

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

La aplicación de la teoría del delito en las sentencias condenatorias emitidas dentro del procedimiento directo del año 2016 por los jueces de la Unidad Judicial Penal del cantón Riobamba

Juan Carlos Paca Padilla

Tutor: Richard Ítalo Villagómez Cabezas

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Juan Carlos Paca Padilla, autor de la tesis intitulada “La aplicación de la teoría del delito en las sentencias condenatorias emitidas dentro del procedimiento Directo del año 2016 por los jueces de la Unidad Judicial Penal del cantón Riobamba”, mediante el presente documento dejo expresa constancia de que la presente obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos propios de la reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante treinta y seis meses, a partir de mi graduación, pudiendo la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital u óptico, en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital.

17 de mayo de 2019.

Firma:.....

Resumen

La teoría del delito sistema de límite y contención del ejercicio del poder punitivo y garantía del derecho ambulatorio de las personas, agrupa de manera sistemática y metodológica la categoría de conceptos en los cuales se sustenta la responsabilidad penal de un individuo, instrumento conceptual que permite la aplicación de la ley penal abstracta al caso concreto de manera racional; así, el Código Orgánico Integral Penal establece estos elementos en condicionantes para la determinación del delito, lo que conlleva a que las categorías dogmáticas del delito es requisito *sine quanon* en la fundamentación de la sentencia, facilitando además el control de la actividad jurisdiccional evitando la arbitrariedad en la toma de decisiones.

De acuerdo al art. 13 num 1 del COIP que pragmatiza la visión constitucional de un derecho penal mínimo, se escoge la teoría constitucional del delito para el análisis de las sentencias condenatorias emitidas por los jueces de la Unidad Judicial Penal del cantón Riobamba dentro del procedimiento Directo, la misma que permite la vigencia y operatividad de los principios constitucionales, fuentes de la constitucionalización del derecho penal; por ello, en la praxis la aplicación debe estar reflejada en la motivación, más aún, en las sentencias condenatorias que son las más susceptibles de vulnerar derechos a los justiciables, análisis en la que se utiliza una investigación cualitativa, mediante la clasificación, tabulación e interpretación de los resultados a efectos de verificar su aplicación.

Consecuentemente en las sentencias analizadas, se observa la ausencia de la motivación, aplicación parcial y desordenada de la teoría del delito, no uso de la misma, simulación en su aplicación, discrecionalidad y arbitrariedad en la toma de decisiones, extensas resoluciones que no implica una motivación, uso de plantillas, citas normativas, fallos de instancias superiores que no contiene la pertinencia de su aplicación, lo que va en detrimento del debido proceso, tutela judicial efectiva, seguridad jurídica, derecho a la defensa y derecho a una sentencia motivada.

Palabras claves: delito, fundamentación, sentencia, acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Agradecimiento

Mi agradecimiento fraterno al Dr. Richard Ítalo Villagómez Cabezas, su conocimiento y dedicación permitió la culminación de este trabajo académico; al Dr. Ramiro Ávila Santa María, su orientación significó el inicio de la presente tesis; y, a los profesores del programa de la Maestría de Derecho Penal de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, por contribuir a mi formación profesional.

Dedicatoria

A mis padres: Miguel y Manuela, por inculcarme los valores de la humildad y honestidad, a mi amada cónyuge Karina por llenarme de felicidad; a mis hermanos por el incondicional apoyo moral, a mi hijo Matías Alessandro, rescoldo de afecto, continuación de mi ser y esperanza de un mañana, mi amigo y mi razón de vivir que me impulsa cada día a ser una mejor persona y lograr triunfos tanto en la vida personal como profesional.

Tabla de Contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero: Elementos dogmáticos y normativos que determinan el uso de la teoría del delito en las sentencias	15
1. Acercamiento al concepto de teoría del delito.....	15
2. Finalidad de la teoría del delito	16
3. La Teoría del Delito en el sistema penal ecuatoriano.....	18
4. Génesis de la teoría del delito.....	19
4.1. Causalismo clásico - naturalista	20
4.2. Causalismo neoclásico - neokantismo.....	22
4.3. El irracionalismo	23
4.4. Finalismo	25
4.5. Esquema funcionalista moderado teológico.....	27
4.6. Esquema de la teoría constitucional del delito	28
5. Regulación constitucional y legal que determina la aplicación de la teoría del delito en las resoluciones judiciales.....	30
6. Principios constitucionales que orientan aplicar la teoría del delito, desde la teoría constitucional del delito por sus particularidades.....	35
7. Categorías dogmáticas de la teoría constitucional del delito.....	40
7.1. Acto	40
7.2. Tipicidad.....	43
7.3. Antijuridicidad.....	51
7.4. Culpabilidad	54
8. Pena	57
Capítulo segundo: La Motivación como quehacer material, criterio de análisis y corrección de la motivación.....	59
1. Concepto de motivación	59
2. Importancia de la Motivación.....	60
3. Requisitos generales para una motivación válida que legitime el fallo desde la doctrina y la Corte Constitucional.....	62
4. Criterio de análisis de la motivación completa y válida.....	65
4.1 Motivación en relación a juicio	65

4.2 Motivación en relación a la decisión.....	66
5. Teoría de la argumentación jurídica.....	66
5.1 Que es argumentar - justificación interna y externa.....	67
6. Cómo analizar las argumentaciones.....	68
7. Cómo evaluar las argumentaciones.....	69
8. Cómo Argumentar.....	70
9. Criterios de corrección de la argumentación.....	71
10. Motivación y su relación con las categorías dogmáticas del delito.....	72
Capítulo tercero: Estudio de campo - análisis de las sentencias - jueces de la unidad judicial penal - durante el año 2016.....	75
1. Diseño de investigación.....	75
2. Métodos en la investigación.....	75
3. Técnicas e instrumentos empleados en la investigación.....	76
4. Población y Muestra.....	76
5. Análisis de las nueve sentencias condenatorias con determinación: aplicación o inaplicación de las categorías dogmáticas del delito.....	77
6. Representación Gráfica del resultado del análisis de las sentencias.....	99
7. Elementos adicionales de las sentencias analizadas.....	100
Conclusiones y Recomendaciones.....	103
Bibliografía.....	107

Introducción

De conformidad al artículo 172 de la Constitución de la República y los principios de: acto, legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, lesividad, necesidad, intrascendencia de la pena, mínima intervención penal, obligatoriedad de administrar justicia, garantías básicas del derecho al debido proceso, principios y garantías del libro preliminar del Código Orgánico Integral Penal, inmerso en ello, la finalidad del artículo 1 primera parte y presupuestos del art. 18 (finalidad de la teoría del delito) *ibídem*, art. 13 numeral 1 de la misma norma legal, es requisito *sine qua non*, la aplicación de la teoría del delito en la emisión de las sentencias y más aún en las condenatorias, desde la teoría constitucional del delito.

Dado que, la teoría del delito es un sistema metodológico y técnico que permite establecer la existencia del delito, cómo, cuándo, en qué medida se aplica la ley penal dentro de un caso concreto y su eventual sanción determinando su responsabilidad, por su doble funcionalidad de garante de los derechos de la libertad de las personas sometidas al proceso judicial; y, límite de la intervención del *ius puniendi*.

Así, el primer capítulo es un estudio de identificación dogmática y normativa de la aplicación de la teoría del delito en la motivación de las sentencias por los órganos jurisdiccionales desde la teoría constitucional del delito en función del rol que desempeñan, garantes del cumplimiento del ordenamiento jurídico establecido en el artículo 76 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

El segundo capítulo determina que la aplicación del sistema de hechos punibles se perfecciona en la garantía legal de motivación, a efectos de pragmatizar el derecho del acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de los justiciables, que estima prescindir la arbitrariedad, el decisionismo y que los casos no se resuelvan por intuiciones o valoraciones personales que le inspire el suceso y errores de lógica jurídica en su contenido; por lo que, es el signo más importante y típico de racionalización de la Función Judicial que legitima y da validez a la sentencia determinando que el silogismo jurídico no es suficiente para cristalizar esta garantía y a su vez visualiza cuando una sentencia no está motivada.

El tercer capítulo se enmarca en el análisis de las sentencias condenatorias emitidas dentro del procedimiento directo, la metodología, población, muestra y las técnicas de recolección de información utilizada; en virtud de que es una investigación de carácter documental, basado en material bibliográfico que determinan la inaplicación de la teoría del delito, las consecuencias negativas que ha generado su inobservancia en la legitimación irracional de la intervención estatal, violación de la garantía del derecho ambulatorio de las personas, utilización de plantillas, generalización escueta de la teoría del delito sin su análisis adecuado, arbitrariedad, discrecionalidad que albergada en resoluciones extensas, impertinencia de citas, normativa y de autores.

Las sentencias condenatorias se analizan en función de la teoría constitucional del delito con las variables (acto-tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) y de forma complementaria, si de la lectura realizada a la sentencia se entienden los hechos de que se trata, relacionada con la comprensión que debe tener el destinatario de la sentencia y con la característica de claridad; si el juez o jueza en cada caso construye los hechos probados en función de las variables ut supra.

Análisis que concluye con los porcentajes de las resoluciones que contiene la aplicación de la teoría del delito de forma incompleta, parcial, ausencia de la misma, esta última con determinación bajo qué presupuesto de punibilidad se ha emitido (ejercicio de subsunción legal), consecuentemente visualiza nuestra realidad procesal y deja aristas de su inaplicación para posteriores trabajos académicos a efectos de que investiguen del porqué de este fenómeno.

De esta forma se ha dado respuestas a las preguntas: ¿Qué es? ¿Cuál es su finalidad? ¿Por qué aplicar en las sentencias la teoría del delito acudiendo al plano dogmático y normativo desde la teoría constitucional del delito? ¿Si las sentencias condenatorias contienen el análisis de la teoría del delito o en función de qué presupuesto de punibilidad han sido emitidas, las consecuencias de su inobservancia? Y finalmente se determina las conclusiones y recomendaciones puntuales desde el punto de vista del suscrito.

Capítulo primero

Elementos dogmáticos y normativos que determinan el uso de la teoría del delito en las sentencias

1. Acercamiento al concepto de teoría del delito

A partir de la aplicación del derecho penal en atención a las garantías establecidas por el Estado constitucional, surgieron una variedad de interrogantes respecto a la necesidad de abordar criterios diferenciadores del delito, para responder de forma práctica la solución de los casos concretos, siendo así surge la conceptualización de un sistema armónico y coherente que permite establecer que es un delito, cómo, cuándo y en qué medida se aplica de manera racional la ley penal, la misma que disminuya la arbitrariedad y la incertidumbre para el acusado, así Zaffaroni define la teoría del delito como la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general y sus características.¹

Añádase a esto, Maggiore desde el punto de vista de su naturaleza expone un concepto respecto a ese carácter científico que se le adjudica: La teoría del delito es ciencia, con una estructura sistemática y una organización lógica que responde a criterios de rigurosa necesidad de que es delito, por lo que es la parte más delicada de la ciencia del derecho penal y a su vez la parte más controvertida;² así, la teoría del delito más que una ciencia en sí misma tiene los elementos característicos de un método científico.

En este orden de ideas Jiménez hace una conceptualización de la teoría del delito desde su desarrollo dogmático: “Es la parte general del derecho penal que [...] estudia

¹ Eugenio Zaffaroni, *Teoría del delito: Derecho Penal, Parte General*, 2ª edición (Buenos Aires: Ediar, 2000), 333.

² Giuseppe Maggiore, *Derecho Penal* (Bogotá: Temis, 1989), 268.

los elementos que integran o desintegran el delito, es el puente que une el mundo fáctico y el mundo normativo y piedra angular de la ciencia penal”.³

Así, pues, la teoría del delito es la parte del derecho penal general, conformada de un conjunto de sistemas y/o reglas sistematizadas que estudia tanto el origen como la evolución de las tendencias dogmáticas del delito y principalmente de los elementos que se componen, criterios de la determinación de la responsabilidad penal.

Por lo visto el sistema de hechos punibles es un conjunto de reglas ordenadas que sirven para afirmar o negar la existencia del hecho ilícito desde el análisis de la acción, base fundamental de la teoría del delito sobre el cual gira el análisis del sistema de hecho penal; superado los adjetivos tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad determinan la existencia o no del delito, por lo que es un orden para el planteamiento y resolución de los problemas que implica la aplicación de la ley penal a través de un método analítico.⁴

En suma, siendo un instrumento conceptual de determinación si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico penal previsto en la ley,⁵ ésta agrupa no sólo los elementos integradores del delito, sino que también la determinación de los grados de participación y las formas inacabadas del delito.

