FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL

Alfonso Zambrano Pasquel

Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal
Profesor de pos grado de Derecho Penal. Procesal Penal. Criminología y Política Criminal

FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL

Grupo Editorial
IBAÑEZ

Zambrano Pasquel, Alfonso.
Fundamentos del derecho penal / Alfonso Zambrano Pasquel. -- Edición Gustavo Ibáñez Carreño. -- Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2020.
304 páginas; 24 cm.
ISBN 978-958-791-190-9
1. Derecho penal - Colombia 2. Derecho penal - Fundamentos - Colombia 3. Penas (Derecho penal) 4. Colombia - Derecho constitucional. I. Ibáñez Carreño, Gustavo, editor. II. Tít.

343.0986 cd 22 ed.
A1654910

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

© **Alfonso Zambrano Pasquel**

© **Grupo Editorial Ibáñez**
Carrera 69 Bis Nº 36-20 Sur
Teléfonos: 2300731 - 2386035

Librería
Calle 12 B No. 7-12. L. 1
Tels: 2847524 – 2835194
Bogotá, D.C. – Colombia
www.grupoeditorialibanez.com

ISBN: 978-958-791-190-9

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982.

Diagramación electrónica: *Yaneth Guarín A.*
Diseño de portada: *David Andrés Cortes A.*

Esta obra está dedicada con sobra de merecimientos, a un destacado baluarte del Pensamiento Penal Crítico Iberoamericano, al Prof. Dr. D. Juan Fernández Carrasquilla. Eximio y erudito penalista, extraordinario académico y gran defensor del garantismo penal.

Con invariable admiración y permanente aprecio.

Prof. h. Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, MSc

Prólogo

El doctor Alfonso Zambrano Pasquel en su obra *"Fundamentos del Derecho Penal"* luego de hacer un deslinde del concepto del derecho penal en sentido objetivo, el delito y la pena, nos conduce a los principios limitadores del derecho penal y en ellos, profundiza respecto al principio de mínima intervención penal que en su criterio, no debe significar impunidad sino la contracción al máximo del sistema penal, y su utilización como recurso extremo y a falta de otras respuestas.

En tal sentido podemos señalar que es subsidiario porque su legitimación depende solo de que entre en juego en defecto de los otros recursos jurídicos del Estado, al no bastar los controles extrapenales, ya que el derecho penal debe actuar solo en último lugar como última razón *(última ratio)*. Por su enorme gravedad o daño, la sanción penal no solo ha de ser el último recurso jurídico, sino también el último o extremo recurso social. No se trata de llenar las codificaciones penales de delitos maximizando esta área del derecho, existen otros controles diversos de índole cultural y formal extrapenal, que permiten alejar al derecho penal cuando, el conflicto, es posible llevarlo a otras instancias judiciales o cuando puede ser absuelto, en forma prejudicial, a través de la conciliación, por ejemplo. También se debe propiciar que se aplique la pena mínima necesaria para evitar la violencia institucional excesiva que se aleje de su estructura ontológica de ser un instrumento extremo y, por su gravedad, de última intervención, dejando solo para delitos muy graves la pena de prisión y utilizar otras sanciones que no implique la pérdida de la libertad, como la multa o el trabajo social.

El principio de necesidad de la intervención tiene diferentes proyecciones. El derecho penal ha de entenderse como última razón, esto es: solo debe recurrirse a él cuando los demás controles formales o informales han fallado. La gravedad del control penal como el ejercicio de la violencia estatal, impone que solo se considere como última instancia. La instancia penal interviene solo cuando la protección de bienes jurídicos resulta insuficiente al aplicar las medidas propias de otras ramas del ordenamiento jurídico, como la administrativa, laboral o comercial, entre otras.

Estrechamente vinculado a este principio está el carácter fragmentario del derecho penal. Dada la gravedad no es posible utilizarlo frente a toda situación, sino solo respecto a hechos muy determinados y específicos, pues los ciudadanos no pueden vivir bajo la amenaza penal constante en todas sus actividades sociales. De ahí que se procure simplificar la parte especial de los códigos penales. Lo anterior significa una clara tendencia a la descriminalización de conductas. El derecho penal tutela los bienes jurídicos fundamentales frente a los ataques más gravosos o peligrosos.

Lo anterior se deriva del fundamento mismo de la existencia del *ius puniendi* que no es otro que el de la necesidad de protección de la sociedad. Esta protección se ejerce por medio del sistema penal, cuando este es estrictamente necesario y cuando los demás controles no fueron efectivos y este se justifica en la medida en que proteja bienes jurídicos fundamentales para la convivencia.

Otro de los aspectos que nos enseña el profesor ZAMBRANO PASQUEL es lo relativo a la importancia del bien jurídico lo que permite, como bien lo señala en su obra, llegar al convencimiento racional de cuál debe ser la intensidad de la respuesta penal, vale decir el monto de la pena imponible. Parece lógico que la calidad del bien jurídico determine su protección penal, y la intensidad de la respuesta penal debe estar relacionada con la gravedad de la afectación del bien jurídico y nos advierte que la protección penal de los bienes jurídicos es un problema de política criminal y los procesos de criminalización primaria responden a procesos históricos que no son fijos sino cambiantes.

