo el menor adulto un relativamente incapaz, según la regla del Código Civil, habrá que tomar en cuenta los casos en que sus actos puedan tener valor (Art. 1463).

La pena es prisión de tres meses a cinco años, también ligeramente inferior a las de la estafa o del abuso de confianza.

11.3.- Sustracción de piezas procesales

Resulta extraña la ubicación en este Capítulo del Art. 562. Si bien la conducta se describe como "sustracción", como el objeto material de la sustracción son los títulos, piezas o memoriales que se hubieren producido en un juicio, es claro que en este caso no existe el afán de lucro, característico de los delitos contra la propiedad. Se trata más bien de una conducta que afecta a la administración de justicia.

El segundo inciso señala que "la pena (que es solamente una multa) será aplicada de plano por el juez o tribunal que conoce de la causa", norma que llevaría a suponer que se trata simplemente de una infracción administrativa, que no exige la formalidad de un proceso penal.

En definitiva el "delito" lo comete quien, habiendo producido en juicio algún título, pieza o memorial, lo sustrajere dolosamente, de cualquier manera.

11.4.- Falsificaciones

El Art. 566 tipifica varios casos relacionados con la falsificación de bebidas o comestibles, que no

estarían comprendidos entre los delitos contra la salud pública (Art. 428 y siguientes), por no existir el peligro de alteración de la salud. Son los siguientes:

- Falsificación de bebidas o comestibles;
- Venta pública o privada de bebidas o comestibles falsificados;
- Enseñanza o revelación de procedimientos para tales falsificaciones.

Por su parte el Art. 567 sanciona la importación, venta a comisión o recepción de bebidas o comestibles falsificados. Se entiende que, igual que en el artículo anterior, cuando no hay peligro de atentar contra la salud.

La pena es de prisión de quince días a tres meses y el comiso de los productos; pero el Art. 568 establece además, al parecer como sanción, la publicación de la sentencia; pero previamente podrá ordenar el cierre de las fábrica, tiendas, bodegas y almacenes de los artículos falsificados se guarden o expendan hasta la expedición de la sentencia. Esta disposición también corre para los casos de los delitos contra la salud pública (Arts. 428, 429 y 430).

11.5.- Receptación

Las reformas de marzo de 2010 sustituyeron el Art. 569 que tipificaba el delito conocido como receptación. El delito consiste, según la doctrina, en ocultar, total o parcialmente, las cosas robadas, hurtadas u obtenidas mediante un delito, para aprovecharse de ellas.

La receptación coincide con uno los casos de encubrimiento previstos en el Art. 44, y como ya se señaló en su momento, tiene mayor sustento el considerarla como un delito autónomo y no como una modalidad de participación en un delito que ya se cometió. Inclusive este caso es el antecedente del delito de lavado de activos, que las legislaciones, incluida la ecuatoriana, han incorporado en sus textos.

En la reforma se sanciona no solamente a quien oculta los bienes, cosas o semovientes, objeto de la sustracción sino también a quien los custodia, guarda, transporta, venda o transfiera, conductas posteriores al ocultamiento y que llevan a al agotamiento del delito inicial. Pero además agregaba que también habría receptación cuando no se pueda probar la procedencia legal de los bienes, ampliando la situación de encubrimiento y cambiando la carga de la prueba, lo que acertadamente ha sido declarado inconstitucional.

Se trata de un delito pluriofensivo, pues si bien atenta contra la propiedad, al mantener la situación creada por los delitos anteriores y revelar ánimo de lucro, también afecta intereses colectivos, pues los bienes ilícitamente obtenidos entran en el tráfico mercantil.

El sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, pero no quien haya intervenido, como autor o cómplice, en el delito que ha dado origen a los bienes receptados.

Siendo la receptación un delito doloso, hace falta que el sujeto activo conozca el origen ilícito de los bienes que oculta.

La sanción es de tres a seis años de reclusión menor, superior por tanto a la pena máxima del encubrimiento, por lo cual, en determinados casos, podría surgir un concurso de leyes, que tendría que resolverse aplicando la más benigna.

11.6.- Objetos embargados

El Art. 570 señala que, en caso de embargo, se sanciona con prisión de ocho días a dos años, la destrucción fraudulenta o la disposición (que también deberá ser fraudulenta) de los objetos "en que se ha hecho la traba". La destrucción debe ser hecha por el deudor o por "cualquier otro", en definitiva por cualquier persona.

No se justifica la inclusión de este delito en este Título. Podría constar entre los delitos de daños a la

propiedad; pero su ubicación más adecuada estaría entre los actos que afectan a la administración de justicia.

11.7.- Hurto de hallazgo

Esta figura que aparece tipificada en el Art. 571 se diferencia del hurto propiamente tal porque no hay una sustracción. Esto quiere decir que el objeto material del delito, la cosa ajena, no ha sido extraído por el sujeto activo de la esfera de custodia del dueño. Tampoco es un abuso de confianza porque la cosa no ha sido entregada para un uso determinado o para restituirla. Se trata de una figura específica de menor gravedad que las otras dos.

La norma establece que el delito lo comete quien habiendo encontrado una cosa mueble perteneciente a otro, u obtenido por casualidad su tenencia, la oculte o la entregue a un tercero. Expresamente se señala que la cosa debe tener un dueño, no se trata de un bien nullius ni de una cosa abandonada, sino que su dueño ha perdido involuntariamente su tenencia.

El artículo agrega que en el ocultamiento o la entrega debe haberse actuado fraudulentamente. Este adverbio debe entenderse en el sentido de que el sujeto activo no ha procedido conforme lo dispone la ley (Art. 645 del Código Civil), es decir poner la cosa perdida a disposición de su dueño, y si no se presenta nadie como dueño, entregarlo a la autoridad competente.

Dos disposiciones de absoluta obsolescencia, los Arts. 571 y 572, establecen penas de ocho días a dos años y multa, o solamente una pena de contravención, si el valor de la cosa extraviada pasa de cien sucres o no excede de esta suma.

Según el inciso tercero del Art. 571, la pena de ocho días a dos años y multa se aplica también a quien habiendo descubierto un "tesoro" se hubiere apropiado de él, en perjuicio de quienes tienen derecho al mismo. Para la definición de tesoro y la determinación de derechos, hay que recurrir también al Código Civil (Arts. 641 y 642).

11.8.- Apropiación de libranzas

En el Art. 573 se alude a un documento en desuso: la libranza, que se puede definir como una orden de pago que se hace por carta, dirigida a una persona que tiene fondos a disposición del girador. De alguna manera equivale a una letra de cambio.

El delito consiste en el hecho de que el librador se ha procurado fondos, valores o recibos por medio de una libranza girada contra una persona que no existe, o que no era su deudora o que no debía serlo al tiempo de su vencimiento, o que no la había autorizado a girar contra ella. Se trata ciertamente de una forma particular de estafa y la pena es prisión de uno a cinco años y multa.

El artículo establece dos mecanismos que eliminan la persecución penal: que la libranza haya sido pagada o que el propio girador la pague. Se trataría de excusas absolutorias.

11.9.- Delitos en caso de prendas

En el Código de Comercio se regulan tres clases de prenda que se caracterizan porque el bien prendado no se entrega al acreedor sino que permanece en poder del deudor. Estas prendas sin desplazamiento son la prenda agrícola, la prenda industrial y la prenda especial de comercio.

Con tal antecedente, el Art. 574 prevé en forma casuística y bastante confusa, varias conductas que le dejarían al acreedor, en el caso de incumplimiento de la obligación principal, sin la posibilidad de ejecutar la garantía prendaria.

En el primer inciso del artículo se tipifica el delito que cometería el deudor al remover indebidamente los bienes en los que se ha constituido la prenda industrial o agrícola; al causar por su negligencia la

desaparición o deterioro de los mismos; al cambiarlos o venderlos. Distinta conducta es la de quien da en garantía prendaria bienes que no le pertenecen. Se sancionan estas conductas con prisión de uno a cinco años y multa.

En el segundo inciso se sanciona con la misma pena al deudor de prenda industrial o agrícola, así como al de prenda especial de comercio, que vendiere, donare o diere en prenda a otra persona, el bien constituido en prenda, sin la intervención del acreedor. Igualmente se le sanciona si no exhibiere o entregare el bien para la venta al martillo, lo cambiare de lugar de conservación, o lo destruyere, dañare o menoscabare dolosamente.

En el inciso tercero se sanciona con la misma pena al deudor que vendiere los frutos de los bienes sobre los que se ha constituido prenda industrial o agrícola, o los mismos bienes prendados, sin dar aviso al comprador sobre la existencia del contrato de prenda.

El último inciso de este artículo establece una prejudicialidad, al determinar que "estos juicios" (deberá entenderse que serán los que se susciten por estos delitos) se iniciarán por orden del juez de lo civil. Además establece que los juicios "quedarán terminados" si antes de rendirse la indagatoria (que en el actual proceso penal no está prevista) se pusiere la prenda a disposición del juez para la continuación del remate.

11.10.- Bienes con reserva de dominio

En 1963 se introdujo en la legislación mercantil ecuatoriana el contrato de venta con reserva de dominio y simultáneamente se introdujo en el Código Penal el actual Art. 575.

Como en esta modalidad, el vendedor mantiene el dominio del bien ya recibido por el comprador, hasta que se haya pagado la totalidad del precio, la norma penal tipifica como delito la celebración por parte del comprador de contratos de venta, permuta, arrendamiento o prenda sobre tal bien; el sacarlo del país o entregarlo a otra persona, salvo que haya autorización expresa del vendedor; o el hacerlo desaparecer dolosamente, deteriorarlo o destruirlo; o el alterar las marcas, números, señales o por cualquier otro medio impedir su identificación.

También la ley establece para este caso la prejudicialidad prevista en el Art. 574, es decir que el juicio se iniciará por orden del juez de lo civil y podrá terminar si el objeto vendido con reserva se pone a disposición del juez.

11.11.- Beneficios cambiarios o monetarios indebidos

En el último inciso del Art. 575 se encuentra una norma penal referida a un tema absolutamente diferente, ubicado en tal lugar por la ligereza con la que se legisla en el Ecuador. En efecto, en ella se tipifica y sanciona con prisión de tres meses a cuatro años y multa a quien realice dolosamente actos con los cuales obtenga beneficios cambiarios o monetarios indebidos. La amplitud y ambigüedad de la norma se redoblan, al agregarse que estos actos pueden hacerse "ya sea a través de declaraciones falsas ya sea de otra forma".

En todo caso el alcance de la norma deberá establecerse en conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica de Régimen Monetario sobre política cambiaria (Arts. 42 y siguientes).

11.12.- Invasión de tierras

Dos artículos innumerados, agregados por un decreto supremo en 1978, sancionan la invasión de tierras. En el primero, se sanciona con prisión de dos a cinco años, a quienes, con el propósito de sacar provecho personal, y a título de dirigentes, organizan seudo cooperativas e invadan tierras, tanto en zonas urbanas como rurales.

El segundo artículo sanciona con prisión de uno a tres años a quienes, alegando la calidad de integrantes

de una seudo cooperativa, invadan tierras urbanas o rurales, o las negocien.

Aunque las conductas se aproximan más a un delito de usurpación, por tratarse de inmuebles, el legislador las colocó entre las defraudaciones previstas en este Capítulo.

11.13.- Precio mínimo del banano

La Ley 99-48 (para estimular la producción y comercialización del banano) agregó en este punto otro artículo innumerado de muy discutible naturaleza, pues agrega a las sanciones administrativas, que parecerían suficientes, la posibilidad de una sanción penal.

El delito consiste en no pagar el precio mínimo de sustentación de la caja de banano destinada a la exportación, que hubiere sido fijado por acuerdo interministerial. El sujeto activo del delito será el comprador exportador del producto, y se señala como elemento subjetivo que su conducta debe ser fraudulenta, lo que debe interpretarse que conocía el precio fijado oficialmente.