2. Finalidad de la teoría del delito

Bajo el criterio del carácter científico del derecho penal, la teoría del delito tiene la finalidad de operacionalizar la aplicación de la ley penal al caso concreto en garantía de los derechos de las personas sometidas al sistema penal, razón por la cual los autores concuerdan que la finalidad de la teoría del delito es práctica; por ello Bustos manifiesta: “son esencialmente prácticos. Se trata de ofrecer tanto al jurista como al operador jurídico, una propuesta metodológica, un modelo de análisis, que sirva para

³ Javier Jiménez Martínez, *Introducción a la Teoría General del Delito* (México: Ángel Ediciones, 2010), 72.

⁴ Enrique Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito* (Buenos Aires: Hammurabi, 2007), 194.

⁵ Hugo Sierra y Alejandro Cantaro, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 2ª edición (Bahía Blanca: EdiUNS, 2006), 143.

establecer si la relación de un hecho concreto acarrea una responsabilidad penal para sus autores”.⁶

Conste pues, que las categorías dogmáticas de delito, acción (neutro), tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, son condicionantes para el establecimiento de la responsabilidad penal, en atención a un sistema garantista del derecho penal, pues todo lo jurídico penalmente relevante del hecho probado es objeto de un riguroso análisis, posibilitando con ello la aplicación segura, calculable y racional del derecho a través de la teoría del delito,⁷ límite a la arbitrariedad judicial y fin al ejercicio arbitrario del poder punitivo del Estado en garantía del principio de inocencia en función de los sistemas teóricos del delito a efectuarse a través de la interpretación de la ley penal.

De ahí se infiere que el estudio de la ciencia del Derecho penal se justifica en su destino a la práctica, tal sentido alcanza únicamente en la medida en que puede influir en las distintas manifestaciones del que hacer de la ley penal, a decir su creación, especialmente su aplicación.⁸ Así, exponen Sierra y Cantaro: Las categorías dogmáticas del delito tiene también una finalidad práctica, a través de un método científicamente aprobado, establecer como han de fundamentarse las resoluciones judiciales en materia de aplicación de la ley penal⁹ por lo que su aplicación en emisión de las sentencias es requisito sine quanon, que evita la emisión de fallos de acuerdo a las valoraciones particulares del jugador eliminando la arbitrariedad y decisionismo en la toma de decisiones, cuya inobservancia implica que la punición o impunidad de la conducta ilícita no será la prescrita en la ley, sino cuestión de lotería.¹⁰

Desde luego, es de vital importancia para el proceso de fundamentación de la sentencia, en la que se distingue dos ámbitos, la dogmática jurídica que proporciona criterios para aplicar el derecho; y, la determinación de su uso por los juristas desde cualquier rol que desempeñen dentro del sistema judicial, así “La teoría del delito [...]”

⁶ Juan Bustos Ramírez, *Derecho Penal Parte General*, obras completas, volumen II (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2008), 563.

⁷ Enrique Gimbernat, *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas, 1976), 266.

⁸ Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 2ª edición (Montevideo: B de F, 2003).

⁹ Sierra y Alejandro Cantaro, *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*, 143.

¹⁰ Gimbernat, *Estudios de Derecho Penal*, 78.

modelo de análisis que facilita el entrenamiento (enseñanza del derecho) y el ejercicio de la actividad jurídica (decisión de los casos)” determina inexorablemente su aplicación por los sujetos procesales: Juez, fiscal y abogado; más aún, cuando “La teoría del delito tiene por función el procesamiento de la información fáctica y normativa que debe condicionar la decisión judicial”¹¹ en tal virtud, es una herramienta idónea para analizar y resolver la existencia o no del delito en la consecución del proceso penal frente a un hecho, aplicable desde cualquier rol que se tenga en el proceso penal.¹²

Por consiguiente, esta teoría busca en última instancia facilitar la resolución de los casos, proporcionando bases sólidas que sirvan de justificación de la decisión, prescindiendo de toda arbitrariedad a la hora de la interpretación de la ley penal, como a la hora del establecimiento de hechos probados, por lo que el sistema de hechos punibles es un requisito básico en la motivación de la sentencia puesto que de nada servirían si no es aplicado.

3. La Teoría del Delito en el sistema penal ecuatoriano

Con la entrada en vigencia del COIP en el año 2014, surge de manera expresa la solución a las interrogantes que se puedan presentar en nuestro medio respecto a las implicaciones jurídicas acerca de qué conducta es delito, esto obedece a que los elementos esenciales de su composición son parte integrante del mencionado cuerpo normativo (normas sustantivas)

Es así que el COIP facilita la aplicación racional de la ley penal y a la vez garantiza el respeto a los derechos humanos de los sujetos procesales, bajo los criterios de atribución de la responsabilidad penal: acción (neutro) tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; elementos que determinan qué conducta penalmente relevante es delito, quién es responsable y en qué medida se debe aplicar la sanción, sistema que otorga coherencia y previsibilidad al procedimiento analítico que antecede a la afirmación o negación de la existencia del delito, analizable en función del Art. 13 num 1 ibídem

¹¹ Maximiliano Rusconi y Mariano Kierszenbaum, *Teoría del delito y garantías constitucionales* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009), 26.

¹² Ramiro Ávila, *Código Orgánico Integral Penal: Hacia su mejor comprensión y aplicación*, vol. 37 (Quito: Corporación Editora Nacional, 2015), 82.

según el esquema de la teoría constitucional del delito por la prevalencia del garantismo penal sobre el positivismo, que permite la vigencia de los principios constitucionales de: acto, legalidad, certeza, mínima intervención penal, culpabilidad, proporcionalidad, razonabilidad, intrascendencia de la pena etc., pese a que la teoría del hecho punible se encuentra estructuras desde varias escuelas propio de los tintes políticos del momento de su promulgación que no guarda armonía al texto constitucional por lo que merece su adecuación por expresa disposición de la ley.

4. Génesis de la teoría del delito

El antecedente más lejano se remonta a la llamada teoría del delito común, la cual fue propugnada por los italianos durante el siglo XVI y XVII, con el auspicio del derecho natural, reduciéndose a una consideración dual del delito que distinguía entre la *imputatio facti* (imputación objetiva) e *imputatio iuris* (imputación subjetiva), partiendo de una concepción interna y externa del delito. Sistemática adoptadas por los juristas alemanes de la época.¹³ Estas primeras estructuras evolucionaron a partir del advenimiento del positivismo.¹⁴ En tal virtud, la moderna teoría del delito (cuatripartita) surge a finales del siglo XIX y comienzos del XX, por los dogmáticos alemanes, con el tratado de Derecho Penal de Fran Von Liszt - Causalismo Clásico 1881.

De ello resulta que es esencial conocer la evolución de la dogmática penal, originado en un determinado tiempo histórico, político y desarrollo del Estado, aquello para evitar mezclas de diferentes esquemas de delitos en la elaboración de la resolución judicial, lo que es inadmisibles que suceda dentro del Estado constitucional de derechos y justicia; así, el desarrollo histórico-jurídico de la teoría del delito construido en base a premisas jurídico filosóficas, políticas y culturales valorativas, están encuadradas en las siguientes corrientes:

¹³ Fernando Velásquez, *Manual de Derecho Penal: parte general*, 5ª edición, (Bogotá: Ed. Jurídicas Andrés Morales, 2013), 216.

¹⁴ Giovanni Carmignani, *Elementos de Derecho Criminal*, (Bogotá: Temis, 1979), 76.

4.1. Causalismo clásico - naturalista

Las características más relevantes son: Método: Ciencias de la naturaleza- positivismo jurídico; esquema conocido también con el nombre Liszt-Beling. El delito es considerado una acción correspondiente a un hecho de la naturaleza, que produce cambios en el mundo exterior, dentro de este esquema existe el error de hecho y error de derecho; su vigencia data de 1881 a 1900.

Así, pues, para Von Liszt el delito era: “acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena”¹⁵ mientras que Beling determinaba como: “La acción típica antijurídica y culpable, subsumible en una combinación pena”¹⁶ consecuentemente, en la siguiente tabla se determina los esquemas de esta escuela:

Tabla 1
Elementos del delito Causalismo clásico

Acción (configurada solo por el movimiento voluntario con relación de causalidad)		
Tipicidad	Antijuridicidad	Culpabilidad
<p>Objetiva Descripción del proceso causal. En este sentido, se determinará, comprobando la relación de la acción con el resultado.</p>	<p>Formal Valorativo contradicción objetiva con la ley determina antijuridicidad</p>	<p>Relación psicológica entre el hecho y el autor</p> <p>Dolo </p> <p>Se considera dolus malus</p> <p>Culpa: Lo que requiere madurez y salud psíquica, considerando la imputabilidad elemento de la culpabilidad.</p>

Fuente: Bustos Ramírez 2008.

Elaboración propia

La acción se considera en cuanto a su relación de causalidad con el hecho producido en el mundo exterior. Su mayor exponente fue Franz Von Liszt, quien agrupó

¹⁵ Zaffaroni, Teoría del delito: Derecho Penal, 346.

¹⁶ Günter Jakobs, Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación (Madrid: Marcial Pons, 1997), 189.

los caracteres de la acción y la omisión en un solo concepto de la acción, determinando para este un sentido amplísimo, manejando la voluntad en un supra concepto.¹⁷

La tipicidad, se reflexiona desde un punto de vista descriptivo del curso causal, donde se hace necesaria la descripción positiva y en abstracto de la conducta, para el establecimiento de la acción delictuosa, extrayendo de los elementos propios de la conducta del autor, haciendo de éste un elemento independiente de la comisión del acto.¹⁸ Por tanto esta característica resulta relevante, porque en un primer momento se establece la tipicidad desde un punto de vista meramente objetivo, razonándose sólo la descripción de la conducta que para la ley es penada, sin hacer más consideraciones en referencia a la comisión del hecho punible. En este sentido Roxin manifiesta que la objetividad del tipo comprendía solo los elementos de comprobación sin considerar elementos anímicos del autor, dejando fuera todo suceso subjetivo transcurrido a lo interno de este.¹⁹

La Antijuridicidad se definía por la valoración de la contradicción entre el proceso causal con la norma penal, lo cual le imprime un carácter objetivo que si no media una cusa de justificación quedaba determinada la antijuridicidad de la conducta.²⁰

La culpabilidad, se consideraba como una operación psicológica del hecho en consideración al autor, con los elementos de la madurez y salud psicológica, contemplando la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.²¹

Por todo esto, este sistema recibió acérrimas críticas, que a pesar de establecer con claridad los esquemas identificadores del delito, le fueron identificadas deficiencias, respecto a la omisión, al tipo por falta de comprensión del elemento subjetivo, por la anulación de la valoración desde el punto de vista de la antijuridicidad, en virtud de la mera formalidad, además de afectar la posibilidad de explicar de forma íntegra las cusas de exclusión dentro de la culpabilidad.

¹⁷ Claus Roxin, Derecho Penal: Parte General, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito (Madrid: Editorial Civitas, 1997).

¹⁸ Cardenal, El Tipo Penal en Beling.

¹⁹ Roxin, Derecho Penal: Parte general.

²⁰ Bustos, Derecho Penal. Parte General.

²¹ *Ibíd.*

4.2. Causalismo neoclásico - neokantismo

Este sistema data de 1900 a 1930, representa la convergencia de ideas que corresponde a la evolución del sistema del causalismo clásico, trató de concentrar los aportes respecto a la acción sin obtener un avance real, abordando la tipicidad y la culpabilidad²² proporcionando un cambio valorativo dentro de los elementos de tipicidad, en la que surgieron los elementos normativos y valorativos.