Toda razón le asiste al doctor ZAMBRANO, el bien jurídico se torna en un aspecto neural del derecho penal al punto que si se le confiara otra premisa esencial al derecho penal que lo deslinda de las otras ramas del ordenamiento jurídico, se debe hacer referencia a su signo fragmentario, ya que en él solo se protegen los más relevantes bienes y valores sociales frente a los ataques graves que son intolerables, y que constituyen el supremo garantizador de lo que se ha denominado los bienes jurídicos. Es un fragmento del todo, en el que encontramos los derechos, deberes y bienes que permiten la coexistencia social.

Este principio de exclusiva protección de bienes jurídicos fue el punto central en las discusiones de las dos últimas décadas del siglo XX, orientadas a reformar el derecho penal con el fin de obtener la mayor despenalización de conductas. A través de la teoría del bien jurídico es posible precisar claramente qué es lo que protege el derecho penal. Se ha planteado entonces que la intervención del Estado solo es necesaria cuando se trata de la protección de bienes jurídicos. Así el bien jurídico se constituye en un límite de índole sustancial en la intervención punitiva del Estado, al prohibir establecer penas que no tengan como fundamento su existencia y delitos cuyo objeto de prohibición no sea una conducta que lo lesione o ponga en peligro.

En la obra que el lector tiene en sus manos, hace un estudio detallado y preciso de los principios que contienen el poder punitivo y son los fundamentos de un derecho penal garantista. Quisiera detenerme en el principio de culpabilidad que deviene del *apotegma nulla poena* sine culpa, no hay delito sin culpabilidad. Significa lo anterior que la culpabilidad es el fundamento necesario de la pena por el hecho. A este enunciado se le conoce como principio de la responsabilidad subjetiva, en oposición a la responsabilidad objetiva, que se contenta solo con la realización física de la conducta o la causación material del resultado, sin tener en cuenta para nada la voluntad de la persona.

Como se ha indicado por la doctrina, se debe distinguir el principio de culpabilidad del concepto de culpabilidad, pues todo principio lleva inherente un aspecto ético y político como ideales de un orden y, el concepto de culpabilidad desde la dogmática, es parte de la estructura del delito y su contenido depende del enfoque o escuela del delito en la que se inscriba.

La base del principio de culpabilidad está en la dignidad humana como principio fundante del Estado social y democrático de derecho, debido a que históricamente el derecho penal, ha sido visto con razón como un poder al cual se le deben señalar e indicar límites basados en principios y axiomas que garanticen los derechos del individuo que ha incursionado en el ámbito del derecho penal.

Este principio de culpabilidad que proscribe toda forma de responsabilidad objetiva, resalta la idea de la motivación presente en la culpabilidad pues se evidencia que, quien tuvo la capacidad y poder de actuar de otro modo –atendidas las específicas circunstancias modales, espaciales y temporales– y no lo hace, se erige en necesario el reproche jurídico penal. Así entonces, la culpabilidad se torna en el fundamento de la pena que solo es posible imponerla a quien le es exigible un comportamiento distinto al que realizó y por ello se le hace un juicio de reproche.

Las principales funciones del principio de culpabilidad lo afirma Fernández Carrasquilla son las siguientes, partiendo de su visión como fundamento y límite de la responsabilidad jurídico-penal y por tanto de las penas y medidas de seguridad: Exigir en forma perentoria y universal de responsabilidad subjetiva: limitación de la responsabilidad criminal, en todos los casos y sin posibilidad de excepción, a lo que el agente conoce, decide y puede controlar. Excluir toda y cualquier forma de responsabilidad objetiva, sin culpabilidad o por la mera causación material del resultado externo. Otorgar relevancia eximente a todo error esencial y por tanto admitir la excusa del error de derecho como excluyente de la culpabilidad dolosa, con la posibilidad de incriminar como delito culposo. Dirigir la responsabilidad penal exclusivamente a las lesiones tipificadas de bienes jurídicos. Diferenciar la reacción penal frente a imputables [penas] e

inimputables [medidas de seguridad]. Reforzar el criterio de la responsabilidad entre la gravedad del injusto material del hecho y la gravedad de la pena imponible. Establecer escalas diversas de punibilidad en atención al grado de participación interna del agente [dolo, culpa o preterintención]. Posibilitar que la ley prevea formas agravadas o atenuadas de culpabilidad y por consiguiente de punibilidad, entre otros [FERNÁNDEZ, 1998: 313-315].

ZAFFARONI enseña que el principio de culpabilidad como de exclusión de la imputación por la mera causación del resultado y de exigibilidad: "Pese a ser contrapartida necesaria e inescindible del principio de lesividad, el principio de culpabilidad es el más importante de los que se derivan en forma directa del Estado de derecho, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona. Imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena solo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una cosa causante". [ZAFFARONI, 2000:132].

Este postulado ha sido reiterado por la doctrina y la jurisprudencia colombiana (Sentencia C-181 de 2016) que en particular señaló: "La culpabilidad es aquel juicio de reproche sobre la conducta del actor que permite imponer una sanción penal a su acción típica y antijurídica. Tiene como fundamento constitucional la consagración del principio de presunción de inocencia y el avance hacia un derecho penal del acto, conforme al artículo 29 Superior. En ese sentido, el desvalor se realiza sobre la conducta del actor en relación con el resultado reprochable, más no sobre aspectos internos como su personalidad, pensamiento, sentimientos, temperamento entre otros. Conforme a lo anterior, está proscrita cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues la base de la imputación es el juicio de reproche de la conducta del sujeto activo al momento de cometer el acto".