La pena será de prisión de uno a tres años y multa. Además el juez podrá dictar como medida cautelar la suspensión de la marca o patente de exportador.

12.- Quiebra

Algunos códigos (Costa Rica, Uruguay), se apartan de la ubicación tradicional de la quiebra delictiva entre los delitos contra la propiedad, porque se considera que la conducta no causa solamente lesiones patrimoniales a los acreedores, sino que afecta la buena marcha de las actividades económicas en general.

El Código ecuatoriano mantiene el Capítulo correspondiente, el VI, dentro de este Título y dedica al tema los Arts. 576 a 579. Como se verá a continuación, el tratamiento penal se relaciona con la forma en que el Código de Procedimiento Civil regula el denominado concurso de acreedores (Arts. 507 y siguientes), que debe tramitarse ante el juez civil, y con los principios que en él se establecen. Así ocurre con la calificación de insolvencia, que puede ser fortuita, culpable o fraudulenta (Art. 508); o las diferencias que se establecen cuando se trata de un comerciante, en cuyo caso, la presunción de insolvencia dará lugar a un juicio de quiebra; y del no comerciante, en cuyo caso la presunción de insolvencia dará lugar propiamente al concurso de acreedores.

12.1.- Los delitos

Las conductas tipificadas en el Código Penal son las siguientes:

- El Art. 576 sanciona a los comerciantes que fueren declarados "culpables o responsables" de quiebra, de la siguiente manera: con prisión de uno a tres años, si la quiebra fuere culpable y con reclusión menor de tres a seis años, en caso de alzamiento o quiebra fraudulenta. El Código no establece cuándo habría la una o la otra, por lo que habrá que remitirse al Código de Procedimiento Civil, que en el Art. 508 clasifica la insolvencia en culpable, si es ocasionada por conducta imprudente o disipada del deudor; y fraudulenta, cuando ocurran actos maliciosos del fallido para perjudicar a los acreedores.

- El Art. 577 sanciona al director, administrador, gerente, contador o tenedor de libros que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos culpables o fraudulentos que determinen la quiebra de la sociedad o persona jurídica fallida. La pena será la del quebrado fraudulento o culpable, según el caso.

- El Art. 578 sanciona al no comerciante con prisión de uno a cinco años en el caso de insolvencia fraudulenta y de seis meses a dos años, en el caso de insolvencia culpable;

- El Art. 579 sanciona, con prisión de seis meses a dos años y multa, las conductas de:

a)

Quien hubiere sustraído, disimulado u ocultado bienes muebles o inmuebles del fallido, para favorecerlo;
b)

Quien se hubiere presentado fraudulentamente en la quiebra y sostenido créditos supuestos o exagerados, a su nombre o por interpuesta persona;
c)

El acreedor que hubiere acordado con el fallido o con otra persona ventajas particulares, por razón de sus votos en la deliberación relativa a la quiebra;
d)

El acreedor que hubiere hecho un contrato particular del cual resultare una ventaja a su favor y contra el activo del fallido;
e)

El síndico de la quiebra culpable de malversación en el desempeño de su cargo.

12.2.- Elemento subjetivo

Al comienzo de este capítulo y en varios puntos específicos, se ha dicho que los delitos contra la propiedad son dolosos, realizados con ánimo de lucro, es decir con el designio (Art. 14) de causar una lesión patrimonial. Sin embargo, como ya en ese mismo punto se hizo notar, la excepción aparece en el delito de quiebra, en que la ley prevé una forma "culpable" y una forma "fraudulenta".

12.3.- Prejudicialidad

La remisión al Código de Procedimiento Civil que se hizo previamente revela la vinculación de esta figura penal con las normas procesales que regulan el concurso de acreedores. Concluido este trámite y disuelto el concurso, el juez de lo civil que lo haya conocido debe remitir copia de todo lo actuado "al respectivo agente fiscal o juez de lo penal, según el caso, para que califique la quiebra y declare la responsabilidad del fallido" (Art. 589).

Esta última norma significa en definitiva que, para perseguir y sancionar este delito, hace falta que se cumpla una cuestión prejudicial: el trámite previsto en el Código de Procedimiento Civil ante la judicatura competente.

13.- Usurpación

El Capítulo VII, Arts. 580 a 582, tipifica, con varias modalidades, el delito de usurpación. El criterio adoptado por el legislador para conformar este Capítulo es la naturaleza del objeto material sobre el cual recae la conducta delictiva, que debe ser un inmueble o derechos reales constituidos sobre un inmueble. Así lo determina expresamente el Art. 580; y en los 581 y 582 se hace referencia a "aguas", que por correr en ríos, canales, arroyos, acueductos o fuentes, se consideran también como inmuebles, según la doctrina predominante.

Esta naturaleza específica del objeto material establece una evidente diferencia con los delitos de hurto o robo, en los cuales la conducta consiste en "sustraer", que solo es posible tratándose de muebles.

Esta diferencia trae también como consecuencia que la usurpación sea un delito permanente, pues la violación del bien jurídico continúa durante todo el tiempo en que se mantenga el hecho que constituye el delito.

Al ubicarse la usurpación en este Título, que comprende los delitos contra la propiedad, se entiende que es una conducta dirigida por un ánimo de lucro, el apoderamiento de un inmueble, que aparece claramente en algunas de las modalidades previstas en la ley; pero también se prevén casos, que se señalarán oportunamente, en que la intención parece dirigirse más bien a causar un daño, sin beneficio

para el sujeto activo. Es decir conductas similares a las que constan entre los delitos con la seguridad pública.

Por otra parte, en los casos en que la conducta delictiva se verifica sobre "aguas", que son, por norma constitucional (Arts. 12 y 318) "patrimonio nacional estratégico de uso público", tal conducta no lesiona la propiedad ni los derechos reales de personas particulares, sino el derecho al uso y aprovechamiento del agua.

13.1.- Los tipos penales

En los tres artículos del Capítulo se establecen seis modalidades del delito:

13.1.1.- La forma más característica de la usurpación es la que se describe en el numeral primero del Art. 580: despojar a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble; o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble.

El verbo nuclear, "despojar", revela la naturaleza de la conducta, que consiste en privar al poseedor, al mero tenedor, o al titular de los derechos reales señalados, de la relación material o de hecho, que pone a la persona en contacto con la cosa y que le permite aprovechar de ella, como lo establece el Derecho Civil. Debe entenderse por tanto que al haberse producido el despojo, el usurpador actúa con ánimo de dueño.

Los conceptos jurídicos que emplea el Código llevan a una conclusión: el sujeto pasivo del delito no es exclusivamente el dueño del inmueble que además ejerce la posesión; puede serlo también el poseedor que no es dueño y aun el mero tenedor; y, en el caso de los derechos reales, el usuario, usufructuario, el titular del derecho de habitación, de la servidumbre y el acreedor anticrético. En cuanto al sujeto activo, además de un tercero, en el caso de usurpación de derechos reales, podría ser inclusive el propio dueño del inmueble.

Los medios empleados para el despojo deben ser violencia, engaño o abuso de confianza (una forma especial de engaño), que deben haberse utilizado para realizar el despojo y no solo posteriormente, para mantener la situación creada con anterioridad.

La sanción es de un mes a dos años de prisión.

13.1.2.- En el numeral segundo del Art. 580, se tipifica la destrucción o alteración de los límites de un inmueble para apoderarse de todo o parte de él, sin importar los medios inmediatos que hayan sido utilizados.

En este caso, al acto se une un elemento intencional: el afán de apoderamiento. Es decir que por la sola destrucción o alteración no se tipifica el delito.

La pena igualmente es de un mes a dos años de prisión.

13.1.3.- El numeral tercero tipifica el "estorbo" de la posesión de un inmueble, que se entiende deberá realizarse mediante actos que perturben las actividades que realiza el poseedor. La conducta exige el empleo de violencias o amenazas.

Este uno de los casos en que no está presente en forma necesaria el afán de apoderamiento, pues la conducta puede estar guiada solamente por un ánimo vindicativo.

El delito se sanciona con la pena de un mes a dos años de prisión.

13.1.4.- En el numeral primero del Art. 581 se sanciona con prisión de quince días a un año al que estorbare el derecho que un tercero tuviere sobre aguas. Y se agravará la pena hasta dos años si, para cometer el delito se rompieren o alteraren diques, exclusas, compuertas u otras obras semejantes hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos.

13.1.5.- En el numeral segundo del Art. 581 se sanciona a quien, ilícitamente y con el propósito de

impedir a una persona un uso legítimo, represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes; pero, se agrega, o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas. Este derecho no podría ser un derecho real sino tan solo uno de aprovechamiento. La pena será de prisión de quince días a un año, pero podrá agravarse hasta dos años en las circunstancias establecidas en el numeral anterior.

13.1.6.- Finalmente el Art. 582 sanciona a quien fraudulentamente sustrajere o desviare aguas del público o de los particulares (?), ya sea para aprovecharse de ellas en beneficio propio o con cualquier otro fin. La pena en este caso será de prisión de ocho días a seis meses y multa.

13.2.- Aspecto subjetivo

El uso de los medios con los cuales se produce la usurpación de inmuebles (violencia, engaño, abuso de confianza), los procedimientos empleados (destrucción, alteración) o los objetivos propuestos (impedir, aprovecharse), revelan claramente que se trata de conductas dolosas, en conformidad con el criterio general con que están tipificados los delitos contra la propiedad.

13.3.- Ejercicio de la acción

El Código de Procedimiento Penal (Art. 36) coloca a la usurpación entre los delitos de acción privada, cuyo ejercicio corresponde exclusivamente al ofendido mediante querella. Debe entenderse que la norma comprende todos los delitos del título y no solo los que se cometen sobre inmuebles.

14.- Usura

La historia de la usura se comienza en una remota antigüedad y siempre se la consideró como una actividad, si no prohibida expresamente, moral y socialmente reprochable; más aun condenada religiosamente. Por eso los códigos penales, en forma generalizada, han tipificado la usura como delito y la han ubicado entre los delitos contra la propiedad.

Sin embargo, como ya se indicó al inicio de este Capítulo, es claro que no es uno de aquellos delitos que se cometen sin el consentimiento de la víctima (como el hurto o el robo), aunque tampoco se lo podría considerar estrictamente como uno de aquellos en que la víctima da un consentimiento viciado (la estafa o la extorsión). En la usura, la víctima acepta, básicamente por necesidad, las condiciones que le impone el usurero.

Pero además la usura no puede calificarse como un tradicional delito contra la propiedad. Aunque un crédito usurario afecta al patrimonio del deudor, la conducta, particularmente si es habitual, atenta contra el orden económico, es decir contra las regulaciones públicas de las actividades económicas y, en este caso, de las financieras.

14.1.- Definición de préstamo usurario

El Código, en el Art. 583, al definir "el préstamo usurario", establece una alternativa: será aquel en el que se estipule, directa o indirectamente, un interés mayor que el permitido por la ley u otras ventajas usurarias.

El primer caso prevé la forma tradicional de usura, es decir el cobro de intereses del crédito por encima de los límites legales. Sin embargo, la inestabilidad económica que sufrió el país en las dos últimas décadas del siglo pasado determinó que las tasas de interés quedaran sometidas a cambios permanentes. En la actualidad, las llamadas tasas referenciales activas y pasivas son fijadas mensualmente por el Directorio del Banco Central. Por tanto, para establecer si un préstamo se concedió con una tasa de interés mayor que la permitida por la ley, habrá que establecer cuál era la tasa vigente a la fecha de la concesión del préstamo.

La segunda alternativa, estipular otras ventajas usurarias, remite la determinación de la usura a las costumbres. En definitiva, prevé que puede haber usura aunque no se cobren intereses ilegales, si se adoptan formas contractuales abusivas contra el deudor, que encubren el beneficio desmedido del acreedor. Podrían ser, por ejemplo, contratos de compraventa con pacto de retroventa, o contratos prendarios, etc.