De ello resulta que, en el causalismo neoclásico no se evidenció autor alguno que elaborara una teoría completa del delito distinta al sistema clásico, en virtud que muchos de ellos abordaron los elementos de forma individual, sin desarrollar una estructura distinta a la ya planteada, por lo cual se considera una teoría complementaria, por consiguiente, en la siguiente tabla se determina los esquemas de esta escuela:

Tabla 2
Elementos del delito Causalismo neoclásico

Acción (configurada en el comportamiento humano que produce modificación del mundo exterior, percibida sensorialmente)		
Tipicidad	Antijuridicidad	Culpabilidad
Objetiva Elementos normativos Elementos valorativos o descriptivos	Formal Material Daño → real → verificable → cuantificable Peligro → concreto	Imputabilidad Dolo Culpa

Fuente: Jiménez Martínez 2010.
Elaboración propia

Esta escuela intento dar nuevo fundamento al concepto de acción, en su intento fracaso, se avanzó únicamente hacia la concepción de la acción como acción causal valorada, por otra parte, se dio un cambio valorativo dentro de los elementos de tipicidad, en la que surgieron los elementos normativos y valorativos. Es así que en relación al elemento acción no hay un concepto uniforme, desarrolló el concepto social

²² Jiménez Martínez, Introducción a la Teoría General del Delito, 130.

de la acción a finales de la vigencia de este sistema al respecto Cury expone sobre este particular: “Las tendencias neokantianas imperantes en la doctrina penal alemana durante la primera mitad del siglo XX hicieron suyo el concepto causal introducido por las corrientes naturalistas que las precedieron, dotándolo de una fundamentación teórica diferente”.²³

En referencia a la tipicidad, se integra el elemento valorativo por lo que a más de ello, es descriptiva, consecuentemente se mantiene el ámbito objetivo aplicando elementos subjetivos a tipos penales que lo requieran para su comprensión.²⁴

La antijuridicidad es objetiva y valorativa, por excepción contiene causas de justificación, por ende, la antijuridicidad material está relacionada con el principio de lesividad.

La culpabilidad es entendida como un juicio de reproche a pesar de estar estructurada por el dolo y la culpa, en esta teoría se sustituyó el método natural positivismo jurídico por el método valor.²⁵

En vista de sus características esta corriente no se considera una escuela, sino las correcciones de la escuela clásica, así, al agotarse los aportes del positivismo, se introdujeron otras corrientes que significaron la culminación de esta, así, esta escuela se caracterizó por una parte, por la consideración de los elementos del delito desde el ámbito de los caracteres objetivo valorativo del injusto, y por otra parte, por el carácter subjetivo valorativo (culpabilidad), lo que conllevó a la aplicación de ciencias valorativas.

4.3. El irracionalismo

El irracionalismo jurídico, también denominado la Escuela de Kiel,²⁶ se remonta al arribo del nacionalsocialismo en el año 1933, dándose por terminada con el desenlace

²³ Enrique Cury, *Derecho Penal: Parte General* (Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1992), 241.

²⁴ Bustos, Derecho Penal.

²⁵ Alejandro García. “Escritos de Derecho Penal” *Escuelas jurídicas del pensamiento penal*, 6 de octubre de 2011 <https://bit.ly/2Kkr8VD>

de la segunda guerra mundial en 1945.²⁷ Cuya llegada frenó la evolución del causalismo neoclásico y el avance del finalismo que Welzel en 1930 había propuesto las bases para la estructura de la acción finalista.²⁸

Entre los defensores de este sistema: Dahm (defendía el principio inquisitivo); Schaffstein (estaba a favor del derecho autoritario y la pena de muerte, entre otros); Nicolai (defendía un método de selección por razas), H. D. Freiherr von Gemminger (estaba a favor de sufrimiento del delincuente); Eric Wolf (pensador del nacionalsocialismo punitivo); y, Helmut Mayer.²⁹

El método de esta escuela fue el intuitivo, así los nazis desorganizaron toda la concepción del esquema del delito que se tenía a la fecha de su vigencia, en virtud de que rechazaban la diferenciación que existía entre acto típico, antijurídico y culpable, por una idea unitaria de la apreciación del delito que consideró delito como un todo, en ataque a la moral del pueblo y a la raza, que cause un perjuicio al pueblo en general y no a una sola persona, consecuencia de la descomposición de la estructura que había establecido el causalismo clásico y neoclásico. Entonces los elementos del delito, pueden verse de la siguiente manera:

Tabla 3
Elementos del Delito Irracionalismo

Acto	Tipicidad	Antijuridicidad	Culpabilidad
Acción Actividad muscular, voluntad, manifestación de voluntad	Objetivo Se sustituye por el tipo normativo del autor. Se estableció un módulo valorativo del tipo.	Material Lesión al pueblo o a la raza Peligro al pueblo o a la raza.	Aspecto subjetivo Culpabilidad por conducción a la vida, por decisión sobre la vida, por el carácter

Fuente: Jiménez Martínez 2010.
Elaboración propia

El irracionalismo si bien es cierto que manejó la acción como un acto voluntario, lo redujo a la producción de un resultado que causara un perjuicio contra el pueblo, de

²⁶ Ello en atención que fue en la Universidad de Kiel, donde se propugnó esta corriente, para el servicio del derecho penal a las teorías políticas del nacionalsocialismo alemán.

²⁷ Francisco Muñoz Conde, Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. *Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4ª edición (Valencia: Tirant lo Blach, 2003), 29.

²⁸ Santiago Mir Puig, Introducción a las bases del Derecho Penal, 245.

²⁹ Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal: El Derecho penal nacionalsocialista. Filosofía y Ley Penal, 4ª edición (Buenos Aires: Editorial Losada, 1964).

ello resulta que estas consideraciones de la acción constituyen un retroceso, se elimina la posibilidad de atender a los elementos de la acción, sólo bastaba una acción u omisión que ofendiera de alguna manera la “moral” del pueblo alemán, para constituir delito.

En cuanto a la tipicidad, el irracionalismo sustituyó el tipo legal, por el tipo normativo de autor, suprimiendo la teoría del tipo y tomando de referencia la concepción del delito desde la visión del deber nacional, siendo considerado éste como traición se estableció una imagen del autor bajo la concepción del retrato que tiene el pueblo acerca del delincuente.³⁰ Esta visión dio paso a la destrucción del principio de la legalidad, y por ende del debido proceso, socavando las bases esenciales del derecho penal del acto.

En lo que toca a la antijuridicidad, el irracionalismo logró disfrazar este concepto dentro de la antijuridicidad material, cuando ésta perseguía fines esencialmente distintos a ésta,³¹ así la antijuridicidad material se verificaba con la lesión del sentimiento alemán, dejando de lado cualquier causa de justificación, considerando único elemento el sentimiento alemán, en atención a su lesión o puesta en peligro.

Finalmente en relación a la culpabilidad, este criterio pasó a ser apreciada como una culpabilidad normativa del autor, es por ello que Friedrich Schaffstein hace una reestructuración de los aspectos de la culpabilidad exponiendo que el delito será: “no ya expresión del deber de lealtad, sino del autor mismo, tampoco considerado en su carácter social de traidor en cuanto a la bajeza de su ánimo”.³² En este sentido se construye la culpabilidad, por la conducción de la vida, la culpabilidad por la decisión sobre la vida y la culpabilidad por el carácter.

4.4. Finalismo

La teoría finalista deviene de una revisión crítica del positivismo, el cual consideraría a la acción la base de la teoría desde el punto de vista del fin que persigue

³⁰ Roxin, Derecho Penal: Parte General, 182.

³¹ Jiménez Martínez, Introducción a la Teoría General del Delito, 210.

³² Bustos, Introducción al Derecho Penal, 172.

el autor, lo que significó un avance significativo respecto al elemento de la acción, logrando una gran precisión conceptual, su vigencia data de 1945 a 1960. Su método es el ontológico.

La tipicidad se estructura de un aspecto objetivo y subjetivo, por lo mismo el avance fundamental dentro de la ciencia penal obedece a que el dolo y la culpa vienen a formar parte de la tipicidad subjetiva por lo que dejan de ser elementos de la culpabilidad, convirtiendo a la culpabilidad en juicio de reproche.

La antijuridicidad en el finalismo es valorativa y objetiva, siendo que para todas las causas de justificación conllevan elementos subjetivos, así explica Bustos Ramírez: “Para los finalistas el injusto es un ámbito integrado de diferentes caracteres, pero en el que el elemento común es lo subjetivo”.³³

La culpabilidad, para el finalismo es valorativa, verificándose en la posibilidad de reproche al autor, siendo que además es subjetiva porque corresponde la valoración si el autor tenía la capacidad de obrar de otro modo, pasando esta capacidad a formar parte integrante de la culpabilidad³⁴

De ahí se infiere, que en el finalismo se advierten los elementos del delito en una estructura que hoy en día se conoce como tal: acción (neutro), tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, estructuras analizables a partir de la acción, concebido en un primer momento concepto unitario, que más adelante reconoció de ésta estructura en acción y omisión, mediante los supuestos que aparecen citados por Bustos³⁵ de la siguiente manera: delitos de acción dolosos, delitos de acción culposos, delitos de omisión dolosos y delitos de omisión culposos.

Por consiguiente, los autores destacados de esta teoría son: Hans Welzel, Von Weber, Graf Zu Dohna, Maurach y Helmut Mayer, entre los cuales, se indica que lo más importante de esta escuela en materia penal es el dolo y la culpa en el esquema de los delitos, el error, la autoría y la participación; así, a pesar que el finalismo logró definir con precisión los elementos del delito, la mayor crítica que recibió fue la vigorización de la valoración de la acción y la prescindencia del resultado.

³³ Bustos, Derecho Penal, 566.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ Bustos, Derecho Penal, 568.

En fin, la siguiente tabla visualiza los elementos aportados por el finalismo, respecto al delito:

Tabla 4
Elementos del delito en el Finalismo

Acción	Tipicidad		Antijuridicidad	Culpabilidad
Acción	Objetiva	Subjetiva	Formal	Imputabilidad
Omisión	Sujeto Activo			Exigibilidad Conocimiento de antijuridicidad del actuar
Vista desde el	Objeto jurídico			
fin que se	Sujeto Pasivo			
persigue,	Conducta			
basado en su	Objeto material			
causalidad.	Elemento normativo Elemento valorativo			

Fuente: Bustos Ramírez, 2008.

Elaboración: Propia.

4.5. Esquema funcionalista moderado teológico

Su vigencia data de 1962 hasta la actualidad; su método se denomina de síntesis, las categorías se normativizan, esquema funcional a la política criminal, dando un salto del pensamiento sistema al pensamiento problema, por ende, la acción es entendida acción social y a su vez, la tipicidad objetiva determina la imputación objetiva, la antijuridicidad se estructura de la antijuridicidad formal y material, en la culpabilidad la necesidad de la pena forma parte del análisis de la responsabilidad.³⁶

Por consiguiente el máximo representante de esta estructura es Claus Roxin, quien se inspiró en el pensamiento sociológico norteamericano Robert Merton y Talcott Parson.³⁷ Así los planteamientos de Roxin responden a la conjugación de fundamentos metodológicos del neokantismo, del finalismo y además del acercamiento entre el

³⁶ Manuel Arias, "Funcionalismo Penal Moderado o Teleológico Valorativo versus Funcionalismo Normativo o Radical" *Cuadernos de Filosofía del Derecho* de Universidad de la Coruña, (La Coruña: DOXA, 2006), 439-453.

³⁷ Figuras fundamentales de un movimiento teórico norteamericano, clave del período de transición hacia la profesionalización de la sociología, llamado funcionalismo estructuralista.

derecho y la política criminal.³⁸ Los elementos del delito se estructuran de la siguiente manera:

Tabla 5
Elementos del delito Funcionalismo Moderado Teleológico

Acto	Tipicidad		Antijuridicidad	Responsabilidad
Acción Omisión	Objetiva Imputación objetiva Posición de garante Creación del riesgo jurídicamente desaprobado Relación de Riesgo	Subjetiva Dolo Culpa	Formal Material	Culpabilidad Necesidad de la pena

Fuente: Arias, 2006.

Elaboración propia.

De ello resulta que este sistema trae consigo dos novedades respecto a los fundamentos de los sistemas anteriores a decir: la imputación al tipo objetivo y la ampliación de la culpabilidad a la responsabilidad.³⁹

Así, pues, a primera vista las categorías del delito propuestas por el funcionalismo moderado son concurrentes con el finalismo, parten del estudio de la acción (neutro) tipicidad antijuridicidad y culpabilidad, pero las diferencias en cuanto a la operatividad de estas son evidentes dentro del sistema penal.

4.6. Esquema de la teoría constitucional del delito

Esta teoría corresponde a la necesaria programación de un sistema de teoría del delito acorde a los preceptos constitucionales modernos aplicables en sus ordenamientos jurídicos, cuya base se centra en limitar y contener el poder punitivo del Estado garantizando los derechos de los justiciables en función de la teoría de la pena, dogmática que guíe la interpretación constitucional de las normas penales⁴⁰ por consiguiente, elementos del delito se estructuran de la siguiente manera.

³⁸ Zaffaroni, Derecho Penal Parte General.

³⁹ Jiménez Martínez, Introducción a la Teoría General del Delito.

⁴⁰ Rusconi, Teoría del delito.