La obra que tengo el honor de prologar, nos conduce a un derecho penal de mínima intervención, protector de los derechos humanos y crítico del poder punitivo. Es así que debo resaltar la impecable conexión que el autor hace con la criminología y los procesos de criminalización primaria y secundaria, para mostrarnos la necesidad de una *Aproximación Crítica Al Ius Puniendi*. Pero no que queda allí, nos invita a un paso más allá, a que es urgente el referente Histórico en el Contexto Latinoamericano y es un orgullo patrio que haga referencia a su apreciado amigo el Profesor ALFONSO REYES ECHANDÍA quien fue mi maestro en la Maestría de Derecho Penal y Criminología en la cual presencié su última clase con la que terminaba el curso en noviembre de 1985, un día antes del holocausto del Palacio de Justicia en mi país. Aún resuena en mis oídos su última frase en la que anhelaba que un día el derecho penal no fuera necesario, que desapareciera pero ese día, como nos lo dijo: "no lo verán mis hijos, ni los hijos de mis hijos pero tal vez sí, los hijos de los hijos de mis hijos".

Su obra discurre por la teoría del delito en cada uno de sus categorías dogmáticas y continua con la política criminal del siglo XXI para centrarse en una visión actual en la que hace una invitación a seguir los senderos de Zaffaroni para desarrollar una política criminal de los derechos humano y nos llama la atención a la necesidad de: "Desarrollar un plan de política criminal que es casi desconocido por todos los gobiernos y que no forma parte generalmente de ningún plan de gobierno. Esto explica que se busquen solamente respuestas represivas sin medidas de prevención". Y termina su obra haciendo una introducción de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

El Prof. h. Dr. Alfonso Zambrano Pasquel. Msc, es abogado graduado en 1973 en la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil, y doctor graduado en 1979 en la misma Universidad. Desde hace 40 años es docente en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. En su larga carrera académica se ha desempeñado como profesor de derecho penal parte general y parte especial, profesor de derecho procesal penal, de criminología y de política criminal. Es autor de 43 libros con este son 44 libros, y otros que están en prensa. Publicados: 37 en Ecuador, 5 en Perú y 2 en Argentina, que abarcan las materias en que ejerce la docencia, y el derecho constitucional y sistema interamericano de derechos humanos. Tiene estudios de posgrado en Derecho Constitucional.

Ha sido conferenciante invitado como académico y docente en diversas universidades del Ecuador y en varios países latinoamericanos. Es autor de un Código Penal para Ecuador (1995), y coautor del Código de Procedimiento Penal del 2000, con los doctores Edmundo Durán Diaz (+) y Walter Guerrero Vivanco. Ha sido consultor del ILANUD de NN.UU y de la OEA en el tema lavado de activos. Es miembro de número de la Sociedad Mexicana de Criminología, de la Cámara Alta Latinoamericana de Juristas y Expertos en Ciencias Penitenciarias, con sede en Brasil, y miembro de la Sección Boliviana de Ciencias Penales. Profesor Honorario de las Universidades Inca Garcilaso de la Vega y de la Autónoma de Perú.

Podría extenderme mucho más en la presentación del profesor Zambrano a quien le profeso un gran afecto por su dedicación a la difusión del saber penal y admiro por su disposición a las redes sociales en las cuales los lectores pueden tener un acercamiento a sus ideas, en la página web www.alfonsozambrano.com, la misma que tiene un acceso directo a un canal en YOUTUBE, con más de 100 vídeos, fuera de su cuenta en el Facebook y en twitter.

Gloria Bernal Acevedo
Abogada penalista y escritora
Colombia. Bogotá, marzo de 2019.

Contenido

PRÓLOGO 9

INTRODUCCIÓN 21

EL DERECHO PENAL OBJETIVO 25

OTRAS APROXIMACIONES AL DERECHO PENAL OBJETIVO. DELITO. PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD 29

EL DELITO 29

LA PENA 33

LA TEORÍA AGNÓSTICA DE LA PENA 43

PRETENDIENDO UN BREVE RECUENTO 47

LA PENA NATURAL 55

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD 59

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD PREDELICTUALES Y POSDELICTUALES 63

PENA Y EJECUCIÓN PENITENCIARIA 65

CAMBIO IMPORTANTE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS 69

LA LLAMADA DOCTRINA PAROT EN ESPAÑA 70

NÚCLEO DE LA DOCTRINA PAROT 70

RECURSO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH) 71

PRIMERA RESOLUCIÓN DEL TEDH 71

ESTIMACIÓN DEL RECURSO CO.NTRA LA DOCTRINA PAROT POR LA GRAN SALA DEL TEDH 71

PUESTA EN LIBERTAD DE INÉS DEL RÍO 72

EXCARCELACIONES POSTERIORES A LA DEROGACIÓN 72

LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL DERECHO PENAL 75

PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL Y DERECHO PENAL MÍNIMO 76