14.2.- La tipicidad

Definido el préstamo usurario en el Art. 583, según el Art. 584 el delito no consiste en conceder un préstamo usurario, sino en dedicarse, se sobrentiende, a conceder préstamos usurarios.

De esta manera se tipifica lo que la doctrina denomina un delito habitual; es decir un delito que solo se consuma cuando el acto se repite a lo largo del tiempo, pues solo entonces se puede afirmar que una persona se "dedica" a esta actividad.

Naturalmente, como en todos los delitos habituales, la cuestión central es determinar cuántos actos hacen falta y en qué tiempo deben ejecutarse para que se produzca la consumación. El Código no da regla alguna sobre estos puntos, por lo que quedará a la prudencia de los jueces el considerar que sí se ha probado la habitualidad, al verificarse la existencia de varios casos en un lapso determinado.

En todo caso la exigencia de habitualidad, salvo casos especiales, vuelve especialmente difícil la prueba de la existencia del delito, por lo cual en la práctica permanece muchas veces en la impunidad.

La sanción establecida es de prisión de seis meses a dos años y multa.

14.3.- Encubrimiento con formas contractuales

El Art. 585 prevé una conducta a la que se podría calificar de forma agravada de usura; pues se sanciona con prisión de dos a cuatro años y multa a quien encubriere con cualquier forma contractual la realidad de un préstamo usurario.

Ya se dijo, en relación al Art. 583, que la definición de préstamo usurario plantea una doble alternativa: la estipulación de intereses mayores que los permitidos por la ley o de otras prácticas usurarias. La conducta tipificada en este artículo correspondería a esta segunda alternativa, lo cual implicaría que la conducta prevista en el Art. 584 se limitaría a la concesión de préstamos estipulando intereses mayores que los permitidos por la ley, es decir a la primera alternativa del Art. 583. Esta deducción es la que procede, pues de lo contrario el Art. 585 estaría repitiendo lo que ya estaría tipificado en el 584.

Por otra parte, a más de la agravación de la pena, este artículo no exige la habitualidad de la conducta. Bastaría, por tanto, para que el delito se produzca un solo caso de utilización de una forma contractual para encubrir la usura.

14.4.- Omisión de datos

El Art. 586 tipifica una conducta que exige del sujeto activo una calidad especial: ser persona dedicada "a la industria de préstamos sobre prendas, sueldos o salarios", actividad que tradicionalmente ha sido considerada como una forma simulada de usura; pero que en sí misma no constituye una forma delictiva.

En conformidad con el texto de este artículo, lo que sí es delito, es que tales personas incurran en dos conductas. La primera no llevar libros, en que deben asentarse los datos relativos a los préstamos que otorguen: cantidades prestadas, plazos e intereses; identidad del prestatario y datos sobre los objetos dados en prenda, además los que establezcan los reglamentos y ordenanzas de la materia (que no han sido dictados). La segunda conducta consiste en incurrir en falsedades en los asientos de tales libros.

También estaría por verse si esta actividad no contradice las disposiciones legales sobre instituciones

financieras.

La pena será de prisión de dos a cuatro años y multa.

14.5.- No dar resguardos

Finalmente el Art. 587 sanciona exclusivamente con una pena de multa (del duplo al quíntuplo del valor de la prenda), el no dar resguardo (¿garantía?) de la prenda o seguridad recibida. En este caso no se podrá dejar en suspenso el cumplimiento de la pena.

Capítulo XI
DELITOS MILITARES Y POLICIALES

1.- Incorporación al Código Penal

La ley que entró en vigencia el 19 de mayo de 2010 (Registro Oficial 196-S) implicó un importante cambio en la legislación penal ecuatoriana: derogó los Códigos Penales Militar y de la Policía Nacional e introdujo en el Libro Segundo del Código Penal, llamémosle común, un nuevo Título, el XI, bajo el epígrafe "Delitos de función de servidoras y servidores policiales y militares", con cincuenta y nueve artículos agrupados en cuatro capítulos.

Los códigos penales en el ámbito militar han tenido una larga y muy extendida historia. Su existencia se ha justificado en cuanto las personas que integran las fuerzas armadas de un país están sujetas a un régimen jurídico particular, que establece obligaciones específicas vinculadas con su función dentro de la estructura del estado.

El Ecuador, al igual que muchos otros países, tuvo hasta la fecha señalada un Código Penal Militar, que era la codificación realizada en noviembre de 1961 con base en el Código expedido en octubre de 1921, el que a su vez tuvo como antecedente el Código Militar de 1870.

Se trataba sin duda de una ley penal con muchos defectos. En primer lugar, no se limitaba a tipificar las infracciones propias del fuero militar sino que incluía otras propias del fuero común, como los delitos contra las personas o la propiedad, sometidas a este fuero solamente por la calidad del sujeto activo, lo que planteaba serias dudas inclusive sobre la competencia de los jueces para conocer tales casos. Por cierto que, dadas la fecha de su expedición y los criterios imperante en ese momento sobre el "derecho militar", el Código incluía numerosas disposiciones incompatibles con una doctrina medianamente garantista de los derechos. Véase, por ejemplo, la eximente que constaba como Art. 208: "No habrá infracción en el caso de represalias ordenadas por el Comando Superior".

El Código Penal de la Policía tiene una historia más reciente. Se origina en el Código Penal de la Guardia Civil Nacional, expedido mediante decreto supremo en agosto de 1946 y que sirvió de base para la codificación de agosto de 1960, que ha estado vigente, con alguna reformas, hasta la derogatoria última. En este caso no se pueden encontrar las justificaciones específicas que podrían haber en el ámbito militar; pero sí se detectan, y agravados, los mismos defectos de duplicación de delitos propios del fuero común.

Cabe indicar que los delitos previstos en estos dos códigos tenían que ser juzgados en conformidad con códigos procesales y leyes orgánicas así mismo especiales, normas que ya fueron derogadas al expedirse el Código Orgánico de la Función Judicial (marzo de 2009).

La derogatoria de esta legislación especial es un paso adecuado dentro del objetivo de unificar en un solo cuerpo legal toda las normas penales, ahora dispersas en leyes de la más diversa naturaleza. Como se ha señalado oportunamente, esta dispersión provoca dudas aun sobre la naturaleza penal de las infracciones, su adecuada interpretación y la aplicación de los principios generales del Derecho Penal.

Por lo tanto la incorporación al Código de estos delitos significa que para su juzgamiento se aplicarán los

principios generales que constan en el Libro Primero: efectos de la ley, interpretación, causas de justificación, íter criminis, culpabilidad y personas responsables de las infracciones, aplicación y modificación de las penas, etc. Estos principios, aunque no corresponden en alto porcentaje a modernos criterios doctrinarios, significan un claro avance frente a los conceptos con los que estaban elaborados los códigos que han sido derogados.

2.- Contenido del Título

Ya se indicó que el nuevo Título se divide en cuatro capítulos.

El primero se denomina "delitos comunes de función" y tipifica conductas que pueden ser cometidas, siguiendo el lenguaje del legislador, tanto por servidoras o servidores militares como policiales; en tanto que los Capítulos II, con tres secciones, y III, con cinco secciones, establecen delitos que solo pueden ser cometidos, respectivamente por servidores policiales o militares repectivamente.

El Capítulo IV, finalmente, agrupa infracciones cuyo denominador común es atentar contra personas o bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; y que solo pueden ser cometidos por servidores militares, por lo que bien pudieron haber estado incluidos en el Capítulo III.

El Art. 114.4, también agregado por la reforma señalada, hace una delimitación en cuanto al carácter de estos delitos. Deben ser cometidos por servidores militares o policiales que "se encuentren en relación directa, concreta, próxima y específica con su función y posición jurídica de acuerdo a la misión establecida en la Constitución y demás leyes aplicables, que afecten a las personas, a los bienes o a las operaciones de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional". Habría que preguntarse si era necesario incluir esta norma, pues se entiende que la tipificación de los distintos delitos obedece precisamente a esa vinculación y a las especiales obligaciones jurídicas del sujeto activo que surgen de la misma.

3.- Bien jurídico

El establecimiento y el mantenimiento de los códigos penales militares (y de alguna manera en el caso ecuatoriano, podría agregarse el código policial) se han justificado por la existencia de bienes jurídicos específicos, relativos a las funciones propias de la actividad militar, que requieren de protección penal. Y por la misma razón los delitos en particular de tales códigos se han agrupado en distintos títulos y capítulos en conformidad con tales bienes jurídicos. Así, por ejemplo, el Código español tipifica delitos contra la seguridad y defensa del Estado, contra los deberes del servicio y del mando, contra la disciplina militar, contra la justicia y la hacienda militar y hasta contra el decoro militar.

Al haberse derogado los códigos, y contar ahora solo con un título, con la clasificación que se ha señalado, la determinación de los bienes jurídicos protegidos, que pudieran ser los mismos o similares, debe verificarse prácticamente con cada uno de los delitos tipificados.

4.- Sujeto activo

En todo el Título, se señala que el sujeto activo de los delitos debe ser una servidora o un servidor militar, o una servidora o un servidor policial, según sea el delito cometido. Es decir estamos frente a conductas que exigen, como elemento indispensable de la tipicidad, una calidad especial en el sujeto activo.

El Art. 114.3 hace precisiones para tal determinación, conforme se señala a continuación.

4.1.- Personal de Fuerzas Armadas

En el caso de los servidores u servidoras militares serán sujetos activos de estos delitos quienes pertenezcan al personal permanente en servicio activo que consta en los escalafones de las Fuerzas Armadas. Es decir, según la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas (Arts. 3, 4 y 5), son quienes,

habiendo satisfecho los requisitos para su reclutamiento, han optado por la carrera militar como su profesión habitual. Entendemos que esta situación se mantiene cuando se encuentran "a disposición" o "en disponibilidad" y hasta que sean dados de baja.

El personal de reservas, quedaría excluido, salvo el caso de los reservistas incorporados al servicio activo, conforme al Reglamento General de la Ley de Servicio Militar Obligatorio (Art. 61). También está el caso del reservista llamado a desempeñar funciones militares y que no concurriere (Art. 602.32).

Además pueden ser sujetos activos de estos delitos los ciudadanos que cumplen el servicio militar voluntario. El Art. 43 de la Ley de Servicio Militar Obligatorio (según la Constitución, en el Art. 161, el "servicio cívico-militar" es voluntario) establece expresamente (Art. 43) que se trata de los ciudadanos que están cumpliendo este servicio y "fueren destinados y dados de alta, pasan a formar parte de los efectivos orgánicos de las Fuerzas Armadas Permanentes".

4.2.- Personal de la Policía Nacional

El Art. 114.3 dice que se considera servidora o servidor policial a quien haya adquirido la profesión policial y se encuentre en servicio activo. La Ley de Personal de la Policía Nacional (Art. 4) escuetamente señala que el personal policial es el que habiendo cumplido los requisitos legales y reglamentarios adquiere la profesión policial.

4.3.- Operaciones conjuntas

¿Qué norma aplicar, cuando en situaciones de conflicto internacional o interno o cualquier otra situación excepcional, operasen conjuntamente los servicios militares y policiales y se cometiere algún delito de función? El Art. 114.3 establece que se aplicará la pena "que corresponda a la función o servicio encargado de responder ordinariamente en la situación".

Aplicando esta norma habría que establecer primero si la responsabilidad ordinaria le correspondía en el caso concreto a las Fuerzas Armadas o a la Policía, y aplicar la sanción, según tal determinación, a los servidores de una de las dos instituciones y no a los de la otra.

4.4.- Personal civil

Es indiscutible que el personal civil que presta sus servicios en las Fuerzas Armadas o en la Policía Nacional no está sujeto a estas normas, conforme lo reitera el mismo Art. 114.3.