Tabla 6
Elementos del delito según la teoría constitucional del delito

Acto	Tipicidad		Antijuridicidad	Culpabilidad
	Objetiva	Subjetiva		
Acción Elementos negativos del acto Hechos= animales y naturaleza Mundo de lo interno Estados de inconciencia Fuerza física irresistible Actos de persona jurídica Omisión Omisión propia Omisión impropia=Comisión por omisión Relación causal-omisión vs Resultado Obligación jurídica de actuar	Elementos necesarios Sujeto activo Calificado No calificado Sujeto Pasivo Calificado No calificado Conducta-verbo rector Objeto Material Jurídico Elementos necesarios. Normativo Valorativo Otras circunstancias (atenuantes y agravantes)	Dolo <ul style="list-style-type: none"> ↙ Conocimiento ↘ Voluntad Dolo directo Dolo indirecto Dolo eventual Culpa Falta al deber objetivo de cuidado. Culpa consciente Culpa inconsciente Error de tipo Vencible Invencible	Formal Causas de justificación Legítima defensa Orden legítima de autoridad competente Cumplimiento de un mandato legal Ejercicio de una profesión o actividad lícita Consentimiento del sujeto pasivo Material Lesividad	Imputabilidad Inmadurez psicológica Perturbación mental Actio Libera in causa Conocimiento de la antijuridicidad del actuar Error de prohibición Directo: vencible invencible Indirecto vencible invencible Exigibilidad Estado de necesidad disculpante Miedo insuperable o fuerza moral irresistible

Fuente: Silvestroni, 2007

Elaboración: Propia.

De ello resulta que esta teoría tiene sustento constitucional, que va acorde a una visión del derecho penal fragmentario o de lesividad y de una teoría de la pena de prevención especial positiva determinada la Constitución de la República y el COIP, por lo que es un esquema sustentada en principios constitucionales de un derecho penal inspirada por normas constitucionales⁴¹ por lo que devine la crítica de esta teoría constitucional a la dogmática tradicional, basado su sistema en política criminal de prevención y penalización del delito, lo que se traduce en: contención del poder

⁴¹ Silvestroni, Teoría Constitucional del Delito.

punitivo del estado y garantía del derechos de los justiciables sometidos al sistema penal.

Como se ve, esta teoría constitucional del delito se refiere al bloque constitucional conformado por las normas constitucionales relativo a la protección de los derechos humanos, que se configuran regulador del derecho penal y por ende engloban la teoría del delito.⁴² Es decir, que los principios rectores de los delitos y las penas están recogidos por la norma suprema lo que determina el desarrollo del resto del ordenamiento jurídico de un país, en pos de aquello se promulgo el COIP, cuerpo normativo en la que prevalece el garantismo penal sobre el positivismo.

5. Regulación constitucional y legal que determina la aplicación de la teoría del delito en las resoluciones judiciales

La CRE del 2008 se encuentra irradiada en gran medida por los efectos del garantismo contemporáneo, modelo del Estado en el cual prevalece la parte dogmática sobre la orgánica, contrario para el derecho constitucional y las constituciones tradicionales, así actualmente los ciudadanos y sus derechos son la razón de ser del Estado por cuanto los derechos humanos instituyen la base del sistema político y jurídico actual”.⁴³

Por consiguiente que mejor manera de garantizar el respeto de los derechos humanos en especial la libertad de las personas inmersas en el sistema penal, mediante la emisión de sentencias judiciales en estricta observancia a la constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley, del cual se desprende el deber fundamental que tienen los jueces y juezas dictar sus fallos en función del análisis de la teoría del delito por cuanto la constitución y las leyes se dirigen entre otros, además de los particulares, a los jueces”⁴⁴

⁴² Yvan Montoya, “Aproximaciones a un funcionalismo constitucional de la teoría del delito”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, N° 71, (2013), 111.

⁴³ Ramiro Ávila Santamaría, La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el Garantismo Penal (Quito: Edic. Legales EDLE, 2013), 33.

⁴⁴ Alejandro Nieto, *El arte de hacer sentencias o teoría de las resoluciones judiciales*, edit. Sergio Valverde (San José de Costa Rica: Fundación Copyleft, 2003), 16.

Esto conduce a que la aplicación de la teoría del delito en la emisión de las sentencias es obligatorio por estar plasmado en el COIP y en razón de su función práctica, sistema estructurado bajo el esquema “conducta típica, antijurídica y culpable”⁴⁵ permite determinar cuándo un acto u omisión constituye delito y en qué medida se debe aplicar la ley penal, en pos de limitar y contener el uso del poder punitivo del Estado, garantizando principalmente el debido proceso y la libertad ambulatoria de las personas.

Por todo esto, adviértase su aplicabilidad en las sentencias judiciales al ser pautas para la resolución de conflictos aplicables por el órgano jurisdiccional, en virtud que “El derecho se mueve en dos niveles: el normativo abstracto y el plano concreto de su aplicación. Teóricamente el primero es aquel relativo al conjunto de normas existentes para la ordenación de los comportamientos y el segundo que da pautas para la resolución de conflictos, buscando la seguridad jurídica y la paz jurídica”.⁴⁶

Así, pues, el COIP no sólo enmarca un conjunto de normas adjetivas sino también normas sustantivas que establecen cuándo habilitar la coerción punitiva en cada caso concreto, de qué tipo y en qué medida, esto a través de la aplicación de la teoría del delito⁴⁷ más cuando este cuerpo legal a más de tipificar las conductas transgresoras del bien jurídico penalmente tutelado, establece normas que van dirigidas a los operadores de justicia enmarcando las pautas para la emisión de una resolución judicial.

De ello resulta que la doble funcionalidad de la teoría del delito coadyuva en el propósito del COIP, que es normar el poder punitivo del Estado, institución jurídica elaborada en base de conocimientos filosóficos, jurídicos y técnicos que ha construido un sistema metodológico y técnico aceptado por la comunidad jurídica que permita establecer en la vida diaria, cuando se está en presencia de un delito y por sobre todo en qué medida aplicar la ley penal a una determinada persona por considerarle responsable del mismo.

Las explicaciones precedentes, reiteran que es de observancia obligatoria la teoría del delito a la hora de emitir las sentencias, en virtud de que la propia norma

⁴⁵ Ecuador, *COIP*, art. 18.

⁴⁶ Nieto, *El arte de hacer sentencias*, 13.

⁴⁷ Ecuador, *COIP*, Libro Primero “La infracción Penal”

constitucional determina su cumplimiento en garantía del debido proceso cuya inobservancia implica quebrantamiento de la ley, toda vez que el COIP dispone en su articulado los elementos integradores de la teoría del delito, por lo que ésta se convierte en un mecanismo exigido al órgano jurisdiccional al momento de la determinación de la responsabilidad penal de una persona, por ello Machicado afirma que esta teoría estudia las características comunes como las características específicas del delito⁴⁸ sistema categorial clasificatorio y secuencial que peldaño a peldaño elabora a partir del concepto de la acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito.⁴⁹

Por todo esto, la aplicación de la teoría del delito en las resoluciones judiciales se materializa y se perfecciona en la garantía constitucional y legal de la motivación que determina:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.⁵⁰

Es así que la finalidad de la teoría del delito permite explicar la enunciación de las normas o principios jurídicos en que se funda y la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, a efectos de que no sean arbitrarios, discrecionales; consecuentemente, violatorio a los derechos humanos de las personas; en especial, al derecho a la libertad; incumplimiento que ocasiona consecuencias negativas, al igual que la inobservancia o quebrantamiento de la ley, la primera de índole procesal, que deviene a ser la nulidad de la sentencia; y, la segunda de índole administrativa, que viene a ser la sanción al funcionario responsable luego del procesamiento disciplinario.

De ello resulta que una efectiva motivación en el ámbito penal es a través del análisis de la teoría del delito, operación que se visualiza en los parámetros de la lógica, razonabilidad y comprensibilidad, elementos estructurales de la motivación que debe realizar el juez a la hora de emitir sus fallos, razones sólidas que justifiquen el fallo

⁴⁸Jorge Machicado, "Teoría del delito" *Apuntes Jurídicos*, accedido 21 junio de 2018, párr. 2, <https://bit.ly/2KI76dx>

⁴⁹Francisco Muñoz y Arán García, *Derecho Penal: Parte General*, 6ª edición (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004), 205.

⁵⁰CRE Art. 76 No 7 L).

deben guardar coherencia entre las premisas y las conclusiones, exteriorizado con total comprensibilidad, cumpliendo de esta forma los parámetros de la motivación previstos por la Corte Constitucional Ecuatoriana que estima se evite la arbitrariedad a la hora de construir hechos probados, como la decisión del caso, al respecto Ibañez expone que la selección de hecho probados debe estar amparado por garantías que prescinda el abuso y la arbitrariedad, nada se saca con una excelente teoría del delito que garantice una aplicación segura, calculable y racional de la ley penal, si el órgano jurisdiccional fija arbitrariamente y a su medida los hechos probados.⁵¹

En este orden de ideas Ávila determina que la garantía constitucional y legal de motivación avala:

Que el juzgamiento sea cognitivo. La motivación demuestra la vinculación activa del juzgador con los hechos introducidos al proceso con los argumentos de las partes y con la convicción del juez al resolver una causa, la motivación vincula la prueba con el derecho. El juzgador demuestra que las pruebas han sido refutables y enseña la verdad construida judicialmente. La fundamentación de las decisiones permite, por otro lado, el control judicial y social de los hechos construidos, de las pruebas valoradas y del derecho aplicado. Si no hay motivación, es difícil demostrar que una decisión es justa.⁵²

Aceptemos pues, que la motivación implica utilizar la teoría de delito, en función de lo estatuido en el art. 172 de la CRE, por lo que esta operación constituye un elemento trascendental de todo el sistema judicial,⁵³ constituyéndose así en el signo más importante y típico de la racionalización de la función judicial, pues hoy en día es inimaginable que las sentencia no estén motivadas cuando es exigencia del Estado Ecuatoriano, así el órgano jurisdiccional que conoce la técnica jurídica está en condiciones de emitir una sentencia acorde al Estado Constitucional de Derechos y justicia, por cuanto la misma está al servicio de la elaboración de las sentencias; en tal virtud un juez o jueza que crea resolver un caso sin aplicar la teoría del delito, se encuadraría en lo que denomina García “sólo el hombre muy simple, el hombre muy rudimentario lo sabe todo y está seguro de todo”.⁵⁴

⁵¹ Andrés Ibañez, “Acerca de la Motivación de los hechos en la sentencia penal” en *Revista DOXA*, N°12, (1992): 257-299.

⁵² Ávila Santamaría, La (in) justicia penal, 94.

⁵³ Nieto García, El arte de hacer sentencias, 169.

⁵⁴ *Ibíd.* 239.

Añádase al precepto constitucional, el art. 621 del COIP que indica: “Luego de haber pronunciado su decisión en forma oral, el tribunal reducirá a escrito la sentencia la que deberá incluir una motivación completa y suficiente tanto en lo relacionado con la responsabilidad penal como con la determinación de la pena y la reparación integral a la víctima o la desestimación de estos aspectos”⁵⁵ lo cual se pragmatiza mediante el análisis de la teoría del delito singularizada en el art. 18 y siguientes del COIP, en garantía al derecho del acceso a la justicia, tutela judicial, imparcial y expedita de los derechos de los justiciables signados en el artículo 75 de la CRE, en virtud del rol que desempeñan los jueces en la administrar justicia.

También el Código Orgánico de la Función Judicial determina al respecto “No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos”⁵⁶ lo cual robustece el deber de los jueces y juezas en el ejercicio de sus funciones emitir sus fallos en aplicación al sistema de hechos punibles, cuyos imperativos legales guardan coherencia con el mandato Constitucional.

He aquí por qué, fundamentar las sentencias mediante la operación lógica, razonabilidad, comprensible, bajo argumentación jurídica a través de la teoría de delito previsto en la Ley penal, definitivamente para cumplir con la finalidad singularizada en el Art. 1 de la misma ley en garantía de los derechos de las personas sometidas al sistema penal; así, al encontrarse frente a la ley se mira cuál es la función de esa ley⁵⁷ lo que se materializa únicamente mediante la aplicación del esquema de delito ampliamente desarrollado y profundizado por la doctrina en función de que la doctrina sirve para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, al mismo tiempo suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia⁵⁸

Cabe concluir, que esta garantía constitucional de motivación prevista en la norma suprema del Estado y en los preceptos normativos infraconstitucionales, implica

⁵⁵ Ecuador, *COIP*, Art. 621.