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD 77

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL, Y LEY PENAL 77

DOS CONCLUSIONES PRELIMINARES 80

EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL 80

LA SUBSIDIARIEDAD DEL DERECHO PENAL 80

LA RELATIVA DEPENDENCIA DEL DERECHO PENAL Y NORMAS PENALES EN BLANCO 81

LA DUPLICIDAD DE SANCIONES 82

LA JUSTICIA PENAL INDÍGENA Y EL *NON BIS IN IDEM* 83

SECCIÓN SEGUNDA JUSTICIA INDÍGENA 84

LA IMPORTANCIA DEL BIEN JURÍDICO 85

LA GRAVEDAD DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO 86

DERECHO PENAL MÍNIMO VS. DERECHO PENAL MÁXIMO 87

INFLUENCIA DEL PENSAMIENTO DEL PROF. LUIGI FERRAJOLI 92

EN DEFENSA DE UN DERECHO PENAL MÍNIMO 93

CON RESPECTO AL ABOLICIONISMO Y JUSTIFICACIONISMO PENAL 94

HACIA LA CONTENCIÓN DEL PODER PUNITIVO 98

PROPUESTAS DE UN DERECHO PENAL GARANTISTA 99

PRINCIPIO DE LEGALIDAD 104

EL CASO KIMEL VS. ARGENTINA 106

PRINCIPIO DE LEGALIDAD FORMAL 108

PRINCIPIO DE MÁXIMA TAXATIVIDAD LEGAL
E INTERPRETATIVA 112

LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL COMO PRINCIPIO DERIVADO
DE LA LEGALIDAD Y DEL ESTADO DE DERECHO 115

LEYES ANÓMALAS DESINCRIMINATORIAS Y
MÁS BENIGNAS 118

EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD 118

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD MÍNIMA 119

PRINCIPIO DE INTRASCENDENCIA (TRASCENDENCIA MÍNIMA) 120

PRINCIPIO DE HUMANIDAD 121

PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE LA DOBLE PUNICIÓN 122

PRINCIPIO DE BUENA FE Y *PRO HOMINE* 123

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD (DE EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN
POR LA MERA CAUSACIÓN DEL RESULTADO Y DE EXIGIBILIDAD) 125

PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD 127

**ESTADO CONSTITUCIONAL Y CÓDIGO ORGÁNICO
INTEGRAL PENAL** 133

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA 134

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS 135

CRIMINOLOGÍA Y PROCESOS DE CRIMINALIZACIÓN 139

INTENTANDO UNA NUEVA APROXIMACIÓN 142

PROCESOS DE CRIMINALIZACIÓN Y EJERCICIO DEL PODER 146

APROXIMACIÓN CRÍTICA AL *IUS PUNIENDI* 148

BREVE CRONOLOGÍA DEL TERRORISMO 152

DERECHO PENAL Y CULTURA DE LA EMERGENCIA 153

NECESARIO REFERENTE HISTÓRICO EN EL CONTEXTO
LATINOAMERICANO 158

EL CÓDIGO PENAL DE ECUADOR. BREVE SINOPSIS 160

EL CÓDIGO PENAL DE 1971, VIGENTE HASTA EL NUEVO CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL DEL 2014 162

ALGUNOS CONCEPTOS DE NUESTRA PROPUESTA 164

TEORÍA DEL DELITO Y EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL 167

LA EVOLUCIÓN DEL TIPO 169

LA ANTIJURIDICIDAD Y EL INJUSTO 170

ELEMENTOS DEL TIPO PENAL 171

SOBRE LA CULPABILIDAD 173

DEFINICIÓN DE DELITO Y CULPABILIDAD 174

BREVE REFERENCIA AL ERROR DE TIPO Y AL ERROR DE PROHIBICIÓN 177

TEORÍA DEL DELITO Y PROCESO PENAL 179

EL CASO DE UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD MENTAL (INIMPUTABLE) 180

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL 181

FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS DE LA PRESCRIPCIÓN 183

LA PRESCRIPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO PENAL ECUATORIANO 188

CONCLUYENDO 188

LA POLÍTICA CRIMINAL DEL SIGLO XXI. QUO VADIS? 193

UNA VISIÓN HISTÓRICA SOBRE LA POLÍTICA CRIMINAL 196

HACIA UNA VISIÓN ACTUAL DE LA POLÍTICA CRIMINAL 198

ALGUNAS PROPUESTAS DE POLÍTICA CRIMINAL 200

DE LA POLÍTICA CRIMINAL A LA POLÍTICA CRIMINOLÓGICA 202

HACIA UN PLAN DE POLÍTICA CRIMINAL 203

APUNTES SOBRE POLÍTICA CRIMINAL JUVENIL 206

LA JUSTICIA PENAL ADOLESCENTE 211

LOS ADOLESCENTES DEBEN TENER DERECHO A UNA JUSTICIA ESPECIALIZADA 211

LA EDAD MÍNIMA DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE 212

EL MANDATO DE LA JUSTICIA PENAL ADOLESCENTE..... 213

DIFERENCIA ENTRE EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL
PARA ADULTOS Y LA JUSTICIA PENAL ADOLESCENTE 213

TIPO DE GARANTÍAS QUE ESTABLECE LA JUSTICIA
PENAL ADOLESCENTE..... 214

LA REMISIÓN DE CASOS EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL..... 214