4.5.- Comunicabilidad

Un tema de especial complejidad, como ocurre en casos análogos, se produce en situaciones de eventual participación, como coautores o cómplices, de personas civiles, no militares ni policías, en delitos cometidos por estos. La posible comunicabilidad del requisito personal que la ley exige plantea un arduo debate que no ha quedado resuelto en la doctrina, conforme se señala en la parte general de esta obra, y que tampoco ha merecido la atención de nuestro legislador.

La citada regla del Art. 114.3 ("en ningún caso las ciudadanas o ciudadanos civiles podrían ser juzgados bajo estas normas") establece en nuestra opinión un principio de no comunicabilidad. Por tanto, las personas civiles no responderían por delito alguno, a no ser que su conducta pudiera estar comprendida en algún otro de los títulos del Código.

4.6.- Obligación de actuar

La calidad de servidores militares y policiales, que necesariamente deben tener los responsables de estos delitos, les impone la obligación de actuar en determinadas circunstancias, afrontando inclusive los riesgos que puedan generarse en la situación concreta. Su deber primario es precautelar los distintos deberes e intereses de las instituciones a las que pertenecen, ya sea en el ámbito funcional ya en el material.

Tal situación ha traído como consecuencia la creación de varios delitos de omisión propia, cuando el servidor ha dejado de cumplir esa fundamental obligación de actuar, para impedir resultados dañosos a la institución o a las personas que dependen de la protección institucional.

5.- Obediencia debida

También ha habido un largo debate, superado en los últimos años, sobre la posible exención de responsabilidad penal para el personal militar o policial, que incurra en conductas tipificadas penalmente, obedeciendo órdenes de sus superiores jerárquicos. El tema fue especialmente examinado a propósito de los gravísimos abusos ocurridos, en los años setenta y ochenta del siglo pasado, en los países que fueron víctimas de brutales dictaduras militares.

La actual posición de la doctrina es terminante: la obediencia no puede eximir de responsabilidad penal a quien ejecuta actos tipificados por la ley penal. A lo más, el culpable podría beneficiarse con una atenuante por coacción o temor. En esta misma línea, la Constitución (Art. 159), aun cuando señala que las instituciones de la fuerza pública no son deliberantes sino obedientes, determina que "la obediencia a las órdenes superiores no eximirá de responsabilidad a quienes las ejecutan".

Por otra parte, el Art. 114.5, agregado en mayo de 2010, recoge la misma solución: los mandos serán responsables por las órdenes que impartan; pero la obediencia de las órdenes superiores no eximirá de responsabilidad a quienes las ejecuten. Y reitera: ningún subordinado podrá eludir su responsabilidad con la obediencia prestada a su superior en la perpetración de un delito.

Sin embargo, como se señaló anteriormente, en el Código subsiste una norma, indudablemente inconstitucional, el Art. 214, que libera de responsabilidad al inferior que obedece órdenes emanadas del superior jerárquico, aun cuando fueren contrarias a los derechos garantizados por la Constitución, cuando "tales órdenes no podían ser desobedecidas sin quebrantamiento de la disciplina".

6.- Aspecto subjetivo

Se ha dicho ya en la parte general de esta obra que en el delito solo pueden darse dos manifestaciones subjetivas: dolo y culpa. La posición unánime de la doctrina y de casi todas las legislaciones es que, por regla general, los delitos son dolosos y que, solo por excepción y con expreso señalamiento en la ley, se sancionan las conductas culposas. El Código ecuatoriano lamentablemente no contiene una disposición similar.

De todos modos se puede establecer que los delitos que se tipifican en este Título son dolosos, cometidos con intención, como establece el Art. 14; o, al menos, con aceptación del resultado dañoso, es decir con dolo eventual. En varios casos, el dolo se deduce de los términos que el legislador emplea (violentamente, arbitrariamente, ilegítimamente, etc.). En un solo caso (Art. 602.32),se exige expresamente que haya habido dolo, lo cual agrega más bien un elemento de confusión, pues podría interpretarse que en los otros delitos bastaría la culpa.

También en un solo caso (Art. 602.10) se tipifica una conducta culposa, pero teóricamente, algunas otras conductas podrían ser realizadas con negligencia o imprudencia, especialmente las relativas a bienes materiales; pero si no hay la determinación expresa, en nuestra opinión no constituyen delitos.

7.- Atenuantes y agravantes

También las reformas de mayo de 2010 incorporaron dos artículos innumerados en el Libro Primero del Código, a continuación de los Arts. 29 y 30.

En el primero se señala, innecesariamente, que las atenuantes contempladas en el Código se tomarán en cuenta también para los delitos de función de servidores militares y policiales.

El segundo agrega a las circunstancias agravantes del Art. 30, dos (en verdad tres) que se tomarán en cuenta para los delitos militares y policiales:

- si el delito se comete con el uso de armas;
- si se comete en grave conmoción interna;
- si el acto produce el fracaso de una operación policial.

8.- Delitos comunes de función

El Capítulo I del Título tipifica varios delitos que, por su naturaleza, pueden ser cometidos indistintamente por militares o policías, pues consisten fundamentalmente en violaciones de deberes propios de los miembros de las dos instituciones de la fuerza pública.

8.1.- Insubordinación

La insubordinación es sin duda una conducta que afecta a la disciplina, exigencia básica en la marcha de las instituciones organizadas jerárquicamente, como son las Fuerzas Armadas y la Policía.

El Art. 602.3 prevé cinco modalidades de insubordinación:

- rechazar, impedir o resistirse violentamente al cumplimiento de una orden legítima del servicio;
- hacer peticiones a un superior en forma violenta;
- amenazar, ofender o ultrajar a un superior;
- herir o lesionar a un superior en actos de servicio;
- sacar tropa armada de una unidad, reparto o instalación, sin orden superior legítima.

Como en varios de los artículos del Título, hay que observar que algunos de los términos de la ley (violencia, ofender, ultrajar) pudieran dar lugar a interpretaciones subjetivas.

La pena es de prisión de tres meses a un año; pero puede elevarse a tres a seis años de reclusión menor ordinaria si se comprobare alguna de las siguientes circunstancias agravantes:

- si la infracción se hubiere cometido con armas;
- haciendo publicidad de la misma;
- se cometiere en combate, en estado de excepción o en operativo policial.

8.2.- Sedición

La utilización, en los tres artículos siguientes (602.4, 602.5 y 602.6), de la palabra sedición plantea inicialmente una necesidad de deslinde con los delitos contra la seguridad interior del Estado, especialmente los previstos en los Arts. 130 y 137; pero también con el delito de rebelión, que consta entre los delitos contra la administración pública (Arts. 218 y siguientes).

En efecto, el Diccionario define sedición como "Alzamiento colectivo y violento contra la autoridad, el orden público o la disciplina militar, sin llegar a la gravedad de la rebelión". Y con este sentido se emplea la palabra en varios códigos (España, Argentina, Colombia, Perú).

Singularmente, el Código ecuatoriano, como ya se señaló en su momento, utiliza la palabra rebelión en los artículos señalados, no para referirse a un delito grave contra la seguridad del Estado, sino más bien en

el sentido con que el Diccionario define a sedición, como un delito contra la administración pública, es decir como un acto de menor gravedad.

Pero, en cambio, en este Capítulo, aparece la palabra sedición con un alcance que podría corresponder a un alzamiento contra la disciplina militar, según la definición del Diccionario, pues como se verá los actos que constituyen sedición, conforme al Art. 602.4, implican atentados contra esta exigencia institucional.

Por cierto que los servidores militares y policiales, además de los casos previstos en este Capítulo, podrían estar implicados en los delitos contra la seguridad del Estado o la administración pública que quedan señalados.

8.2.1.- Actos de sedición

La ley (Art. 602.4) no tiene un concepto genérico de sedición, sino que establece cinco conductas específicas:

- desobedecer órdenes legítimas recibidas;
- incumplir los deberes del servicio;
- amenazar, ofender o ultrajar a un superior;
- pretender impedir la posesión de cargo de un superior o destituirlo de su función;
- actuar violentamente para realizar reclamaciones o peticiones al superior.

La ley determina que estos actos sean realizados en concierto, expreso o tácito, de al menos cuatro servidores; pero salvo el caso quinto no exige expresamente que se haya utilizado un medio violento.

La pena es de prisión de uno a tres años, pero se elevará a reclusión menor de tres a seis años en varios casos:

- en tiempo de conflicto armado;
- en estado de excepción u operativo policial;
- en situación de peligro para la seguridad de la unidad o del servicio;
- acudiendo a las armas;
- agrediendo a un superior.

8.2.2.- Conspiración, proposición, apología

El Art. 602.5 sanciona con prisión de tres meses a un año varios actos: la proposición y la conspiración para cometer el delito de sedición, la incitación y la apología de la sedición.

La doctrina considera a los dos primeros como resoluciones manifestadas de un delito, en este caso de la sedición (en cualquiera de las formas previstas en el artículo anterior). El Código las define de la siguiente manera:

Conspiración: "Se entiende que hay conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito" (Art. 17).

Proposición: "Existe proposición, cuando el que ha resuelto cometerlo propone su comisión a otra u otras personas" (Art. 17).

La apología del delito o de quienes lo cometen, en cambio, es un delito autónomo contra la seguridad

pública y constituye una especie de instigación hecha públicamente (Art. 387).

El artículo agrega una nueva modalidad: la incitación a realizar estos actos de sedición.

8.2.3.- No evitar o no denunciar

El Art. 602.6 establece dos delitos de omisión propia:

- No adoptar las medidas necesarias o no emplear los medios racionales a su alcance para evitar la sedición en las unidades o servicios a su mando.

Para ello será fundamental determinar con objetividad, cuáles serían las medidas necesarias o los medios racionales al alcance, que podían haber evitado la sedición. Por cierto que este delito solo lo podrían cometer quienes tienen mando en las respectivas unidades o servicios.

- No denunciar a los superiores cuando se conoce que se trata de cometer este delito.

En los dos casos la sanción es igualmente de prisión de tres meses a un año.

8.3.- Falsa alarma

El Art. 602.7 tipifica un delito cuyo contenido aparece incompleto. La conducta consiste en producir o difundir falsa alarma, sin justificación alguna (lo cual parece evidente si la alarma es falsa y el sujeto activo conoce la falsedad) y con intención de causar daño. Pero el artículo agrega una frase que resulta enigmática: "para la preparación al conflicto", sin que se puede deducir a qué conflicto se está refiriendo y de qué preparación se trata. Esta ambigüedad permitiría interpretarla con alcances muy diferentes, desde un conflicto internacional hasta actos de indisciplina.

El delito se sanciona con prisión de tres meses a un año.

8.4.- Abuso de facultades

El Art. 602.8 tipifica en ocho numerales varios casos en que el sujeto activo, en ejercicio de autoridad o mando, abusa de sus facultades, atentando contra los deberes propios del mando. Es por tanto requisito de esta conducta esta calidad del sujeto activo.

Los casos son los siguientes:

- imponer a los inferiores castigos no establecidos legalmente o excederse en su aplicación;

- asumir, retener o prolongar ilegal e indebidamente un mando, servicio, cargo o función militar o policial;

- hacer requisiciones o imponer contribuciones ilegales;

- ordenar a sus subalternos el desempeño de funciones inferiores a su grado o empleo, o ajenas al interés del servicio;

- instar a sus subalternos a cometer un delito que ponga en peligro la seguridad de la Policía o de las Fuerzas Armadas. En este evento, habría que establecer que el delito no debe llegar a cometerse, pues de lo contrario podría considerársele partícipe en el mismo, como coautor;

- obtener beneficios, para sí o para terceros, abusando de su posición, si el hecho no constituye otro delito, aplicando por tanto el principio de subsidiariedad;

- permitir a personas ajenas o desvinculadas de la institución ejercer funciones que corresponden

exclusivamente a los miembros del servicio;

- amenazar, ofender o ultrajar a un inferior;

- impedir arbitrariamente a un inferior el ejercicio de sus derechos.