⁵⁶ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial, Suplemento, No. 544, 9 de marzo de 2009, art. 130 numeral 4. En adelante citado como *COFJ*.

⁵⁷ Nieto, *El arte de hacer sentencias*, 61.

⁵⁸ Ecuador, *COFJ*, Art. 28, inciso tercero.

la obligación del órgano jurisdiccional de explicar el proceso intelectual mediante la fundamentación del fallo explicando cómo se llegó al convencimiento a efectos de fallar en un determinado sentido, es ahí, donde interviene el análisis de la teoría del delito, en virtud que la misma facilita al juez analizar cómo los elementos de pruebas proporcionados por la Fiscalía o por los sujetos procesales van a encuadrarse en cada una de las categorías dogmáticas del delito para determinar la existencia del delito.

Por tanto, el COIP a más del conjunto de normas sustantivas (libro primero), entre otras cosas, desde una visión crítica se traduce en una rama del saber jurídico que mediante pautas de la interpretación de las normas penales estatuye a los jueces un sistema orientador de decisiones aplicables a los casos concretos; esto es, la teoría del delito, por lo que resulta indispensable su aplicación en la emisión de las sentencias, por ser una herramienta al servicio del ciudadano y de contención del poder punitivo del Estado, lo que impide que los órganos jurisdiccionales efectúen interpretaciones formalistas, extensivas, arbitrarias o absurdas de la ley penal, que de serlo, la actuación sería contrario a su finalidad.

6. Principios constitucionales que orientan aplicar la teoría del delito, desde la teoría constitucional del delito por sus particularidades

El derecho penal en el Ecuador goza en gran medida de los efectos del garantismo penal (teoría de legitimación o deslegitimación del derecho penal) por haber sido promulgado desde la visión constitucional, para estar a la par de las nuevas exigencias del Estado constitucional de derechos y justicia, que busca en materia penal limitar el poder punitivo del Estado en garantía de los derechos de las personas sometidas al sistema penal; por consiguiente, la carta fundamental determina que la ley penal debe ser un sistema de derecho penal mínimo, garantista de los derechos humanos.

No obstante “El COIP tiene dos caras en el mismo cuerpo: el garantismo y el positivismo”,⁵⁹ propios de los tintes políticos del momento de su promulgación, a pesar de ello, es loable aplicar la Ley penal desde la teoría constitucional del delito por “una parte evidentemente garantista que va desde algunos párrafos de la Exposición de Motivos y desde el artículo 1 hasta el artículo 43” cuyos principios determina una aplicación garantista del COIP en función del Art. 13 num. 1 del COIP, “Suena fácil decirlo y, admito, es difícil aplicarlo. Los juzgadores y operadores de justicia requieren de dos condiciones: independencia judicial y convicción de que los derechos fundamentales exigen un derecho penal mínimo. Pero es posible”.⁶⁰ Bajo este prefacio los principios constitucionales son los siguientes:

Principio de la Acción. Prevista en la CRE en el art. 76 numeral 3 primera parte, eroga la supremacía del Derecho penal del acto sobre el derecho penal del autor, por la consagración de la acción como axioma para la aplicación de la pena, que constituye el pilar fundamental del derecho penal del acto; impidiendo a que cualquier hecho que no provenga de la conducta de un ser humano sea considerado delito, así la acción es base de tal definición⁶¹ único ente susceptible de desvaloración jurídica, garantía normativa que determina que sólo decisiones que han sido exteriorizadas pueden comprender el establecimiento de una sanción penal.⁶²

En este orden de ideas, las actuales constituciones y los tratados internacionales de derechos humanos señalan a la acción objeto de referencia normativa penal, condicionante de la sanción penal, base fundamental de la teoría del delito, que se encuentra plasmado además en el art. 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 9 de la Convención Americana de derechos Humanos (Pacto San José), principio útil, herramienta pautadora del poder punitivo del estado.

Principio de legalidad. Determina que el delito no es un concepto natural, social, ni material, sino un producto legal, porque nace de la ley, lo no previsto en la ley no existe, conforme al axioma “*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”;

⁵⁹ Ávila Santamaría, Código Orgánico Integral Penal, 21.

⁶⁰ *Ibid.*, 22.

⁶¹ Silvestroni, Teoría Constitucional del delito, 217.

⁶² Rusconi, Teoría del delito y garantías constitucionales.

consecuentemente, la infracción penal debe ser previa, escrita, formal y estricta, por lo que no sólo se refiere a la tipicidad sino también a la culpabilidad, garantía contra la arbitrariedad; primer exponente de la necesidad de la existencia de una norma que previamente la disponga y la segunda que crea los límites necesarios para que el Estado no sancione a actos no previstos como delito al momento de la realización de la acción.

Principio de Lesividad. Partiendo del presupuesto que el Estado no puede aplicar punición a los ciudadanos cuando sus conductas no afectan a los derechos de los demás, aquel principio se encuentra signado en el art. 66 número 5, 76 numero 6 y art. 195 de la CRE; basado en la idea de la afectación a terceros, es la esencia del concepto del bien jurídico de una sociedad libre, en la que los ciudadanos no pueden ser compelidos por las normas por mera razón de Estado, siendo una regla de habilitación estatal, por lo mismo “Allí donde alguien afecta al otro, el Estado, en representación de ese otro, hace uso del poder delegado en el contrato social y actúa contra el agresor”.⁶³

Entonces, cabe recalcar que este principio representa su interés en el orden público u de ofensividad ⁶⁴ así señala Rusconi, lo que trata es de instituir que los actos determinados prohibidos han de tipificarse cuando desplieguen al daño o a la lesión⁶⁵

Principio de Culpabilidad. Determinada en los Art. 1, Art. 66 No. 5, Art. 76 No. 2 conocido bajo el axioma: no hay acción sin culpabilidad, es una de las características distintiva de un ordenamiento jurídico, donde se tiene a la persona, ser libre, responsable, capaz de motivarse en los matices jurídicos, susceptible de ser alcanzado por la coerción punitiva en la medida de su responsabilidad, en tal virtud, hay culpabilidad siempre y cuando al autor le era exigible motivarse en la norma y así evitar la comisión del ilícito penal; consecuentemente, la existencia de mandatos normativos visualiza la relevancia de las personas libres y aptos para el cumplimiento de los mismos, so pena de sanciones, por lo que, se desprende la relevancia constitucional de la posibilidad del cumplimiento a los imperativos legales.

⁶³ *Ibíd.*, 178.

⁶⁴ Juan C. Carbonell Mateu, *Derecho Penal, conceptos y principios constitucionales*, 3ª edición (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999), 215.

⁶⁵ Rusconi, *Teoría del delito y garantías constitucionales*, 82.

Principio de Reducción Racional o mínima intervención penal. La reacción irracional del poder punitivo del Estado, como su habilitación inadecuada, ha hecho hincapié al surgimiento de diversos principios limitadores del *ius puniendi* como las ya señaladas, por lo que es producto de la reacción irracional del poder punitivo del Estado por cuanto: “es un principio ético político derivado de la propia concepción de la pena como venganza y que tiene una manifestación positiva concreta en los principios de ultima ratio (o necesidad) y razonabilidad”⁶⁶ constituyéndose así la aplicación de formas extraprocerales de solución de conflictos, reacción estatal de última ratio, siempre y cuando no exista o no sea suficiente otros medios extrapenales para la solución de los casos penales, en tal virtud la reacción penal debe ser residual, aplicables en casos que sea útil su intervención.

Entonces mínima intervención penal primero se refiere a la coerción penal en la cual se protegen los bienes jurídicos fundamentales de las personas, es decir, que es fragmentado, segundo para que el Estado imponga una sanción penal, lo que caracteriza su carácter de última ratio, aplicable cuando no se pueda mantener el orden jurídico con otras medidas o medios. Siendo este el principio básico del garantismo penal⁶⁷

Principio de la Intrascendencia de la Pena. Prescribe que nadie debe ser penado por un hecho efectuado por otra persona; consecuentemente, la pena debe trascender lo menos posible en la persona responsable del hecho conforme lo concibe el constitucionalismo moderno en el sentido que la pena no puede extenderse de la persona del delincuente⁶⁸ por ende su explicación radica en el principio de culpabilidad que “impide que alguien sea castigado por el hecho de otro en razón de que ese hecho no le es jurídicamente reprochable”⁶⁹ por lo que la pena es personal y proporcional al daño causado a la sociedad, así la culpabilidad es la medida de la pena, es decir, entre más culpable sea una persona por la acción u omisión perpetrado, la pena debe ser mayor.

Principio de Proporcionalidad. Racionaliza la imposición de la pena a una determinada persona por considerar responsable de un hecho ilícito, en función de la

⁶⁶ Silvestroni, Teoría Constitucional del delito, 205

⁶⁷ Ferrajoli, Derecho y razón, 464-71.

⁶⁸ OEA, Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Pacto de San José*, 22 de noviembre de 1969, Art. 5.3.

⁶⁹ Silvestroni, Teoría Constitucional del delito, 205.

gravedad de sus actos, lo cual es contrapeso a las penas exorbitantes que no guarden correlación al cometimiento de la acción ilícita cometida.

Por todo esto, los principios constitucional señalados ut supra más los principios de: retributividad (art. 76 num. 3), necesidad (art. 76 num. 6, 195), jurisdiccionalidad (art. 76 num. 2,3), acusatorio (art. 75,195, 75), carga de la prueba (Art. 76 num. 2,7 Art. 195), contradictorio (art. Num. 75, 76 num. 4, 168), sobre la base fundamental de la Constitución, tratados internacionales de derechos humanos, principios y garantías rectores previstos en el COIP, determinan que el derecho penal debe ser interpretado en clave constitucional⁷⁰ o en otras palabras bajo la óptica de los derechos humanos toda vez que: “La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución”⁷¹ en concordancia al art. 29 del COFJ, en virtud de que las garantías son efectivizadas por toda autoridad judicial así el intérprete de las leyes penales debe entenderlas en el encuadre constitucional⁷² por cuanto “Metodológicamente, los derechos humanos demandan personas y operadores del estado, comprometidos con la promoción y garantía de los derechos; ante una violación de derechos humanos, no se puede ser neutro, porque la neutralidad podría significar complicidad”.⁷³

Todo lo dicho hasta ahora explica por qué aplicar la ley penal en base a la Constitución y en función de los artículos 5 y 6 del COFJ, a través del análisis de la teoría del delito, esto es, por la irradiación de la fuerza normativa de la Constitución a la ley penal, lo que hace factible su aplicación en función de la Constitución, tomando en cuenta que no existe un sistema penal que sea garantista en su totalidad o autoritario, la posta es legitimar el *ius puniendi* a la hora de su aplicación, efectuando la emisión de las sentencias desde la teoría constitucional del delito compatible a la esencia de la CRE⁷⁴ por la parte garantista del COIP, así “El Juez tiene que mirar siempre y en última instancia la Constitución y, con ese lente, valorar el COIP”⁷⁵ lo que permite efectuar

⁷⁰ Ávila Santamaría, La (in) justicia penal, 37.

⁷¹ Ecuador, *COIP*, Art. 13, numeral 1.

⁷² Zaffaroni, *Derecho Penal: Parte General*, 2014, 191.

⁷³ Ávila Santamaría, La (in) justicia penal, 36.

⁷⁴ Pablo Encalada Hidalgo, *Teoría Constitucional del Delito* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015), 13.

⁷⁵ Ávila Santamaría, *Código Orgánico Integral Penal: Hacia su mejor comprensión y aplicación*, 63.

una interpretación, coherente, adecuada del COIP dando vigencia y operatividad a los principios constitucionales.

En definitiva, los elementos dogmáticos, normativos, principios constitucionales, principios y garantías del COIP, reitera la aplicación inexorable de los esquemas del delito desde la teoría constitucional del delito en razón de su utilidad analítica, coherencia, previsible a las soluciones de los casos concretos, adaptable a la legislación ecuatoriana, acorde a la constitucionalización del derecho penal, principios constitucionales denominados por Ferrajoli “axiomas del garantismo” inmerso en nuestra Constitución de la República del Ecuador del año 2008; que son paradigma de garantías y principios que determinan una condición ineludible no suficiente para la atribución de la responsabilidad penal como la imposición de la pena, más aún, cuando el derecho se mueve en el plano normativo abstracto y el plano concreto de su aplicación, siendo el primero: Aquel conjunto de normas existentes para la ordenación de los comportamientos y el segundo que dan pautas para la resolución de conflictos, en pos de la seguridad jurídica y la paz.