TIPO DE SANCIONES QUE SUGIERE LA JUSTICIA
PENAL ADOLESCENTE..... 214

LA RECLUSIÓN EN UN CENTRO DE CUMPLIMIENTO
ES UNA SANCIÓN DE CARÁCTER EXCEPCIONAL 214

EL CASO DE ECUADOR 215

LA IMPUTACIÓN OBJETIVA 220

EL PROF. CLAUS ROXIN. LA TEORÍA DEL RIESGO PERMITIDO..... 221

EL PROFESOR GUNTHER JAKOBS. LA TEORÍA DE LOS ROLES..... 228

EL PROF. GIMBERNAT ORDEIG. CURSOS CAUSALES
IRREGULARES E IMPUTACIÓN OBJETIVA..... 239

LA TEORÍA DEL AUTOR MEDIATO DEL PROF. CLAUS ROXIN..... 244

REQUISITOS DE LA AUTORÍA MEDIATA..... 247

LA POSICIÓN DEL PROF. CLAUS ROXIN..... 249

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.... 261

ALGUNAS REFLEXIONES DEL PROF. KLAUS TIEDEMANN 260

AUTORÍA DE LA EMPRESA Y VIOLACIÓN DEL DEBER DE VIGILANCIA 264

UNA APROXIMACIÓN ACTUAL..... 266

EL PROFESOR CLAUS ROXIN Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS
PERSONAS JURÍDICAS..... 267

DEL DERECHO ADMINISTRATIVO AL DERECHO PENAL 267

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS
EN ESPAÑA..... 270

ALGUNAS CARACTERÍSTICAS 271
CRITERIOS NORMATIVOS DE IMPUTACIÓN 272
LA VERTIENTE OBJETIVA DEL TIPO PENAL 272
LA VERTIENTE SUBJETIVA DEL TIPO PENAL 273
EL *NUMERUS CLAUSUS* 275
ALGUNAS REFLEXIONES CON RESPECTO A LA SENTENCIA DEL 29 DE FEBRERO DEL 2016 EN ESPAÑA 277
LO QUE DICEN LOS MAGISTRADOS EN ESTA SENTENCIA 278
DIFERENCIA CON LAS SOCIEDADES "PANTALLA" 278
QUIÉNES PUEDEN SER SANCIONADOS 279
LAS SANCIONES APLICABLES POR ESTE DELITO 280
LAS PROPUESTAS DEL PROFESOR JUAN BUSTOS RAMÍREZ 281
LAS REFLEXIONES DEL PROFESOR DAVID BAYGUN 285
RESPONSABILIDAD SOCIAL. CATEGORÍA COMPLEJA 287
EL CASO DE ECUADOR 289
LOS DELITOS EN QUE PUEDEN INCURRIR LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ECUADOR 292

BIBLIOGRAFÍA 295

Introducción

Se afirma que el Derecho Penal tiene como misión o fin la protección de la sociedad[1]. El hecho cierto es que la convivencia en sociedad se desarrolla a base de una pluralidad de reglas que forman lo que conocemos como el *orden social.* Hay un conjunto de mecanismos de control social que provienen de distintos sectores como la escuela, la Iglesia, la misma familia, la empresa, la profesión, los grupos sociales etc., pero el más importante control social se ejerce mediante la Justicia Penal. El *orden social* se refuerza en mucho con el llamado *orden jurídico,* podemos incluso manifestar que el titular del orden social previo es la sociedad, y que el titular del orden jurídico creado para desarrollar o cumplir un plan es el Estado. El Derecho Penal busca asegurar la inquebrantabilidad del orden jurídico por medio de la coacción estatal, en la forma más grave o severa que es el ejercicio des *ius puniendi* (aplicación de las penas y de las medidas de seguridad)[2].

El Derecho penal es uno de los *medios de control social* que se distingue de los *informales* antes mencionados porque es un control *jurídico* altamente *formalizado* que busca evitar determinados comportamientos considerados como lesivos e indeseables y calificados como *delitos*, acudiendo a la imposición de sanciones que están constituidas por *penas* y *medidas de seguridad* que son las más graves. Este control está *monopolizado por el Estado* y para tratar de evitar un ejercicio abusivo de ese enorme poder, desde la Revolución francesa se estima *necesario* establecer límites al ejercicio del *ius puniendi*. Se hace imprescindible un marco jurídico en el que existan normas legales claras, que deben determinar con precisión que conductas merecen ser calificadas como delitos, y que penas pueden sufrir quienes las realicen. Este límite se conoce como *principio de legalidad* y es una característica del carácter eminentemente formalizado del Derecho penal que lo distingue de otros medios de control social[3].

---

1 Jescheck, Hans- Heinrich. *Tratado de Derecho Penal,* Parte General, Volumen Primero. Bosch: Casa Editorial, Barcelona, 1981. p. 3.

2 H.H. Jescheck. Ob. cit. p. 4.

3 Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General.* Segunda Edición. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1985, Introducción, XXXVI.