Todas estas conductas se sancionan con prisión de tres meses a un año.

8.5.- Desacato

El desacato en el ámbito militar y policial se produce en dos situaciones señaladas en el Art. 602.9:

- Negarse a obedecer o no cumplir las órdenes o resoluciones legítimas que dicten las autoridades civiles o judiciales. Esta norma se aplicará subsidiariamente, siempre que el hecho no constituya un delito que merezca una pena superior, que podría estar tipificado como un delito contra la administración pública (Arts. 218 y siguientes);

- Desobedecer o resistirse a cumplir órdenes o resoluciones legítimas de la Función judicial, en su función de agentes de la autoridad y auxiliares de la Fiscalía General.

Hay que señalar que las órdenes y resoluciones de la autoridad gozan de la presunción de legitimidad.

La pena es de prisión de tres meses a un año, pero se considerará agravante (debe entenderse agravante general) que el desacato se fundamente en el rango o nivel jerárquico que ostente el sujeto activo.

Cabe reiterar en este punto la observación que se hizo al analizar los delitos contra la administración pública: la palabra desacato se aplica doctrinariamente al delito de ofensas a la autoridad pública, aunque en la práctica jurídica ecuatoriana se la ha utilizado, como en este artículo, como actos de desobediencia a órdenes de autoridad.

8.6.- Delitos contra la correspondencia y la información

- El Art. 602.11 sanciona con prisión de tres meses a un año al servidor militar o policial que intercepte, examine, retenga, grabe o difunda correspondencia o comunicaciones privadas o reservadas de cualquier tipo y por cualquier medio, salvo que contare con autorización legal.

- Por otra parte, el Art. 602.12 tipifica varias conductas relacionadas con la información pública no clasificada legalmente. El delito lo comete el servidor que utilizando cualquier medio electrónico, informático o afín, obtenga información a la que tenga acceso por su condición, para después cederla, publicarla, divulgarla, utilizarla o transferirla a cualquier título, sin la debida autorización; o para destruirla o inutilizarla. La pena será de prisión de tres meses a un año.

- El Art. 602.13 tipifica varias conductas relacionadas con la información clasificada en conformidad con la ley: obtenerla utilizando medios electrónicos, informáticos o afines; destruirla o inutilizarla; divulgarla o utilizarla.

La pena para los primeros casos (obtenerla, destruirla o inutilizarla) es de reclusión menor de tres a seis años; y para el último (divulgarla o utilizarla) es de reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años. Y si la divulgación o utilización la realizare la persona encargada de la custodia o utilización legítima, se le sancionará con el máximo de la pena.

En cuanto a la determinación de la información a la que se refiere este artículo, hay que tomar en cuenta las disposiciones de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Arts. 17 y 18) y de la Ley de Seguridad Pública del Estado (Art. 19), que establecen la forma de clasificar la información y sus diversas categorías.

8.7.- Delitos relativos a bienes

En cinco artículos, se tipifican en este Capítulo varios delitos que pueden ser cometidos por servidores militares o policiales y que afectan a bienes del Estado.

- Destrucción o inutilización de bienes destinados a la seguridad pública o a la defensa nacional; se sanciona con prisión de uno a tres años. La pérdida, destrucción o inutilización culposa se sanciona con prisión de tres meses a un año (Art. 602.10).

- Hurto de material bélico (armas, municiones, explosivos o equipos), se sanciona con reclusión menor de tres a seis años. El hurto de medicinas, vestuario, víveres u otras especies que afecten al empleo de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, se sanciona con prisión de uno a tres años (Art. 602.14).

- Robo de material bélico se sanciona con reclusión menor de seis a nueve años. El robo de medicinas u otras especies se sanciona con reclusión menor de tres a seis años (Art. 602.15).

- Compra de bienes hurtados o robados pertenecientes a la Policía Nacional o las Fuerzas Armadas se sanciona con reclusión menor de tres a seis años (Art. 602.16). Señalemos que si el comprador no fuere un servidor militar o policial, se le deberá sancionar como autor del delito de receptación (Art. 569).

- Hurto de bienes requisados que comete el servidor que hubiere practicado requisiciones; se le aplicará la pena del hurto tipificado en este Capítulo (Art. 602.17).

9.- Delitos de servidores policiales

El Capítulo II del Título tipifica delitos cuyo sujeto activo debe ser un servidor policial. Contiene seis artículos agrupados en tres secciones. Cabe reiterar que varios de los delitos tipificados en este Capítulo son delitos de omisión propia, que implican el incumplimiento de obligaciones generadas por la calidad del infractor.

9.1.- Delitos contra los deberes del servicio policial

- El primero de los tres delitos (Art. 602.18) previstos en esta primera sección tipifica actos que atentan contra derechos de las personas, pues sanciona las deportaciones (que, en términos generales, se realizan al extranjero) o traslados ilegales, las detenciones ilegítimas, la toma de rehenes, las coacciones para servir (¿ayudar?) a grupos subversivos o la privación a cualquier persona de su derecho a ser juzgado de forma ordinaria e imparcial. La pena es de reclusión menor de tres a seis años.

- El Art. 602.19 contiene una conducta absolutamente abierta y violatoria por tanto del principio de legalidad: el servidor "que eluda su responsabilidad en actos de servicio, cuando esta omisión cause daños". Se sanciona con prisión de tres meses a un año.

- El tercero de los artículos (602.20), se refiere a las tareas policiales vinculadas a la investigación del delito y su colaboración con la fiscalía: se sanciona con prisión de tres meses a un año, al servidor que ponga en riesgo (¿cómo valorar esta posibilidad?) la obtención o conservación de vestigios, evidencias materiales u otros elementos de prueba para la investigación de un delito. Si el servidor destruyere o produjere una alteración de los elementos de prueba, la pena será de uno a tres años de prisión.

9.2.- Delitos contra los deberes de dirección

Esta Sección cuenta con un solo artículo (602.21) que tipifica la conducta del servidor que, en tiempo de conmoción interna, dejare de emprender o cumplir una misión o se abstuviere de ejecutar un operativo, que debía hacerlo. Se trata, por tanto, de un delito de omisión propia.

En una segunda parte, se sanciona a quien no empleare en el curso de las operaciones, los medios exigidos en conformidad con la ley y las órdenes legítimas recibidas. La pena será de uno a tres años de prisión. Sin embargo, la conducta podría quedar sin sanción si la situación la justificara.

9.3.- Delitos contra los bienes públicos o institucionales

La Sección III incluye dos artículos en los que se tipifica, en el primero (Art. 602.22), actos que causen daños en bienes y, en el segundo (602.23), actos que causen daños personales.

9.3.1.- Daños en los bienes

En cuanto a los daños en los bienes, se prevén dos delitos:

- El primero, que puede ser de acción (ejecutar) o de omisión (no impedir) actos que puedan producir incendios o estragos u originar un grave riesgo para la seguridad de una unidad o establecimiento de la Policía.

- El segundo delito es de omisión: ocultar a los superiores averías o deterioros graves en las instalaciones, aprovisionamiento material logístico a su cargo, siempre que sea de uso del personal policial o de servicio.

La pena es de prisión de tres meses a un año.

9.3.2.- Extralimitación

La Constitución asigna a la Policía Nacional (Art. 158) la responsabilidad en la protección interna y el mantenimiento del orden público y (Art. 163) atender la seguridad ciudadana. Por su parte su Ley Orgánica señala (Art. 2) que su "misión fundamental es garantizar el orden interno y la seguridad individual y social"; y más adelante (Art. 4) establece, bajo ese lineamiento general, sus funciones específicas, que en lo que nos interesa en este tema son: mantener el orden y la seguridad pública, prevenir la comisión de delitos, custodiar a los infractores y presuntos infractores, intervenir en el control del tráfico de drogas, garantizar los derechos de las personas y la protección de sus bienes.

Para cumplir estas tareas, los integrantes de la Policía Nacional pueden acudir a las "vías de hecho", es decir el empleo de la fuerza, en los casos en que sea necesario recurrir a ella. La complejidad del punto radica precisamente en establecer cuáles son esos casos y cuáles son los límites en el uso de la fuerza. Tocará a los jueces, en cada caso, determinar si hubo o no la extralimitación.

Precisamente el segundo de los artículos de esta Sección (602.23) tipifica como delito el extralimitarse en la ejecución de un acto de servicio, a consecuencia de lo cual una persona sufre una lesión que causa una incapacidad. Si la incapacidad fuere no mayor de noventa días, la pena será de prisión de uno a tres años; y si se produjere una incapacidad superior a los noventa días o permanente, la pena será de reclusión menor de tres a seis años.

Si la lesión se produjere fuera de esta circunstancia (extralimitación en la ejecución de un acto de servicio), se deberán aplicar las normas generales del delito de lesiones.

No se prevé en este Capítulo el caso de que la extralimitación causare la muerte de una persona, por lo que así mismo deberá entenderse que se aplicarán las normas generales relativas al homicidio.

10.- Delitos de servidores militares

El Capítulo III se compone de cinco secciones, que se examinarán a continuación.

10.1.- Territorialidad

La primera Sección, que alude a "las circunstancias particulares de los delitos de función" de los servidores militares tiene un solo artículo (el 602.24). Este se contrae a establecer el principio de aplicación territorial de la ley penal, repitiendo prácticamente lo que ya señala el Art. 5: se sancionarán, se entiende que conforme a la ley ecuatoriana, los delitos militares cometidos en el territorio de la República, o a bordo de naves o aeronaves militares o mercantes movilizadas para el servicio.

Es todavía más inexplicable el segundo inciso que incluye una norma sobre extraterritorialidad. Señala que los delitos cometidos en el extranjero, "con base en el principio de reciprocidad", se juzgarán por los jueces que determinen las leyes ecuatorianas.

Los posibles casos de extraterritorialidad han sido ampliamente estudiados por la doctrina y están básicamente resueltos en el mismo Art. 5. Ahí se determina que se aplicará la legislación ecuatoriana cuando los efectos del delito se produzcan el Ecuador; pero también, entre otros casos, cuando se afecte a la personalidad del Estado o se trate de delitos de funcionarios al servicio del Estado. Nada tiene que hacer en este punto el principio de reciprocidad.

10.2.- Delitos contra la seguridad, la soberanía y la integridad de la República

Queda claro, con la enunciación del epígrafe, cuáles son los bienes jurídicos que se lesionan con las conductas que se tipifican en la Sección II de este Capítulo. Se trata, por tanto, de los delitos más graves (traición y sabotaje) que pueden ser cometidos por servidores militares.

10.2.1.- Traición

Varias de las consideraciones hechas al analizar el delito de traición, tipificado en el Título I, son aplicable también en este Título, como las que se refieren al "enemigo", a la "nación aliada", a la nacionalidad del sujeto activo o al aspecto subjetivo del delito. Igualmente es pertinente la observación respecto a la modalidad casuística utilizada por el legislador para tipificar el delito, posiblemente por la dificultad de encontrar una fórmula genérica que abarque los diversos casos; pero con el riesgo de que algunas conductas pudieran quedar fuera de la determinación legal.

En efecto, en varios de los dieciséis numerales del Art. 602.25 se tipifican dos conductas a las que califica de traición a la Patria.