7. Categorías dogmáticas de la teoría constitucional del delito

7.1. Acto

Es acción u omisión entendida en un sentido amplio, consenso que determina la doctrina, aceptado por la comunidad jurídica, luego de que el concepto de acción haya sufrido varias evoluciones a lo largo del avance del pensamiento penal, en virtud de que “El derecho penal no solo contiene normas prohibitivas sino también, aunque en menor medida, normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión puede producirse resultados socialmente nocivos”.⁷⁶

Por consiguiente, no constituye delito los pensamientos, ideas, resoluciones de delinquir (derecho penal de autor) y los hechos de la naturaleza, por lo que se sanciona el hacer y no el ser, en mérito de que la acción humana presupuesto para la aplicación

⁷⁶ Francisco Muñoz Conde, *Teoría General del Delito* (Bogotá: Temis, 2008), 24.

de la pena constituye el pilar fundamental del derecho penal de acto contrapuesto al derecho penal de autor.

Así, pues, “El derecho existe en tanto regula las relaciones humanas”⁷⁷ y de la concepción del derecho penal de acto, la conducta humana constituye el punto de partida de la reacción jurídico penal, sustantivo al que agregado tres adjetivos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad convierte aquella conducta en punible; análisis a partir desde la conducta tal cual como emerge en el entorno, así lo que no es acción no concierne al universo del derecho penal. En tal virtud, el acto constituye la verificación del principio constitucional de la acción signada en el artículo 76 número 3 primera parte de la CRE.

Acción. Es todo comportamiento humano guiado por la voluntad que se exterioriza en actos positivos y omisivos, voluntad que es la “facultad de decidir y ordenar la propia conducta”⁷⁸ traducido en la actividad o inactividad corporal, por esta razón nuestra ley penal determina que: “Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables”.⁷⁹

De ello resulta, que la acción es el sustantivo que sostiene el esquema de la teoría del delito, único objeto de desvaloración por el derecho y de reacción punitiva, acto valorativamente neutral frente a los adjetivos tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad a fin de cumplir la función de unión o enlace de los restantes elementos del concepto del delito⁸⁰ reiterando la neutralidad del acto frente a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad”.⁸¹

A esto se añade, que las causas de ausencia del acto son: Los hechos causados por los animales o la naturaleza; fuerza física irresistible la misma que se divide en externa e interna, la primera procedencia de una tercera persona o de las fuerzas naturaleza, la segunda son movimientos no controlados - reflejos, estado de inconciencia, el mundo de lo interno y actos de personas jurídicas.

⁷⁷ Encalada, *Teoría Constitucional del Delito*, 19.

⁷⁸ RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, (Madrid: 23ª edición 2014).

⁷⁹ Ecuador, *COIP*, Art. 22.

⁸⁰ José Cerezo Mir, *Derecho Penal: Parte General* (Buenos Aires: Ediciones B de F, 2013) 344.

⁸¹ Roxin, *Derecho Penal: Parte General*, 234.

En consecuencia, el concepto de la acción es jurídico, a construir por el Derecho penal desde la realidad de la conducta - teológicamente, conforme a la finalidad de la ley penal (limitar el poder punitivo), en base a la Constitución y del derecho internacional y no de los tipos.

Omisión. Es la no ejecución de una acción que está ordenada por mandato legal y se está en capacidad de hacerlo, por lo que no solo constituye el no hacer sino también el omitir. Al ser la acción y omisión parte estructural del comportamiento humano (subclases independientes), las causas de exclusión de la acción son también aplicables a la omisión.

Por consiguiente, la omisión se clasifica en omisión propia e impropia siendo la primera el no hacer a pesar del mandato legal (no denunciar art. 277 COIP) y la segunda son aquellas que “no están expresamente señalados en la ley, sino que son construidas por el intérprete a partir de los tipos de comisión”⁸² ante el resultado se efectúa la equiparación entre acción y la omisión, cuya conducta es conocida por la doctrina: comisión por omisión; es decir, considerado desde el punto de vista: posición de garante del bien jurídico, la que se deriva de la ley (médico), contratos (salvavidas) y actuar procedentemente (empleada que deja calentando el agua en la cocina).⁸³

Sobre la forma que se genera la omisión impropia afectando uno de los principios rectores del derecho penal - legalidad, se ha indicado que “no cualquier conducta puede ser punible por omisión impropia sino únicamente los más importantes para la sociedad como vida, integridad física o salud pública”.⁸⁴

Por lo tanto, las conductas omisivas al igual que las acciones penalmente relevantes, constituyen el punto de partida del análisis del sistema hechos punibles a efectos de determinar si se tratan de delitos o no, permitiendo determinar si se tratan de conductas omisivas culposas o dolosas.

⁸² Bustos, Derecho Penal: Parte General, 879.

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ Encalada, Teoría Constitucional del Delito, 34.

7.2. Tipicidad

La tipicidad es “la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del principio de legalidad, en su vertiente del *nullum crimen sine lege*, sólo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales.”⁸⁵

Por tanto, la tipicidad es el proceso de verificación que se efectúa a la acción penalmente relevante realizado por una persona al tipo penal previsto en la ley penal de manera abstracta; para determinar si el hecho se encuadra en el mismo, cuyo proceso es denominado doctrinariamente juicio de tipicidad, por lo que se observan los siguientes elementos: primero, se configura cuando se comenten ciertos actos; segundo, los actos tienen que estar establecidos en la norma jurídica en ilícitos, con una consecuencia jurídica para el autor; y tercero, esa consecuencia debe estar previamente establecida al acto cometido.

En este orden de ideas Albán determina que la tipicidad es la plena identificación de la conducta humana a la hipótesis descrita en la ley penal, cuya coincidencia determina el acto típico⁸⁶ En tal virtud, solo los hechos penalmente relevantes que se adecuen a la descripción legal, entra a su primer análisis valorativo y a las demás categorías dogmáticas a fin de ser considerados delitos o no, consecuentemente, la tipicidad es la resultante afirmativa del juicio de tipicidad - proceso valorativo, encaminados a la traducción de una prohibición⁸⁷

Así, pues, el legislador de entre tantas conductas humanas ilícitas en función del principio de mínima intervención, ha positivado como hechos punibles solo a las conductas intolerables de mayor afectación a los bienes jurídicos de su importancia, bajo la amenaza de una pena, por lo que los tipos penales en el derecho penal cumplen tres funciones: a) Seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes. b) De garantía, en la medida en que solo los comportamientos subsumibles

⁸⁵ Muñoz Conde, Derecho Penal Parte General, 251.

⁸⁶ Ernesto Albán Gómez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano: Parte General, Código Orgánico Integral Penal (Quito: Ediciones Legales EDLE, 2015), 135.

⁸⁷ Felipe Villavicencio, *Derecho Penal Parte General*, (Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007), 295-6.

en él pueden ser sancionados penalmente. c) Motivadora general con la descripción de los comportamientos en el tipo, el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida.⁸⁸

Por consiguiente, la tipicidad se estructura de dos elementos: objetivo y subjetivo, así el elemento objetivo es la descripción abstracta del hecho punible en términos comprensibles con ciertas particularidades generales y accesorias que el legislador ha redactado en la ley penal, a fin de que el ciudadano tenga conocimiento de qué es un hecho ilícito y sobre él se motive para su cumplimiento bajo amenaza de una pena en caso de su inobservancia, por eso: “El tipo objetivo es la descripción de la parte exterior del suceso. Releva la objetivación de la acción en el mundo exterior, sus circunstancias y, en la mayoría de los casos, el resultado que produce”⁸⁹ que se infiere a los actos de las personas y las consecuencias que ella producen.

Encalada señala que son cuatro los elementos necesarios o sustanciales de cualquier hecho punible, que si no están dados no se configuran el tipo penal, las demás son accidentales que no son necesarias su presencia sirven para diferenciarlo de los tipos criminales básicos de otras figuras atenuadas o agravadas.⁹⁰

A continuación en relación a los elementos necesarios. El primer elemento se circunscribe al sujeto activo que es la persona de la especie humana que realiza un acto que es considerado delito, sea ésta en cualquiera de sus modalidades de participación y esta se divide en calificados y no calificados, para configurar dentro de la primera división se necesita una calidad especial (abogado-prevaricato) y para la segunda no se necesita de ninguna calificación especial, constituyendo en el mismo el ciudadano común.⁹¹

El segundo elemento, se refiere al sujeto pasivo que es el titular del bien jurídico vulnerado, que también se divide en calificado y no calificado; consecuentemente, se encasilla en la primera verbigracia en los delitos de estupro: la mujer mayor de 14 y menor de 18 años de edad; y en el segundo, se constituye cualquier persona, en tal

⁸⁸ Muñoz Conde, Derecho Penal Parte General, 252

⁸⁹ Silvestroni, Teoría Constitucional del Delito, 248.

⁹⁰ Encalada, Teoría Constitucional del Delito, 41.

⁹¹ *Ibíd.*, 45.

virtud: “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.”⁹²

El tercer elemento. Es la conducta o verbo rector que se refiere a la acción humana fijada y definida en el tipo penal que violenta el bien jurídico protegido; consecuentemente, es el núcleo de una conducta típica a ser objeto de valoración. Por ejemplo: en el hurto, sustraer o se apodere de cosa mueble ajena.

El último elemento. Es el objeto, aquel sobre el cual recae el hecho ilícito descrito en el tipo penal, siendo este: Objeto material y objeto Jurídico⁹³ la primera se circunscribe a personas y cosas y la segunda al bien jurídico violentado.

En lo que toca a los elementos no necesarios. Están estructurados de elementos normativos y valorativos, la primera que son aquellas definiciones que proporcionan otras leyes o la misma, sobre el alcance de una palabra o conducta descrita en el tipo penal. Por ejemplo: documento público que según el artículo 205 del Código General de Procesos, son las autorizadas con los requisitos normativos ante el Notario o Registrador Público y los conferidos por autoridades electrónicamente, por lo que “la descripción típica incluye ciertos elementos que la doctrina califica como normativos, pues se refiere a disposiciones, limitaciones o presupuestos de carácter jurídico que debe cumplirse para que haya tipicidad”⁹⁴

Mientras tanto que el segundo elementos valorativos trata de cuestiones subjetivas en las que es el intérprete el que les da el valor de acuerdo a su modo particular de ver las cosas. No obstante se encuentran presentes en varios cuerpos legales. Así, por ejemplo, las buenas costumbres, la moral.⁹⁵

Por último, en lo referente al elemento otras circunstancias que complementa el tipo. Son particularidades que terminan narrando la conducta ilícita; y, a la vez gradúan la pena (atenuantes y agravantes). Para ilustrar mejor: en el delito de robo con muerte de una persona.

⁹² Albán, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, 139.

⁹³ Encalada, Teoría Constitucional del Delito, 46.

⁹⁴ Albán, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, 141.

⁹⁵ Encalada, Teoría Constitucional del Delito, 47.

Ahora bien: La tipicidad subjetiva es el nexo psicológico entre el agente y el resultado ilícito; es decir, el vínculo que existe entre la fase interna (psíquico) del sujeto activo del delito con la causación del resultado penalmente relevante descrito en la norma, en virtud de que la esfera psíquica o interna del agente describe las especiales motivaciones que tuvo para cometer su conducta infractora⁹⁶ lo cual origina los concepto de dolo y culpa.

Así, pues, el dolo consiste en la voluntad (querer) y conciencia (conocer) de ejecutar todos los elementos constitutivos del elemento objetivo descrito en el tipo penal; es decir, los elementos que caracterizan la acción ilícita o la generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de forma directa un determinado bien jurídico protegido por el Derecho penal.

De ahí se infiere que, el dolo neutro integra los elementos cognitivos (conocer) volitivos (querer) de los hechos constitutivos de la infracción penal⁹⁷ por lo que el dolo es el elemento interno, que proviene del sujeto autor del hecho, de su conocimiento y deseo de actuar o de generar las consecuencias.⁹⁸ Por ende el dolo es: “la voluntad realizadora del tipo, guiado por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesario para su configuración”⁹⁹ Traduciéndose en “conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. Se distingue por ello, un elemento intelectual y un elemento volitivo en el concepto del dolo”.¹⁰⁰

En definitiva el dolo no implica el conocimiento por parte del sujeto activo del delito, de que su conducta sea contraria a derecho (antijurídico), sino basta el mero reconocimiento, así la conciencia de la antijuridicidad o de la ilicitud no se exige en la estructura del dolo sino en la culpabilidad, por lo mismo no es menester que el autor conozca y valore de ilícita o antijurídica su acción efectuada.