La *garantía jurisdiccional* es también importante como complemento del *principio de legalidad* para tratar de preservar los derechos del ciudadano al que denominamos *justiciable,* pues aquí afirmamos la presencia de un *juez independiente e imparcial* (le agregamos probo y conocedor del derecho penal y de las garantías constitucionales) de la inviolabilidad del derecho a la defensa que incluye la presencia de un defensor de oficio o particular, de ser informado de la acusación que se le formula y que es el objeto jurídico del proceso penal, de un proceso público y sin dilaciones indebidas, de la utilización de medios de prueba lícitos, tanto en la acusación como en la defensa, el derecho de no declarar contra sí mismo, del respeto al principio de inocencia[4]. Hoy nos referimos a las garantías del *derecho al debido proceso* que incluyen el derecho al contradictorio, al non bis in ídem, al derecho de impugnación, a la obligatoriedad de la fundamentación de las decisiones que afecten los derechos del ciudadano, a la caducidad de la prisión preventiva, entre otros y que en Ecuador están previstas en la Constitución del 2008 en los artículos 75 (derecho a la tutela judicial), 76 (debido proceso), 77 (prisión preventiva y medidas sustitutivas), y en el Art. 5 del Código Orgánico Integral del 2014 que contiene los principios fundamentales del *proceso penal.*

El profesor Eugenio Raúl Zaffaroni dice que el mismo concepto de *derecho penal* es equívoco porque se lo toma como una parte del saber del derecho penal que es la *ley penal*, esto puede llegar a confundir el *derecho penal* que es el *discurso de los juristas* con la *legislación penal* que es sin duda un *acto del poder político* y en consecuencia se asimila el concepto de *derecho penal* con *poder punitivo*[5]. El derecho penal aparece como una suma de complejos normativos que habilitan una forma de coacción estatal que es el poder punitivo, que tiene sanciones diferentes a otras ramas del saber jurídico, que son las *penas.* El concepto de *derecho criminal* precedió al de *derecho penal* siendo uno de los argumentos legitimantes de la acepción más antigua, la afirmación de que ella era comprensiva de otras reacciones del poder punitivo diferentes a las *penas* que son *las medidas de seguridad*, esto hoy se ha superado y la denominación de *derecho penal* tiene inobjetable carta de ciudadanía.

El horizonte de proyección del *derecho penal* que debe abarcar las normas jurídicas que limitan el ejercicio del poder punitivo del estado en forma de pena, sería el universo que permita construir un sistema de comprensión que explique cuáles son las hipótesis y condiciones que permiten formular

---

4 Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General.* Segunda Edición… ob. cit. p. 68.

5 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General.* Buenos Aires: Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2000. p. 3.

el requerimiento punitivo (*teoría del delito*), y cuál es la respuesta que ante ese requerimiento debe proporcionar la función judicial correspondiente para determinar la responsabilidad punitiva. Hay tres preguntas fundamentales: ¿Que es el derecho penal? (Lo que nos lleva a estudiar la *teoría del derecho penal).* Que presupuestos se requieren para la habilitación de la pena? (esto nos conduce al estudio de la *teoría del delito).* Y, como debe responder la agencia judicial? (esto es la *teoría de la responsabilidad punitiva*).

Coincidimos con el profesor Zaffaroni en que todo saber requiere una definición previa a la delimitación de su horizonte que nos permita el control de su racionalidad. Con esto se busca un límite estructural del saber humano que es necesario advertir antes de pretender una definición de una materia muy vinculada al ejercicio del poder político, como es el derecho penal. La estrecha e íntima relación del poder (político) con el derecho penal (como forma del saber jurídico) permite incluso encontrar razones para la intensidad del ejercicio del *poder punitivo.* Nos parece valedero admitir que *el derecho penal es la rama del saber jurídico que mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho*[6]. Se llega incluso a afirmar que es un mecanismo indispensable de defensa social, que recoge, encausa y limita la reacción instintiva y primitiva de la sociedad[7].

El profesor Juan Bustos Ramírez aborda los problemas del Derecho penal según sus propias expresiones, *desde un punto de vista político criminal crítico*, pues se debe concebir el Derecho penal no como una cuestión puramente conceptual, sino antes que nada como una expresión concreta del control que ejerce el Estado sobre los ciudadanos. El sistema penal es siempre un aspecto del poder político en el Estado, y por tanto su análisis no puede ser ajeno a esta realidad[8].

---

6 Zaffaroni, E.R.ob. Cit. p. 4.

7 Alban Gomez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano,* Tomo I, Parte General, 1ra. Edición. Quito: Ediciones Legales, 2015. p. 6.

8 Bustos Ramírez, Juan. *Manual de Derecho Penal Español. Parte General,* 1ª edición. España:1984, Editorial Ariel S.A., en el Prólogo.

El derecho penal objetivo

Podemos admitir que el *Derecho penal objetivo* hace referencia al *derecho penal* y a su relación con el *control social*, que cuando nos referimos a los *instrumentos del control jurídico-penal* nos dirigimos al *Derecho penal material* y al *Derecho procesal penal*. En el estudio de la *norma jurídica penal* apreciamos su estructura y dentro de ella la diferenciación entre *normas penales incompletas* y *normas penales en blanco*.

El Derecho penal puede ser concebido desde un punto de vista objetivo, es decir como sistema normativo, y desde un punto de vista subjetivo en el que debe ser apreciado como potestad del Estado. El *Derecho penal objetivo* es *aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características del hecho delictivo e individualiza al sujeto que lo realizó al que le impone por su hecho una pena y/o medidas de seguridad*[1]. El *Derecho penal objetivo* tiene una finalidad de carácter sistemático, se propone dar un desarrollo y explicación coherentes y racionales con pretensión de validez universal a las reglas jurídicas que se refieren al sujeto responsable de un delito, y a las penas y medidas de seguridad. Uno de los aspectos fundamentales del Derecho penal es el que se refiere a su *estructura normativa*, esto es a la naturaleza y carácter de las reglas jurídicas[2].