1. Desertar hacia las fuerzas del enemigo;

2. Facilitar a las fuerzas del enemigo el ingreso al territorio nacional o a naves o aeronaves ecuatorianas o aliadas;

3. Efectuar acciones hostiles contra un país extranjero con la intención de causar al Ecuador un conflicto armado internacional;

4. Mantener negociaciones con otros Estados, tendientes a someter de cualquier forma al territorio ecuatoriano;

5. Declararse en rebelión mientras el Estado ecuatoriano enfrenta conflicto armado internacional;

6. Entregar al enemigo territorio, plaza, puesto, posición, construcción, edificio, establecimiento, instalación, buque, aeronave, armamento, tropas o fuerza a sus órdenes o materiales de la defensa; o inducir u obligar a otro a hacerlo;

7. Dar noticias falsas o distorsionadas acerca de las operaciones del conflicto armado;

8. No dar aviso de aproximación del enemigo o de circunstancia que repercuta directamente en el conflicto, o en la población civil;

9. Impedir que las naves, aeronaves o tropas nacionales o aliadas reciban los auxilios y noticias que se les enviaren, con intención de favorecer al enemigo;

10. Arriar, mandar a arriar o forzar a arriar la bandera nacional, sin orden del mando en el conflicto armado;

11. No cumplir una orden legítima o alterarla arbitrariamente con el propósito de perjudicar a las Fuerzas Armadas del Ecuador o beneficiar al enemigo;

12. Divulgar noticias con la intención de infundir pánico, desaliento o desorden en las tropas, o ejecutar cualquier acto que pueda producir iguales consecuencias;

13. Mantener con el enemigo relaciones o correspondencia sobre las operaciones del conflicto armado internacional o de las Fuerzas Armadas del Ecuador o sus aliados; o, sin la debida autorización, entrar en entendimiento con el enemigo para procurar la paz o la suspensión de las operaciones;

14. Poner en libertad a prisioneros de guerra con el fin de que vuelvan a las fuerzas armadas del enemigo, o devolver equipo militar al enemigo;

15. Ejecutar u ordenar, dentro o fuera del territorio nacional, reclutamiento de tropas para alistarlas en las filas del enemigo, seducir tropas ecuatorianas para el mismo fin o provocar la deserción de éstas;

16. Ejecutar sabotaje con el propósito de dificultar las operaciones militares nacionales o facilitar las del enemigo.

Según se señala en el párrafo inicial del artículo, estos actos podrían cometerse también contra fuerzas aliadas.

En esta larga enumeración se incluyen conductas que, a primera vista, son de distinta naturaleza y por lo mismo de distinta gravedad. En algunos casos son actos de un alcance individual (deserción), en otros tienen un efecto casi simbólico (arriar la bandera), o consisten en informaciones que pueden afectar al desarrollo del conflicto, o ejecutar actos de sabotaje, que pueden ser de muy variado alcance; o, en los casos más graves, facilitar el ingreso de tropas enemigas en el territorio nacional o entregar al enemigo territorios, plazas, etc. Sin embargo, salvo la distinción que se destaca más abajo, todos los actos se sancionan con la misma pena.

También hay que señalar que, salvo los casos previstos en los numerales tercero y cuarto, estos hechos deben necesariamente realizarse en estado de guerra o conflicto armado, que es la frase que se emplea repetidamente en este artículo.

En cambio, los numerales tercero y cuarto tipifican actos tendientes, en un caso, a provocar el conflicto armado; y en el otro, una invasión o cercenamiento territorial.

La pena es de reclusión menor de seis a nueves años si uno o varios de estos actos se realizaren en tiempo de paz, pero esta sanción solo sería aplicable a los casos ya señalados de los numerales tercero y cuarto. Si se realizaren durante un conflicto armado, es decir todos los demás, la pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años. Esta pena es la misma establecida para el delito de traición, previsto en el Título I, cometido por cualquier otra persona,

Recordemos que en el derogado Código Penal Militar, la pena para este delito era de reclusión perpetua, agravación que correspondía a la calidad especial del sujeto activo y las obligaciones inherentes a su condición militar, situación que no se ha previsto en la actual normativa.

10.2.2.- Conductas propias del íter críminis

El Art. 602.26 sanciona la tentativa de traición y la conspiración y proposición para la comisión de este

delito, momentos del íter críminis, cuya naturaleza está prevista en el Libro Primero del Código (Arts. 16 y 17).

Pero lo singular de este artículo es la forma en que se sancionan estos casos. Se afirma que la tentativa se sancionará "de conformidad con este Código": una pena de un tercio a dos tercios de la que corresponde al delito consumado (Art. 46); en tanto que la proposición y la conspiración se sancionan directamente con los dos tercios de la aplicable al autor, es decir en forma más grave que la tentativa, siendo etapas delictivas anteriores y sin duda menos graves.

10.2.3.- Prolongación de hostilidades

El Art. 602.27 sanciona a quien prolongare las hostilidades, pese a haber sido notificado oficialmente de haberse acordado la paz, armisticio o tregua con el enemigo.

Esta conducta requiere, por tanto, que haya habido un conflicto armado con un país extranjero, pero que las hostilidades (entendidas como acciones de armas entre dos ejércitos) hayan cesado y el delito consiste precisamente en no haber respetado esa cesación, manteniendo una situación de combate.

La pena es de reclusión menor de tres a seis años.

10.2.4.- Espionaje

Habíamos señalado al estudiar el Título I que, aunque el Art. 120 sanciona el espionaje cometido por extranjeros no determina en qué consiste tal conducta. También anotamos que la doctrina y algunos códigos sí la definen. Pero las reformas de mayo de 2010 incluyen un artículo bastante extenso en que se tipifican varios actos, que habiendo sido cometidos por servidores militares, se califican como espionaje.

Estos actos siguen, en general, la tendencia doctrinaria de considerar el espionaje como la obtención de información secreta relativa a la defensa nacional, cuya revelación pone en riesgo la seguridad exterior y la soberanía del Estado. Son los siguientes:

1. Obtener, difundir, falsear o inutilizar información clasificada legalmente y que su uso o empleo por país extranjero o atentare contra la seguridad y la soberanía del Estado;

2. Interceptar, sustraer, copiar información, archivos, fotografías, filmaciones, grabaciones u otros sobre tropas, equipos, operaciones o misiones de carácter militar;

3. Enviar documentos, informes, gráficos u objetos que ponga en riesgo la seguridad o la soberanía del Estado, sin estar obligado a hacerlo; o, de estar obligado por la fuerza, no poner tal hecho en conocimiento de las autoridades inmediatamente;

4. Ocultar información relevante a los mandos militares nacionales;

5. Alterar, suprimir, destruir, desviar, incluso temporalmente, información u objetos de naturaleza militar relevantes para la seguridad, la soberanía o la integridad territorial.

La pena depende de la realización del acto en tiempo de paz o en tiempo de conflicto armado. En el primer caso es reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años; y en el segundo, reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años.

10.3.- Delitos contra la seguridad interna del Estado

10.3.1.- Rebelión

Hemos advertido previamente que el legislador no ha empleado en forma coherente la palabra rebelión. En el Título II, el Código tipifica con esta palabra (Art. 218 y siguientes), no un delito contra la seguridad interna del Estado, sino un delito contra la administración pública, que en definitiva consiste en actos de

resistencia ante funcionarios o empleados públicos, que actúan en ejercicio de sus funciones.

En cambio, en la Sección III de este Capítulo, el Art. 602.29 tipifica el delito de rebelión como actos que atentan, de varias maneras, contra la seguridad interna del Estado:

- levantarse en armas para derrocar al gobierno, o dificultar el ejercicio de sus funciones (fórmula ambigua esta segunda);

- impedir la reunión de la Asamblea Nacional o disolverla;

- impedir la realización de elecciones convocadas;

- promover, ayudar o sostener cualquier movimiento armado para alterar la paz del Estado.

Estas conductas tienen su equivalente en los delitos contra la seguridad interior del Estado (especialmente los artículos 130 y 137), pero que en este caso deben ser cometidos por militares. Se trata de un delito que puede ser calificado como delito político.

La pena es de reclusión menor ordinaria de seis a nueve años; pero si el delito se comete en tiempo de conflicto armado, internacional o no, la pena será de reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años.

10.3.2.- Omisión en el abastecimiento

No resulta claro el porqué se ubica en esta Sección esta conducta de omisión (Art. 602.30), que debería estar más bien en la segunda o inclusive en la siguiente. En efecto se sanciona a quien, estando obligado a hacerlo por su función, se abstenga de abastecer a las tropas para el cumplimiento de acciones militares, poniendo en riesgo la seguridad del Estado.

La pena es de reclusión menor ordinaria de tres a seis años.

10.4.- Delitos contra la seguridad y las operaciones de las Fuerzas Armadas

La Sección IV incluye tres delitos, que se califican como atentados.

- El primero (Art. 602.31) consiste en atentar contra la seguridad de las Fuerzas Armadas por incumplimiento doloso de deberes u obligaciones, siempre que no constituya otro delito. Los términos tan generales posiblemente se explican por el carácter subsidiario de la norma. La conducta se sanciona con prisión de uno a tres años.

- El segundo (Art. 602.32), denominado en el epígrafe como atentado contra el desenvolvimiento de las operaciones militares, sanciona al reservista que, en caso de conflicto armado, fuere llamado e injustificadamente no concurriere, dentro de cinco días, a desempeñar la función militar. Se trata de un delito de omisión propia que se sanciona con prisión de uno a tres años.

- El tercero (Art. 602.33) es el caso más gravemente sancionado y hasta, en uno de los supuestos del artículo, podría equipararse con el delito de traición. La conducta consiste en rendirse o huir, en caso de conflicto armado, sin haber agotado los medios de defensa y seguridad que exijan los preceptos militares (norma en blanco) u órdenes recibidas. La sanción será de reclusión menor ordinaria de seis a nueve años, si el conflicto no es internacional; y en reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años si se comete en conflicto armado internacional.

10.5.- Deserción

El Art. 602.34 tipifica la deserción como el abandono del puesto, servicio o función que se le hubiere asignado al servidor militar, con las siguientes condiciones: que ocurra en conflicto armado (internacional

o no), que haya durado más de cinco día y que haya sido ilegal e injustificado.

La pena será de prisión de tres meses a un año, pero si el delito se cometiere en complot, en territorio enemigo, hurtando, robando o destruyendo los bienes de las Fuerzas Armadas, se impondrá el máximo de la pena (Art. 602.36).

Este delito es de todos modos, subsidiario, del que se establece como primer caso de traición (Art. 602.25): desertar hacia las fuerzas del enemigo.

También se tipifica (Art. 602.35) el delito de los superiores directos o jefes de unidades o repartos que no dieren parte de la deserción de sus subordinados. La pena será también de prisión de tres meses a un año.

11.- Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario

El Capítulo IV, el más extenso del Título, tipifica los delitos que se cometieren contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. La frecuente referencia que se hacen en las disposiciones de este Capítulo al Derecho Internacional Humanitario, a los Convenios de Ginebra de 1949 y a los Protocolos Adicionales, hacen de ellas verdaderas leyes penales en blanco. En efecto no solo se han tomado conceptos básicos de estas normas internacionales, sino que encontramos varias remisiones expresas a tales tratados internacionales.

Según se señaló anteriormente, estos delitos solo pueden ser cometidos por servidores militares. Pero además la tipificación de estos delitos exige que se cometan en situación de conflicto armado y, en casi todos los casos, que se afecten a "personas protegidas" o a bienes protegidos. Y son precisamente estos elementos los que determinan la especial gravedad de estas conductas, que se refleja en las penas severas previstas por el legislador, que son siempre de reclusión, llegando en algunos casos a reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

11.1.- Conflicto armado

El primer artículo de este Capítulo (602.37) hace una limitación temporal en cuanto al alcance de las disposiciones relativas a un conflicto armado, internacional o no. Tales disposiciones serán aplicables "desde el día en que este (el conflicto) tiene lugar", independientemente de la "declaración formal" realizada por el presidente de la República o de que se haya decretado el estado de excepción, de acuerdo con la Constitución.

En el segundo inciso de este artículo se determina cuando se entenderá concluido el estado de conflicto armado: una vez terminado el estado de excepción "o hasta que se restablezcan las condiciones de seguridad que hubiesen sido afectadas".

Se advierte que, tanto el comienzo como la conclusión del conflicto pueden establecerse, no solo con declaraciones o resoluciones oficiales, sino también por situaciones de hecho, que obviamente deberán ser probadas ante los respectivos jueces.