Entonces, resulta que el conocimiento debe ser actual; es decir, en el momento en que el actor realice la conducta típica, al igual que el elemento volitivo de realizar su plan y se materialice en perjuicio del bien jurídico protegido por la ley penal por lo

⁹⁶ Alonso Peña, Derecho Penal. Parte General: *Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias Jurídicas* (Lima: Rodhas, 2007), 296.

⁹⁷ Gonzalo Quintero Olivares, comp., *Esquemas de Teoría Jurídica del Delito y de la Pena*, 3a. edición (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009), 60.

⁹⁸ Silvestroni *Teoría Constitucional del delito*, 259.

⁹⁹ Zaffaroni, *Derecho Penal. Parte General*, 519.

¹⁰⁰ Cerezo, *Derecho Penal*, 519.

mismo la voluntad es un elemento importante y esencial del dolo, a efectos de distinguir de la culpa, de ahí que el elemento volitivo no es un simple querer sino la voluntad de consumación, de que se materializa en actos¹⁰¹ observándose que hace todo lo necesario para que se produzca el hecho, queriendo el resultado.

De ello resulta que, el dolo se clasifica en: dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual; es decir, en mérito del aspecto cognitivo o volitivo.

Así que, el dolo directo es aquel donde existe una general y plena identificación entre el resultado previsto, querido y obtenido por el sujeto activo del hecho ilícito, en la cual el elemento volitivo sobrepasa sobre la cognición;¹⁰² es decir, coexiste una correspondencia entre lo que se conoce y el fin que se propone. Como caso típico: Pedro quiere matar a Luis y lo hace, resultado - consigue matarlo; se reitera que el sujeto activo del hecho ilícito conoce los elementos objetivos del tipo penal, desea su realización, por lo que, opera de forma voluntaria destinando su actividad corporal o incorporal a la concreción del fin y lo logra, por ello se recalca que el dolo directo de primer grado es el caso en que la voluntad abarca la realización del resultado típico como fin en sí.¹⁰³

En lo que toca, al dolo directo de segundo grado, se denominada a aquel, cuyo resultado se representa en el ideario del sujeto activo en efecto o consecuencia inevitable de su actuar voluntario; el resultado previsto no es querido por él mismo, pero se le representa, necesario, siendo la concreción de alta probabilidad.¹⁰⁴ Aunque el autor no configura una voluntad directa de que se produzca el resultado, lo internaliza y acepta de consecuencia de su acción en aras de conseguir el resultado dañoso que espera.

De igual forma, Zaffaroni dice: “En el dolo directo de segundo grado o inmediato el resultado típico es una consecuencia necesaria de los medios elegidos, que

¹⁰¹ Bustos, Derecho Penal, 829.

¹⁰² Cury, Derecho Penal-Parte General.

¹⁰³ Zaffaroni, Derecho Penal Parte General, 523.

¹⁰⁴ Jakobs, Derecho Penal Parte General.

deben ser abarcados por la voluntad tanto como el fin mismo".¹⁰⁵ Por ejemplo: Sujeto A pone una bomba en la casa del sujeto B, con el afán de quitarle la vida a éste, el sujeto A no quiere que mueran los sujetos C y D que se encuentran en la vivienda, a pesar de ello, acepta los resultados de su acción, no lo deseó, sabe que va suceder, no obstante aquello continúa con el accionar.

En fin, el dolo eventual, representa un planteamiento de probabilidad de las consecuencias que puede producir una acción aun así el agente acepta el resultado, pese al condicionamiento por conocer los elementos objetivos del tipo y de su aceptación en la realización del tipo que se le representa de probable o posible, así plantea Zaffaroni:

En el dolo eventual (también llamado indirecto o condicionado) el agente se representa la posibilidad de producción del resultado, pero encubre su voluntad realizadora acudiendo a una infundada esperanza de que no se produzca. La voluntad realizadora existe en la psiquis del agente, pero éste apela al recurso de no saber lo que sabe mediante una esperanza infundada, de modo que su representación de esta posibilidad no le hace desistir del plan.¹⁰⁶

Una vez hecha esta precisión el dolo eventual de la culpa consciente se diferencia por el nivel de representación del riesgo con el que opera el sujeto activo del delito, por lo que se evidencia un límite muy fino entre el dolo eventual y la culpa consciente, de ahí que en el dolo directo prevalece el elemento volitivo sobre el cognitivo mientras que en el dolo indirecto viceversa y en el dolo eventual se equiparan los dos elementos.

Ahora bien: La culpa es la representación del riesgo que amenaza el bien jurídico, no es dirigida hacia el resultado, sino al conocimiento del riesgo, sin considerar el resultado, aunque éste pueda resultar previsible.¹⁰⁷ De ello resulta que se puede describir en acción perjudicial que pudo y debió ser previsto por el sujeto activo que por falta de previsión se concretó el hecho dañoso.

Por consiguiente, estos tipos penales son delimitados por el legislador, en función de la consideración que se tenga sobre el bien jurídicamente protegido; consecuentemente, sólo son punibles aquellas conductas delimitadas en la ley penal, lo cual es una correspondencia de una característica legislativa que limita al poder punitivo imprimiendo el carácter de menos irracional.

¹⁰⁵ Zaffaroni, Derecho Penal: Parte General, 523.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, 531.

¹⁰⁷ Silvestroni, Teoría Constitucional del delito, 271.

De igual modo, Albán manifiesta que: “la doctrina actual considera que, en estos casos, se sanciona a las personas porque incumplen un deber, asignado a todo individuo: el actuar con el necesario cuidado, con la diligencia indispensable, para evitar que sus actos causen daño a las personas o a la comunidad”¹⁰⁸ por lo que la punición es de carácter excepcional dirigido hacia las personas que comenten estos hechos; la pena es menos grave, por ende la doctrina actual, como la jurisprudencia enfatizan dos elementos del tipo de injusto del delito imprudente primero la conducta típica imprudente y la segunda su relación con el resultado causado.¹⁰⁹

De ello resulta, que el concepto del cuidado objetivo está integrado por elementos objetivos y normativos, por ende el reproche recae sobre la forma de la ejecución de la conducta o sobre la selección de los medios para su ejecución por lo mismo los presupuestos para que exista un delito culposo son tres: 1) La infracción del deber objetivo del cuidado, 2) La consecuencia típica; y, 3) El vínculo entre ellas, lo cual describe la acción imperfecta como el curso causal que produjo aquello.

Así pues, la culpa se clasifica en culpa consciente y culpa inconsciente, al igual que los delitos dolosos, en función del elemento del conocimiento. La culpa consciente: se refiere a que el sujeto activo del hecho ilícito ejecuta su acción con representación del conocimiento de que su conducta amenaza el bien jurídico, además representando la posibilidad de que se produzca la consecuencia o conoce que el mismo puede generar un peligro¹¹⁰ por ello se dice: el sujeto activo actúa con representación del resultado¹¹¹ en cambio en la culpa inconsciente, el agente actúa sin representación, no se da cuenta de la amenaza a cuyos hechos se le conocen de negligencia así manifiesta Zaffaroni: pese a tener los conocimientos que permitirían representarse esa posibilidad de producción del resultado, no los actualiza (no piensa en ellos) y, por ende, no se la representa o, lo que es lo mismo, no tiene consciencia de la creación del peligro (que siempre es de un resultado).¹¹²

¹⁰⁸ Albán, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, 141.

¹⁰⁹ Muñoz Conde, Derecho Penal Parte General, 283.

¹¹⁰ Silvestroni, Teoría Constitucional del delito, 273.

¹¹¹ Encalada, Teoría Constitucional del Delito, 61.

¹¹² Zaffaroni, Derecho Penal Parte General, 550.

Pasemos ahora, a referir sobre la Teoría del error. Es la ignorancia o falsa apreciación de la realidad en tal virtud “El error es la creencia equivocada o juicio falso de que algo es real o verdadero; es la no coincidencia entre el mundo ideal y el real, entre lo que se piensa que es y lo que en la realidad”¹¹³ por lo que ésta se divide en dos elementos para su explicación: error de tipo y error de prohibición, siendo el primero materia de análisis de la tipicidad subjetiva (tipicidad) y el segundo materia de análisis dentro del elemento del conocimiento de la antijuridicidad del actuar (culpabilidad).

Es así que, el error de tipo son elementos negativos que tornan a la conducta ilícita en atípica, en virtud de que se instaura sobre los elementos descriptivos que conforma el tipo objetivo; es decir, que el agente actúa sin conocimiento de que está realizando una conducta ilícita al momento de la ejecución de la acción, la misma que se subdivide en: error de tipo vencible y error de tipo invencible.¹¹⁴

Entonces, el error de tipo vencible elimina el dolo, no la culpa, mientras que el error de tipo invencible elimina el dolo y a la culpa, análisis que se efectúa en función del grado de reprochabilidad del sujeto activo que ocasionó el resultado lesivo, frente a este particular Silvestroni reitera diciendo que el error de tipo invencible elimina el dolo y la culpa, mientras que el error vencible deja subsistente la responsabilidad culposa.¹¹⁵

Para ilustrar mejor, sobre el error vencible: Sujeto A encontrándose en una tienda de juguetes agarra una pistola que al día anterior dejó descargada (sin darse cuenta que su hijo había cargado) y dispara provocando una herida al sujeto B, lo cual a prima facie constituyéndose en un error invencible, la misma desvanece, en virtud de que pudo ser superado, si hubiese revisado. Sobre el error de tipo invencible: Juan retira un dinero de su cuenta que días posteriores Pedro le había depositado (por deuda), origen del dinero que resulta haber sido producto del narcotráfico, ante lo cual, Juan no responde por ningún tipo de delito por cuanto no tenía conocimiento de que se estaba lavando dinero (se elimina el dolo).

En síntesis, determinada la tipicidad, el tipo penal constituye la descripción abstracta de la conducta prohibida (acción) y ordenada (omisión) efectuada por el

¹¹³ Alberto Suarez Sánchez, “Aspectos Negativos de la Tipicidad”, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General, con énfasis en la teoría del delito* de Ordóñez Hernando (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016), 249-258.

¹¹⁴ *Ibíd.*

¹¹⁵ Silvestroni, *Teoría Constitucional del delito*, 267.

legislador en la ley penal, que permite la intervención formal del ius puniendi y del derecho penal en su finalidad de limitar a la intervención del poder punitivo del Estado a través de la decisión jurídica.

7.3. Antijuridicidad

Es la contradicción de la acción ilícita efectuada por el agente con el ordenamiento jurídico vigente, de ahí que esta categoría dogmática del delito, determina bajo qué condiciones se debe considerar a una conducta típica que es contraria a derecho, lo cual se determina siempre cuando no exista causas de justificación, caso contrario será considerado lícita por mandato legal.

Por consiguiente, este proceso valorativo constituye una constatación negativa, de la inexistencia de causas de justificación que convierta en jurídica la conducta típica¹¹⁶ cuya constatación se efectúa bajo dos elementos de la antijuridicidad; esto es, antijuridicidad formal y material reiterando que la tipicidad constituye un indicio a prima facie de la antijuridicidad, porque las conductas típicas son en principio contrarias a la ley por excepción lícitas cuando una norma así lo dispone.¹¹⁷

Entonces, es la oposición de la conducta ilícita a la prohibición o mandato legal, por no estar justificado por algunas de las siguientes causas de justificación: Legítima defensa. Estado de necesidad. Orden legítima de autoridad competente. Cumplimiento de un mandato legal. Ejercicio de una profesión o actividad lícita. Consentimiento del sujeto pasivo, que la doctrina mayoritaria ha reconocido de tales, por ello la antijuridicidad formal se perfecciona por la contrariedad de la acción con todo el ordenamiento jurídico.

Así, pues, Legítima defensa. Es la ejecución de una acción típica que recae en el agresor, en función de proteger el bien jurídico propio o de terceros, ante ataques ilegítimos no provocados en determinadas circunstancias, en tal virtud, “El derecho

¹¹⁶ Encalada, Teoría Constitucional del Delito, 72.

¹¹⁷ Silvestroni, Teoría Constitucional del delito, 332.

autoriza la defensa propia o de terceros cuando, en el marco de ciertas circunstancias, un sujeto agrede ilegítimamente los derechos de otro.”¹¹⁸

Por tanto, para que opere la causa de justificación son: primero, la actual agresión o inminente, el ataque que se contrarresta debe ser en el mismo momento y lugar o inminente para que se justifique la reacción de quien repela dicha conducta; segundo, la agresión ilegítima, donde el acto lesivo no esté justificado por el ordenamiento penal; tercero, la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende, que el agente que repela no haya provocado la conducta ilícita del cual se ha defendido; cuarto, es la necesidad racional de la defensa, que es la utilización de medios menos gravosos para evitar la agresión del cual se está sufriendo, y, quinto, la racionalidad de los medios empleados para repeler la agresión, siendo la racionalidad que recae en los medios empleados para repeler la agresión de cual se está sufriendo (del autor - arma de fuego y del que se defiende - arma blanca).