Por su posición crítica el profesor Bustos Ramírez nos recuerda que las penas y/o las medidas de seguridad no se imponen a hechos sino a sujetos, por lo que el Derecho penal no puede quedar reducido a la Teoría del delito y a la pena. El sujeto responsable de un delito es importante y debe ser bien entendido el concepto y la relevancia de la *culpabilidad*, por eso destaca la necesidad de una separación metodológica entre *delito* y *delincuente*.

El profesor Francisco Muñoz Conde expresa que *norma*, *sanción* y *proceso* son conceptos fundamentales e inherentes a todas las formas de control social. El *Derecho penal material* está constituido por el estudio de las normas, de las conductas que las infringen y de las sanciones que se les deben aplicar. Para sistematizar su estudio nos referimos a un *Derecho Penal Parte*

---

1 Bustos Ramirez, Juan. *Manual de Derecho Penal Español. Parte General…* ob. cit. p. 5.

2 Bustos Ramirez, Juan. *Manual de Derecho Penal Español. Parte General…* ob. cit. p. 6.

General y un *Derecho Penal Parte Especial.* En el primero estudiamos los Fundamentos Generales de la materia: la norma jurídico-penal, su estructura, contenido y función, así como los principios que la inspiran, sus fuentes y límites de vigencia temporal, espacial y personal. Luego abordamos el estudio de la *Teoría General del Delito* como infracción normativa específicamente penal, con sus elementos integrantes y formas de aparición *comunes* a cada una de las particulares infracciones delictivas, y culmina el estudio de la *Parte General* examinando las *Consecuencias Jurídicas del Delito,* es decir el estudio de las penas y de su forma de ejecución[3].

En la *Parte Especial* nos referimos y estudiamos los delitos en particular, como homicidios, violaciones, estafas, defraudaciones, delitos medioambientales, delitos económicos, etc., podemos decir por de pronto que en la *Parte Especial* la norma penal tiene un *supuesto de hecho* (descripción del acto típico y antijurídico) y una *consecuencia jurídica* (la pena o medida de seguridad que debe imponerse). La forma como se constata o se prueba la infracción de una norma penal en un caso concreto y se imponen las sanciones aplicables es mediante un *proceso penal* que es el objeto de estudio del *Derecho Procesal Penal.*

Cuando la norma penal de la *Parte Especial* tiene muy bien delimitado el *supuesto de hecho* (el acto típico y antijurídico o injusto penal), y la *sanción jurídica* (pena o medida de seguridad) nos encontramos con una *norma penal completa*, pero en ocasiones la norma penal solamente tiene el *supuesto de hecho* y falta la *consecuencia jurídica* que debe ser encontrada en otro artículo del código penal o en una norma extrapenal. Esto da paso a lo que se conoce como *normas penales incompletas* y las *normas penales en blanco.* Con respecto a las *normas penales incompletas*, podemos citar como ejemplo el homicidio que describe una conducta y dice *la persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años* (el homicidio del Art. 144 del COIP), sin que sea necesario que la norma diga *siempre que no concurra una causa de justificación*, porque esta se encuentra en el plexo normativo de la estructura del delito y de la *antijuridicidad*. Lo mismo podemos decir si una norma jurídica dice que si la pena es de x años, se le impondrá la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Esta disposición que contiene la sanción se complementa con la norma que contiene la inhabilitación, es un complemento del supuesto de hecho, pero no el hecho mismo[4].

---

3 Muñoz Conde, Francisco y Garcia Aran, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General,* 9na. Edición, Tirant Lo Blanch, 2015. p. 33- 34.

4 Muñoz Conde, Francisco … en ob. Cit. p. 38 y 39.

Las llamadas *nomas penales en blanco* se remiten a otras ramas incluso del ordenamiento jurídico. Son característica de materias complejas y en ocasiones peligrosas, como las que tienen que ver con la salud, el medio ambiente, el orden económico, que están fuertemente condicionadas por circunstancias histórico – sociales concretas. El supuesto de hecho consignado en la norma extrapenal, pertenece a la norma penal pues es su complemento[5] y es indispensable para la aplicación de la norma penal de la *Parte Especial*. Se utiliza esta técnica de remisión para no tener que someter la norma penal a un *proceso de permanente reforma.* Como ejemplo citamos el Art. 247 del COIP que se refiere a los delitos contra la flora y fauna silvestre y sanciona la depredación o afectación de *especies amenazadas, en peligro de extinción* y *migratorias, listadas a nivel nacional por la Autoridad Ambiental Nacional así como instrumentos o tratados internacionales ratificados por el Estado.*

El *Derecho penal objetivo* es apreciado como un conjunto de normas jurídicas que asocian a la realización de un delito como presupuesto, la aplicación de penas y/o medidas de seguridad, como principales consecuencias jurídicas. Por *norma* se entiende a toda regulación de conductas humanas en relación con la convivencia. Tiene como base la conducta humana que pretende regular y su misión es la de posibilitar la convivencia entre los diferentes asociados. Como no son suficientes las *normas sociales* ha sido necesario recurrir a las *normas jurídicas* con un determinado grado de organización que tiene como característica la *sanción jurídica*. Para las afectaciones de mayor gravedad en razón de la lesión a *bienes jurídicos* que son *presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social,* recurre a la *norma jurídico penal* que es la de mayor severidad, por la consecuencia que es la *pena* o la *medida de seguridad*, de aquí surge la afirmación de que el Derecho penal protege *bienes jurídicos*[6].