Evidentemente el estado de conflicto armado es indispensable para la tipicidad de los delitos previstos en este Capítulo y, para establecer su existencia, será aplicable lo dispuesto en esta norma; pero ¿también deberá establecerse de la misma manera, la existencia del conflicto armado o del estado de guerra en relación a los delitos cometidos por servidores militares contra la seguridad, soberanía e integridad del Estado (Arts. 602.25, 602.28); e inclusive para los delitos previstos en el Título I, contra la seguridad exterior del Estado (Arts. 116 y siguientes). La coherencia del sistema jurídico nos inclina a una respuesta positiva.

11.2.- Personas protegidas

El concepto de personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario surge precisamente de los Convenios Humanitarios de Ginebra de 1949.

El Art. 3 de todos los Convenios dice que son personas protegidas: "Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, heridas, detención o por cualquier otra causa..." Los Convenios agregan los actos que están prohibidos respecto a tales personas (atentados a la vida, integridad corporal, toma de rehenes, tratos humillantes, etc.)

En definitiva el Art. 602.38 desarrolla este concepto con la larga enumeración que contiene de personas protegidas:

- la población civil;
- las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa;
- el personal sanitario o religioso;
- los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados;
- las personas que han depuesto las armas;
- las personas que se encuentran fuera de combate o indefensas en el conflicto armado;
- quienes, antes del inicio de las hostilidades, pertenecían a la categoría de apátridas o refugiados;
- los asilados políticos;
- el personal de las Naciones Unidas y personal asociado protegido por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado.

A esta lista se agrega en el numeral décimo una referencia a quienes tengan esta calidad "en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales", que por este envío se convierten en fuentes para la mejor interpretación de esta norma, que es, como habíamos dicho, una especie de ley penal en blanco.

Pero la determinación de personas protegidas tiene una especial importancia en la tipificación de los delitos de este Capítulo, pues en varios de ellos, como se verá de inmediato, el sujeto pasivo de la infracción debe tener esa calidad. Si no la tiene, igual que si el acto no se comete en estado de conflicto armado, el delito ya no sería el previsto en este Capítulo.

11.3.- Delitos contra las personas protegidas

Como acaba de señalarse varios de los delitos previstos en este Capítulo consisten en conductas realizadas en contra de las personas que, según el artículo pertinente, tienen la calidad de protegidas.

De los veintitrés delitos que se incluyen en este Capítulo, en once el sujeto pasivo de la infracción es una persona protegida (y siempre por supuesto con ocasión y en desarrollo de conflicto armado):

- muerte de persona protegida. Se sanciona con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años (Art. 602.39), aun cuando el homicidio se haya realizado sin agravantes;

- tortura o tratos crueles inhumanos o degradantes a persona protegida. Se sanciona con reclusión mayor ordinaria de doce a dieciséis años (Art. 602.40);

- castigos colectivos a persona protegida. Deberá entenderse que el castigo se ha dirigido en contra de varias personas. Se sanciona con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años (Art. 602.41);

- mutilaciones y experimentos médicos o científicos, extracción de tejidos u órganos. Se sanciona con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años (Art. 602.42);

- lesiones a la integridad física, figura subsidiaria, en caso de no ser aplicable otra norma de mayor gravedad. Se sanciona con reclusión menor ordinaria de nueve a doce años (Art. 602.43);

- atentado a la integridad sexual y reproductiva, que incluye la violación y otras conductas de carácter sexual. Se sanciona con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años (Art. 602.44);

- privación de la libertad personal, que comprende la toma de rehenes, la deportación o traslado ilegal, el desplazamiento forzado y la demora o retardo en la repatriación. Se sanciona con reclusión menor ordinaria de nueve a doce años (Art. 602.45);

- denegación de garantías judiciales, que implica la privación de las garantías del debido proceso o la imposición o ejecución de penas sin la previa realización de un proceso judicial. Se sanciona con reclusión menor ordinaria de seis a nueve años (Art. 602.47);

- abolición o suspensión de derechos, garantías constitucionales o acciones judiciales. Se sanciona con reclusión menor ordinaria de seis a nueve años (Art. 602.48);

- ataque con fines terroristas en cualquier forma y cuyo objeto o efecto sea aterrorizar a la población civil. Nos remitimos también a las observaciones hechas en el Título I sobre la naturaleza del terrorismo. Se sanciona con reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años (Art. 602.49);

- omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria a favor de las personas protegidas, habiendo obligación de hacerlo. Se sanciona con reclusión menor ordinaria de tres a seis años (Art. 602.51).

11.4.- Delitos contra bienes protegidos

También está tipificado (Art. 602.55) un delito relativo a los llamados bienes protegidos en situación de conflicto armado que pueden ser blanco de un "ataque" por servidores militares, pues con esta sola palabra se describe la conducta punible.

En clara concordancia con el Protocolo Adicional I a los Convenios Humanitarios de Ginebra, según este artículo son bienes protegidos:

- objetos civiles que no constituyan objetivo militar;

- bienes destinados a asegurar la existencia e integridad de las personas civiles, como las zonas y localidades destinadas a separarlas de objetivos militares, y los bienes destinados a su supervivencia o atención;

- bienes que hacen parte de una misión de mantenimiento de paz o de asistencia humanitaria;

- bienes destinados a la satisfacción de los derechos civiles y políticos de la población civil, como los destinados al culto religioso, las artes, la ciencia o la beneficencia;

- bienes que hagan parte del patrimonio histórico, cultural, o ambiental;

- los demás bienes protegidos según el Derecho Internacional Humanitario.

La sanción es de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años.

11.5.- Otros delitos

Además de los delitos contra personas y bienes protegidos, en el Capítulo se tipifican varias conductas de variada naturaleza, pero que, en todo caso, deben ser realizadas por servidores militares durante un conflicto armado.

11.5.1.- Imposición de contribuciones arbitrarias

Se sanciona con reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años (Art. 602.50).

11.5.2.- Omisión de medidas para la protección genérica de la población civil, habiendo la obligación de hacerlo

Se sanciona con reclusión menor ordinaria de tres a seis años (Art. 602.52).

11.5.3.- Obstaculización o impedimento al personal médico, sanitario o de socorro a la población civil, la realización de las tareas sanitarias y humanitarias que pueden y deben realizarse de acuerdo con las normas del Derecho Internacional Humanitario

Se sanciona con reclusión menor ordinaria de nueve a doce años (Art. 602.53).

11.5.4.- Actos en contra de los participantes activos en el conflicto

(se entiende que en las fuerzas armadas "enemigas"):

- obligarlos a servir de cualquier modo en las fuerzas armadas del adversario;
- privarlos del derecho a tener un juicio con garantías;
- impedir o dilatar injustificadamente su liberación o repatriación.

Se sanciona con reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años (Art. 602.54).

11.5.5.- Empleo de métodos prohibidos por el Derecho Internacional Humanitario

- padecimiento de hambre a la población civil, inclusive a través de la obstaculización de suministros;

- muerte o lesión a traición de un combatiente enemigo o de quien participe en el conflicto armado como adversario;

- utilización de una persona protegida como escudo en operaciones bélicas, o para obstaculizar las acciones del enemigo;

- orden de no dar cuartel;

- ataque a la población civil en cuanto tal;

- ataque a bienes civiles;

- ataque indiscriminado con la potencialidad de provocar muerte o lesiones a civiles, daños a bienes protegidos, o daños graves o desproporcionados al medio ambiente.

Estos actos se sancionan con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años (Art. 602.56).

11.5.6.- Destrucción o apropiación de bienes del adversario sin necesidad militar imperativa

Se sanciona con reclusión menor ordinaria de tres a seis años (Art. 602.57).

11.5.7.- Producción, tenencia, almacenamiento, utilización o distribución de armas prohibidas por el Derecho Internacional Humanitario

La nómina es la siguiente:

- veneno o armas envenenadas;

- gases asfixiantes, tóxicos u otras sustancias que produzcan el mismo efecto;

- armas biológicas, bacteriológicas o tóxicas;

- armas químicas;

- balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como las balas de camisa dura;

- armas cuyo efecto principal es la lesión mediante fragmentos que no puedan localizarse mediante rayos X;

- minas, armas trampa y otras armas con el mismo efecto;

- armas incendiarias;

- armas láser cegadoras;

- minas antipersonales, con excepción de las obtenidas por personal autorizado del Ejército ecuatoriano, cuando tengan por objeto desarrollar técnicas de detección, limpieza o destrucción de minas;

- municiones de racimo;

- las demás armas que por su naturaleza causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios, o que surtan efectos indiscriminados.

El delito se sanciona con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años (Art. 602.58).

11.5.8.- Utilización de técnicas de modificación ambiental con fines militares, de combate u otros fines hostiles

La norma insiste en señalar que tales técnicas deberán ser el medio para producir destrucciones, daños o perjuicios vastos, duraderos o graves al medio ambiente. Se sanciona con reclusión menor ordinaria de seis a nueve años (Art. 602.59).

11.5.9.- Empleo de métodos de guerra o conflicto prohibidos por el Derecho Internacional Humanitario

Norma abierta que se remite en forma amplísima a este Derecho para efectos de establecer el acto punible. Se sanciona con reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años (Art. 602.60).

11.5.10.- Contiene dos conductas: simulación de persona protegida y utilización indebida de emblemas, banderas, insignias u otros signos de protección contemplados en instrumentos internacionales vigentes

Entre estos signos se señalan los siguientes:

- bandera blanca;

- bandera nacional, insignias militares o uniformes del enemigo;

- insignias o uniforme de las Naciones Unidas u otros organismos humanitarios reconocidos internacionalmente;

- emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de 1949;

- emblemas, denominaciones, señales distintivas de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, de conformidad con los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales.

Se sancionan con prisión de tres meses a un año (Art. 602.61).

Bibliografía consultada para la elaboración del Manual

- Aftalión, Enrique. **La escuela penal técnico-jurídica**, Buenos Aires, Librería Jurídica Abeledo, 1952;

- Altavilla, Enrico. **La culpa. El delito culposo, sus repercusiones civiles, su análisis sicológico**, Bogotá, Editorial Temis, 1971;

- Ambos, Kai. **Temas de Derecho Penal Internacional**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001;

- Artigas Villarroel, Ernesto. **Los delitos internacionales y su tratamiento jurídico penal**, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1969;

- Bacigalupo, Enrique. **Curso de Derecho Penal Económico**, Madrid, Marcial Pons, 2005;

- Bacigalupo, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**, Buenos Aires, ASTREA, 1974;

- Bacigalupo, Enrique. **Principios de Derecho Penal, Parte general**, Madrid, Akal/Iure, 1997;

- Bacigalupo, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1998;

- Bajo Fernández, Miguel (Director). **Compendio de Derecho Penal**, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1998;

- Baratta, Alessandro. "Principios del derecho penal mínimo", **Doctrina Penal, Año 10**, Buenos Aires, Depalma, 1987;

- Bauman, Jürgen. **Derecho Penal - Conceptos fundamentales y sistema.** Introducción a la sistemática sobre la base de casos, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1973;

- Beccaria, Cesare. **De los delitos y de las penas**, Barcelona, Ediciones Orbis, 1984;

- Begué Lezaú, J.J. **Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales**, Madrid, Bosch, 1999;

- Beling, Ernest von. **Esquema de Derecho Penal**, Buenos Aires, Depalma, 1944;

- Bergalli, Roberto. **Crítica a la criminología**, Bogotá, Editorial Temis, 1982;

- Beristain, Antonio. **Derecho Penal y Criminología,** Bogotá, Editorial Temis, 1986;

- Bettiol, Giuseppe. **Derecho Penal, Parte general**, Bogotá, Editorial Temis, 1965;

- Boné Pina, Juan Francisco; Soteras Escartín, Rafael. **De las falsedades,** Madrid, Bosch, 2000;

- Buitrago Ruiz, Ángela María. "La constitución, el sistema penal y la norma penal", **Nuevas aportaciones al Derecho Penal Iberoamericano**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002;

- Carrara, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**, Bogotá, Editorial Temis, 1971;

- Cerezo Mir, José. **Temas fundamentales de Derecho Penal**, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores,

2006;

- Cid, José y Larrauri, Elena. **Penas alternativas a la prisión**. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1997;

- Córdoba Roda, Juan. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito**, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1962;

- Córdoba Roda, Juan y Rodríguez Mourullo, Gonzalo. **Comentarios al Código Penal**, Barcelona, Editorial Ariel, 1976;

- Correa Ossa, Carmen. **El dolo eventual**, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1969;

- Costa Fausto. **El delito y la pena en la historia de la filosofía**, México, UTEHA, 1953;

- Cousiño Mac Iver, Luis. **Derecho Penal chileno**, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1975;

- Cuello Calón, Eugenio. **Derecho Penal, México**, Editora Nacional, 1973;

- Cuello Contreras, Joaquín. **La conspiración para cometer el delito**, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1978;

- Cuerda Riezu, Antonio. **La colisión de deberes en Derecho Penal**, Madrid, Tecnos, 1984;

- Cury Urzúa, Enrique. **La ley penal en blanco**, Bogotá, Editorial Temis, 1988;

- Cury Urzúa, Enrique. **Orientación para el estudio de la teoría del delito**, Valparaíso, Edeval, 1969;

- Cury Urzúa, Enrique. **Tentativa y delito frustrado**, Editorial Jurídica de Chile, 1977;

- Del Olmo, Rosa. "Criminología y Derecho Penal, Aspectos gnoseológicos de una relación necesaria en la América Latina actual", **Doctrina Penal, Año 10**, Buenos Aires, Depalma, 1987;

- Del Pont, Marcó. **Penología y sistemas carcelarios**, Buenos Aires, Depalma, 1974;

- Díaz Palos, Fernando. **La legítima defensa**, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1971;

- Donna, Edgardo Alberto (editor). Eximentes de responsabilidad penal, Santa Fe, Eubinzal-Culzoni Editores, 2006;

- Dorado Montero, Pedro. **Bases para un nuevo Derecho Penal**, Buenos Aires, Depalma, 1973;

- Echeverría, Enrique. **Derecho Penal ecuatoriano**, Quito, 1954-1971;

- Etcheberry, Alfredo. **Derecho Penal**, Santiago de Chile, Editora Nacional Gabriela Mistral, 1976;

- Enzenberger, Hans Magnus. **Política y delito**, Barcelona, Editorial Seix Barral, 1968;

- Ferrajoli, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Trotta, 2005;

- Fontán Balestra, Carlos. **Derecho Penal. Introducción y parte general,** Buenos Aires, Abeledo-Perrot,1976;

- Frías Caballero, Jorge. **Temas de Derecho Penal**, Buenos Aires, La Ley, 1970;

- Foucault, Michel. **Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión**, México, Siglo XXI Editores, 1988;

- Fuller, Lon L. **Anatomía del Derecho**, Caracas, Monte Ávila Editores, 1969;

- García-Pablos de Molina. **Estudios penales**, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1984;

- García Ramírez, Sergio. **Los derechos humanos y el Derecho Penal**, México, SepSetentas, 1976;

- García Valdés, Carlos. **Teoría de la pena**, Madrid, Tecnos, 1985;

- Gimbernat Ordeig, Enrique. **¿Tiene futuro la dogmática penal?** Bogotá, Temis, 1983;

- Goessel, Kart-Heinz. **Dos estudios sobre la teoría del delito**, Bogotá, Editorial Temis, 1984;

- Granja Maya, Roberto. **Derecho Penal en la Audiencia de Quito**, Quito, Fundación Antonio Quevedo, 1996;

- Hassemer, Winfried. "Alternativas al principio de culpabilidad", **Doctrina Penal, Año 5**, Buenos Aires, Depalma, 1982;

- Henkel, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**, Montevideo, Editorial IB de F, 2008;

- Hentig, Hans von. **El delito**, Madrid, Espasa Calpe, 1971;

- Hentig, Hans von. **La pena**, Madrid, Espasa Calpe, 1967;

- Hirsh, Hans Joachim. **La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996;

- Ihering, Rudolf von. **El fin en el derecho**, México, Editorial Cajica, 1961;

- INREDH. **Aproximación a la justicia penal internacional**, Quito, 2003;

- Instituto Vasco de Criminología. Antonio Beristain editor. **Reformas penales en el mundo de hoy**, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984;

- Jaén Vallejo, Manuel. **Sistema de consecuencias jurídicas del delito: nuevas perspectivas**, México, Universidad Nacional Autónoma, 2002;

- Jakobs, Günther. **Injerencia y dominio del hecho**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001;

- Jakobs, Günther. **La imputación objetiva en el Derecho Penal**, Bogotá., Universidad Externado de Colombia, 1994;

- Jakobs, Günther. **Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad**, Madrid, Civitas, 2004;

- Jescheck, Hans-Heinrich. **"La crisis de la política criminal"**, Doctrina Penal, Año 3, Buenos Aires, Depalma, 1980;

- Jescheck, Hans-Heinrich. **Reforma del Derecho Penal en Alemania**, Buenos Aires, Depalma, 1976;

- Jiménez de Asúa, Luis. **Crónica del crimen**, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1970;

- Jiménez de Asúa, Luis, **La ley y el delito**, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1976;

- Jiménez de Asúa, Luis. **Libertad de amar y derecho a morir**, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984;

- Jiménez de Asúa, Luis, **Tratado de Derecho Penal,** Buenos Aires, Losada S. A., 1964-1970;

- Kaufmann, Armin. **Teoría de las normas**, Buenos Aires, Depalma, 1977;

- Kaufmann, Hilde. **Ejecución penal y terapia social,** Buenos Aires, Depalma, 1979;
- Kirchheimer, Otto. **Justicia política**. Empleo del procedimiento legal para fines políticos, México,

UTEHA, 1961;

- Latagliata, Angelo Raffaele. **El concurso de personas en el delito**, Buenos Aires, Depalma, 1967;

- López Barja de Quiroga, Jacobo. **Derecho Penal. Parte general**, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2004;

- López-Rey y Arrojo, Manuel. **Criminología**. Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1973;

- Maggiore, Giuseppe. **Derecho Penal**, Bogotá, Editorial Temis, 1971;

- Maurach, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962;

- Mezger, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal**, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1984;

- Mir Puig, Santiago. **Avances de la medicina y Derecho Penal**, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1988;

- Montt Díaz, Bernardo. **Contenido de voluntad necesario al dolo**, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1968;

- Muñoz Conde, Francisco. **El error en el Derecho Penal**, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005,

- Nino, Carlos Santiago. **"La fundamentación de la legítima defensa"**, Doctrina Penal, Año 2, Buenos Aires, Depalma, 1979;

- Nino, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal**, Buenos Aires, ASTREA, 2006;

- Novoa Monreal, Eduardo. **Curso de Derecho Penal chileno**, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1966;

- Novoa Monreal, Eduardo. **"Los delitos de omisión"**, Doctrina Penal, Año 6, Buenos Aires, Depalma, 1983;

- Pavón Vasconcelos, Francisco. **Manual de Derecho Penal mexicano**, Editorial Porrúa, 1974;

- Peláez, Michelangelo. **Introducción al estudio de la criminología**, Buenos Aires, Depalma, 1966;

- Pérez Borja, Francisco. **Apuntes para el estudio del Código Penal**, Quito, 1927;

- Piombo, Daniel Horacio. **Extradición de nacionales**, Buenos Aires, Depalma, 1974;

- Ramírez, Rodrigo. **La victimología**, Bogotá, Editorial Temis, 1983;

- Ranieri Silvio. **Manual de Derecho Penal**, Bogotá, Editorial Temis, 1975;

- Righi, Esteban. **Derecho Penal económico comparado**, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1991;

- Rodríguez Ramos, Luis. **Libertades cívicas y Derecho Penal,** Madrid, Editorial Tecnos, 1975;

- Rodríguez Salgado, Gerardo. **Antropología jurídica,** Quito, Ediciones de la Universidad Católica, 1979;

- Rojas, Nerio. **Medicina legal**, Buenos Aires, Editorial El Ateneo, 1971;

- Roldán, Horacio. **El dinero, objeto fundamental de la sanción penal**, Madrid, Akal Editor, 1983;

- Romero, Gladys Nancy. **Algunas cuestiones de Derecho Penal**, Buenos Aires, Editora Fabián J. De Plácido, 1999;

- Romero Parducci, Héctor. **La interpretación en materia penal**, Guayaquil, Universidad de Guayaquil, 1965;

- Roxin, Claus. **Derecho Penal. Parte general**, Madrid, Civitas, 1997;

- Ramírez, Rodrigo. **La victimología**, Bogotá, Editorial Temis, 1983;

- Ranieri Silvio. **Manual de Derecho Penal**, Bogotá, Editorial Temis, 1975;

- Righi, Esteban. **Derecho Penal económico comparado**, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1991;

- Rodríguez Ramos, Luis. **Libertades cívicas y Derecho Penal**, Madrid, Editorial Tecnos, 1975;

- Rodríguez Salgado, Gerardo. **Antropología jurídica**, Quito, Ediciones de la Universidad Católica, 1979;

- Rojas, Nerio. **Medicina legal**, Buenos Aires, Editorial El Ateneo, 1971;

- Roldán, Horacio. **El dinero, objeto fundamental de la sanción penal,** Madrid, Akal Editor, 1983;

- Romero, Gladys Nancy. **Algunas cuestiones de Derecho Penal**, Buenos Aires, Editora Fabián J. De Plácido, 1999;

- Romero Parducci, Héctor. **La interpretación en materia penal**, Guayaquil, Universidad de Guayaquil, 1965;

- Roxin, Claus. **Derecho Penal. Parte general,** Madrid, Civitas, 1997;

- Ruiz, Servio Tulio. **La estructura del delito en el Derecho Penal colombiano**, Bogotá, Editorial Temis, 1969;

- Sánchez-Vera, Javier. **Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997;

- Scarano, Luigi. **La tentativa**. Bogotá, Editorial Temis, 1960;

- Silvano Fontana, Raúl José. **Legítima defensa y lesión de bienes de terceros**, Buenos Aires, Depalma, 1970;

- Simonin, Camilo. **Medicina legal judicial**, Barcelona, Editorial Jims, 1962;

- Soler, Sebastián. **Derecho Penal argentino**, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1945-1946;

- Tiedemann, Klaus. **Lecciones de Derecho Penal económico**, Barcelona, PPU S.A., 1993;

- Torres Chávez, Efraín. **Breves comentarios al Código Penal del Ecuador**, Quito, Editorial Universitaria, 1974-1978;

- Urbano Martínez, José Joaquín. **La legitimidad del Derecho Penal**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001;

- Vial del Río, Víctor Manuel. **La no exigibilidad de otra conducta como causa de la exclusión de la culpabilidad**, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1969;

- Welzel, Hans. **Derecho Penal alemán**, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976;

- Zaffaroni, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas**, Deslegitimación y dogmática jurídico-penal, Bogotá, Editorial Temis, 1993;

- Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**, Parte General, Lima, Ediciones Jurídicas, 1998;

- Zafaroni, Eugenio Raúl y varios. **El sistema penal ante las exigencias del presente**, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004;

- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. **Manual de Derecho Penal. Parte General**, Buenos Aires, EDIAR, 2005;
- Zambrano Pasquel, Alfonso. **Manual de Derecho Penal. Parte General**, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009;

- Zavala Baquerizo, Jorge, **La pena**, Guayaquil, E. Q. Editorial, 1986;

- Zimring, Franklin y Hawkins, Gordon. **La utilidad del castigo**. Estudio sobre el crimen y su represión, México, Editores Asociados, 1977;

- Zipf, Heinz. **Introducción a la política criminal**, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1979.