---

5 Muñoz Conde, Francisco … en ob. Cit. p. 41.

6 Muñoz Conde, Francisco, en ob. Cit. p. 63.

Otras aproximaciones al derecho penal objetivo. Delito. Pena y medidas de seguridad

No se trata de un estudio de gran desarrollo sobre estos temas y en particular sobre el delito que es el núcleo central de este libro, pero debemos adelantar algunas ideas centrales.

EL DELITO

Resulta difícil referirnos al mismo al margen del Derecho penal positivo, pues una primera aproximación es admitir que el *delito es toda conducta sancionada con una pena* esta aproximación conceptual es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege* que impide considerar como delito lo que no esté previsto en el plexo normativo. No es suficiente quedarnos con un *concepto formal de delito,* sino que debemos estudiar su *contenido material* el mismo que debe ser comparado incluso con las concepciones materiales de delito no vigentes en la sociedad[7], para deducir las posibles consecuencias jurídicas sobre el concepto de delito que maneja el Derecho penal positivo si no coincide con la concepción dominante en la sociedad. Estas concepciones extrajurídicas cumplen una función *político-criminal* que puede llevar incluso a cambiar el concepto material de delito en el Derecho penal vigente. Se nos ocurre pensar en el tránsito de la concepción o escuela causal-explicativa al finalismo. O lo que presenta hoy como novedades temas como los de la *imputación objetiva* traída de vuelta por el *funcionalismo normativista moderno.*

Para decirlo de manera muy breve hay que recordar que la norma penal es un conjunto de expectativas. Cuando se prohíbe una determinada conducta se espera que los ciudadanos respeten esa prohibición (no matar, no robar, no violar, etc.) pero si se produce esa trasgresión se produce la reacción penal a través del ejercicio del *ius puniendi* y se impone una sanción que es su consecuencia. Se produce un *juicio de desvalor sobre el acto o conducta* por el cual vamos a comprobar que la manifestación de conducta se adecua en una *hipótesis típica*

---

7 Muñoz Conde, Francisco, en ob. Cit. p. 44.

y si no media una causa de permisión, por la inexistencia de una *causa de justificación* o de un *estado de necesidad* concluimos con el reproche del acto para afirmar que estamos en presencia de un injusto penal (conducta típica y antijurídica) que es objeto de la desaprobación. Hay otro *juicio de desvalor* o desaprobación que recae sobre el sujeto a quien se le imputa el *injusto típico*, para afirmar que hay lugar a un juicio de reproche que se le hace al autor del hecho, lo cual se cumple mediante lo que llamamos *juicio de culpabilidad*.

En el *desvalor del acto* estudiamos a la manifestación de conducta que puede estar constituida por una acción por una omisión (propia e impropia), los medios, modos y situaciones que van a permitir la relación o nexo causal entre la conducta y el resultado. En el *desvalor del sujeto* o *juicio de culpabilidad* vamos a concluir si el autor estaba en condiciones psíquicas normal (no es un inimputable), si tenía capacidad para comprender la criminalidad del acto (conocimiento y compresión de la antijuridicidad) para determinarse de acuerdo con esa comprensión, y si en el caso concreto podía actuar de otro modo, vale decir si la conducta esperada le era exigible. Cuando se trata de los enfermos mentales para que se produzca el internamiento en un hospital psiquiátrico, no es necesario que se produzca el *reproche de culpabilidad* pues es suficiente que el hecho sea además de típico, antijurídico para que se repute la comisión de un delito, como lo hemos sostenido desde hace más de tres décadas[8], y que es admitido por autores como Henry MAURACH, Francisco MUÑOZ CONDE[9], Diego LUZÓN PEÑA, Juan BUSTOS RAMÍREZ y otros.

Juan BUSTOS RAMÍREZ desde 1984 se había pronunciado en su *Manual de Derecho Penal* que el primer elemento del delito es la *tipicidad* el mismo que puede revestir la forma de una acción o de una omisión, que no hay una sola estructura delictiva sino cuatro diferentes, porque hay una para los tipos de acción y otra para los tipos de omisión, y dentro de estos hay que distinguir los tipos dolosos y los culposos. En la base del injusto está el bien jurídico, que es el que le da significado a cada uno de los elementos del injusto, en consecuencia también al comportamiento (acción u omisión) vinculante típico. *Frente a la situación típica y antijurídica, la culpabilidad ya no dice relación con la situación misma que ataca el orden jurídico, sino con una consideración en relación al sujeto de esa situación. En la culpabilidad se enjuicia al sujeto. En el delito se valora una situación, pero no al sujeto. Por eso hay que distinguir entre el ámbito del injusto o delito y del sujeto responsable que se rige por principios completamente diferentes a los del injusto*[10].

---

8 ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *Manual de Derecho Penal,* offset graba, 1ra. Edición, 1984, 2da. Edición, Edino, 1995, 3ra. Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones 2008, *Derecho Penal. Parte General,* Ara Editores, Perú, 2006.

9 MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit. p. 45.

10 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras Completas,* Tomo I. Perú: Ara, 2005. p. 778.