El Estado de necesidad. Es el escenario de peligro latente en el que se encuentra un bien jurídico sea propio o de terceros, que obliga lesionar a otro bien jurídico de menor valor de terceras personas para evitar la inminente producción del resultado lesivo sobre el bien que se quiere proteger, sin que exista otro medio para salvarlo, por ello se determina que “el estado de necesidad como la situación de peligro de un bien jurídico, propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave, que es inevitable sin producir la lesión de menor gravedad de los bienes jurídicos de otra persona o sin infringir un deber.”¹¹⁹ Así, por ejemplo, Juan para salvar la vida de una persona que está muriendo de asfixia producto del incendio, pasa por la morada de una tercera persona, no comete el delito de violación de propiedad privada.¹²⁰

La Orden legítima de autoridad competente. Es la lesión de un bien jurídico ajeno en función del cumplimiento de la orden de autoridad competente, siendo los siguientes requisitos para su configuración: relación jerárquica superior - subordinado; orden legítima (facultad de autoridad competente) y legal (que esté señalado en la ley). Como caso típico: detención con fines investigativos.

¹¹⁸ Silvestroni, Teoría Constitucional del delito, 341.

¹¹⁹ Cerezo, Derecho Penal Parte General, 566.

¹²⁰ Esther Hava García, “Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 87, (2016): 60-98.

El consentimiento del sujeto pasivo. Son lesiones producidas por consentimiento de la persona sobre sus derechos disponibles. Por ejemplo: cirugía estética de la nariz.

En lo que toca, a la antijuridicidad material se refiere a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el derecho penal, constituyéndose en un elemento para considerar una conducta ilícita en antijurídica, así la antijuridicidad material demanda la afectación material¹²¹ del bien jurídico protegido, cuyo principio se visualiza en los artículos 66 numeral 5 y 76 numeral 6 y 195 de la CRE, doctrinariamente en el axioma “no hay necesidad sin daño”¹²² que constituye uno de los principios generales rectores del sistema penal.

No obstante se debe considerar que en los delitos de peligro abstracto, según Roxin: se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro, la evitación de concretos peligros y lesiones es el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo.¹²³

En pocas palabras, en los delitos de peligro en abstracto la ley sanciona la conducta típicamente peligrosa, sin que se haya puesto en peligro el bien jurídico concretamente; conforme reitera Donna los tipos penales de tenencia de estupefacientes, donde la sola tenencia es penada, aun cuando no se haya materializado el peligro que conlleva esta acción.¹²⁴

En suma, las causas de justificación son presupuestos permisivos y/o eximentes que la propia ley penal establece ante ataques lesivos a bien jurídicos protegidos en función del ejercicio de la protección de los derechos fundamentales, por lo mismo dichas causas excluyen la antijuridicidad de la conducta, convirtiendo lo ilícito en lícito por disposición legal, de ahí se infiere que las causas de justificación lleva implícito un presupuesto permisivo que interfiere las normas de carácter general, mandatos o prohibiciones.¹²⁵

¹²¹ Silvestroni, Teoría Constitucional del delito, 331.

¹²² Ferrajoli, Derecho y Razón, 93.

¹²³ Roxin, Derecho Penal: Parte General, 407.

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ Cerezo, Derecho Penal Parte General, 501.

7.4. Culpabilidad

Es el juicio de reproche que efectúa la sociedad a una persona que ha realizado una conducta típica, antijurídica, en el sentido del porqué no obró conforme a derecho cuando podía hacerlo, a esto se llama culpabilidad.¹²⁶ Por lo que Bustos Ramírez refiere: la capacidad del Estado para exigir al sujeto responsabilidad por ese hecho¹²⁷ por la facultad de auto dirigirse su conducta conforme a derecho, estando obligado a actuar en tal sentido y pudiendo hacerlo se comportó ilícitamente

De ello resulta que, la culpabilidad se estructuran de los siguientes elementos: imputabilidad; conocimiento de la antijuridicidad del actuar y exigibilidad de otra conducta. Filtro último al que debe pasar el presunto hecho ilícito para determinar que se trata de un delito.

Así pues, la Imputabilidad. Es la capacidad de comprender el carácter ilícito de una conducta y en función de ello auto determinar el accionar de modo distinto al acto típico, la misma se encuentra estructurado por dos elementos: el intelectual o el volitivo, el primero de ellos, se refiere a la comprensión de la conducta que esta efectuado; y, el segundo, se refiere a la capacidad de dirigirse, de tal forma, una persona para ser considerado imputable debe reunir las condiciones de madurez y normalidad psicológica, esta puede ser permanente y relativo.

De ahí se infiere que, desde la óptica del contrato social todos los ciudadanos somos imputables, regla al cual hay excepciones que es la inimputabilidad, esta se subdivide en: inmadurez psicológica y enajenación mental, el primero se refiere al desarrollo completo de la personalidad que permite la capacidad de comprender lo malo y lo bueno. Por ejemplo: Los niños, personas que tienen retraso mental; el segundo elemento se refiere al disturbio y/o trastorno de la personalidad en sus diferentes esferas, sea afectivas, volitivas e intelectual, que ocasionan la pérdida o disminución de los elementos antes indicados: intelectual y volitivo en el agente activo del hecho ilícito que es materia de análisis del primero elemento de la culpabilidad.¹²⁸

¹²⁶ Hava, "Responsabilidad penal por imprudencia".

¹²⁷ Bustos, Derecho Penal, 145.

¹²⁸ Edgardo Donna, Derecho Penal Parte Especial (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2013).

Dentro de este contexto, es menester indicar que la inimputabilidad también tiene sus excepciones, siendo ésta, el *actio libera in causa*, que implica haber instalado de forma premeditada o voluntaria el estado de inimputabilidad para cometer un acto ilícito. Buen ejemplo de ello: Pedro ingiere alcohol para dar muerte a su hermano por herencia, en este caso la inimputabilidad hace hincapié al momento en que la persona se ubicó voluntariamente en esa circunstancia o situación, condición premeditada que equivale a una conducta dolosa y situación voluntaria que equivale a una conducta culposa. Por ello, es imputable el sujeto que al tiempo de cometer el hecho no lo era, pero sí en el momento en que ideó cometerlo o puso en marcha el proceso causal que desembocó en la acción típica.¹²⁹

En lo que toca al Conocimiento de la antijuridicidad del actuar. Es el grado de comprensibilidad que opera en el agente al momento de la ejecución de una conducta, de que su acto está lesionando o poniendo en peligro derechos fundamentales de terceras personas sin justificación alguna, basado en la ética de responsabilidad propuesta por Welzel citado por Agudelo que manifiesta “la persona que vive en sociedad no solo debe abstenerse cuando sabe que está obrando mal, sino también cuando no está seguro que está obrando bien”.¹³⁰ Como caso típico: Pedro de nacionalidad indígena basado en sus costumbres ancestrales lícito dentro de circunscripción territorial, contrae matrimonio con una adolescente de 13 años, tienen relaciones sexuales, que desde su cosmovisión es lícito, siendo desde el punto de vista occidental ilícito, en este caso, opera el presente elemento.

Excepción al Conocimiento de la antijuridicidad del actuar constituye el error de prohibición la misma que incurre sobre la antijuridicidad del hecho que es el ideario de que está actuando bien, que su conducta es lo correcto cuando es todo lo contrario, lo cual sucede cuando se desconoce la existencia de normas prohibitivas signadas en la ley y a su vez la creencia errónea de la existencia de una causa de justificación, cuyo análisis se efectúa desde dos elementos que estructuran; esto es, error de prohibición

¹²⁹ Muñoz Conde, Teoría general del delito, 24.

¹³⁰ Nodier Agudelo, “Elemento de la culpabilidad”, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General, con énfasis en la teoría del delito* de Ordóñez Hernando (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016), 384.

directo e indirecto, los mismos que tienen una subdivisión de vencible e invencible, “Esto ocurre cuando el sujeto desconoce la existencia de la norma prohibitiva (error de prohibición directo) o cuando supone erróneamente la concurrencia de una causa de justificación (error de prohibición indirecto)”.¹³¹

Así pues, el Error de prohibición directo. Es el desconocimiento de la norma prohibitiva, sobre la conducta efectuada bajo la creencia de estar obrando conforme a derecho, la misma que es vencible (superable - ejemplo: persona extranjera que ingresa a nuestro país con 10 gramos de cocaína) e invencible (insuperable - ejemplo: acceso carnal producto del matrimonio suscitado en las comunidades indígenas entre un adulto y una adolescente de 13 años).

En lo que toca, al Error de prohibición indirecto. Cuando el agente supone equivocadamente la existencia de determinada causa de justificación que permita idear que su conducta está amparada en la ley, la misma que es vencible (superable) e invencible (insuperable), del primero por ejemplo: El padre le castiga al niño, pretendiendo corregir, con un látigo (actividad lícita en función del rol de padre); y del segundo, policía que ejecuta la orden de privación de libertad con una orden falsificada.

En resumidas cuentas sobre este punto, el error de prohibición vencible no elimina el segundo elemento de la culpabilidad, por lo que su conducta es punible, atenuada según el artículo 44 del COIP;¹³² mientras que el error de prohibición invencible elimina el segundo elemento de la culpabilidad lo cual convierte a que la conducta no sea punible.

Por último, en relación a la Exigibilidad de otra conducta. Es la facultad que tiene la sociedad para reprimir a la persona que ha tenido la comprensibilidad potencial de obrar conforme a derecho y no lo hizo; consecuentemente, el juicio de reproche recae sobre la persona por no haber motivado sobre la comprensibilidad de su acción. Este filtro (culpabilidad) busca establecer si a la persona a quien se le ha atribuido una conducta ilícita de propia, pudo o no haber obrado de acuerdo a las exigencias de la ley penal. Elemento que posee una excepción en función de las circunstancias que rodearon la ejecución de aquel acto ilícito, no se puede exigir actuaciones heroicas o sacrificios de sus derechos que desembocan en finales catastróficos. Por ejemplo: “guardacostas

¹³¹. Silvestroni, Teoría Constitucional del delito, 388.

¹³² Ecuador, COIP, Art. 44.

[...] observa que un bañista se está ahogando en un fuerte torbellino de agua, producto del cual muere, [...] a pesar de incurrir en una omisión típica y antijurídica, no será responsable si el torbellino ponía en riesgo su vida”.¹³³ Siendo sus elementos el estado de necesidad disculpante y el medio insuperable o fuerza moral irresistible.

Así pues, el Estado de necesidad, infiere la colisión de dos bienes jurídicos protegibles por la norma del mismo nivel, motivo por el cual es imposible exigir la realización de otra conducta conforme a derecho, cuando su bien jurídico protegido está en peligro de perecer, en tal situación es comprensible la ejecución de aquel hecho ilícito.

Finalmente, el insuperable o fuerza moral irresistible. Es la coerción o el pánico potencial que recae sobre el sujeto pasivo, la misma que provoca la realización de un hecho ilícito. Por ejemplo: cajera bancaria que transfiere mil dólares hacia otra cuenta, mientras es coaccionada con una pistola para hacerlo (hazlo si no te disparo).

8. Pena

Es una sanción jurídica prevista en la ley penal, aplicable al agente que ha cometido una acción típica, antijurídica y culpable; por ende, es la consecuencia del delito; por ello, se divide en abstracto, concreto y ejecución.

Pena en abstracto. Es el establecido por los legisladores de cada Estado, la misma que se encuentra singularizado en las leyes penales, por ello se considera “dado por el asambleísta en el tipo penal, dentro de un peso y un máximo, que en general se conoce como pena pendular o sistema de determinación legal relativo”.¹³⁴

La pena en concreto. Es la imposición de la sanción jurídica prevista en la ley penal por parte del órgano jurisdiccional, en función de la gravedad del delito cometido, por ello es aquella pena declarada por el órgano jurisdiccional en el proceso considerando la probanza.¹³⁵

¹³³ Encalada, Teoría Constitucional del Delito, 103.

¹³⁴ María Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal*, 2ª edición (Sevilla: Tecnos, 2007), 435- 6.

¹³⁵ Richard Villagómez Cabezas, *Procedimiento Directo en el COIP* (Quito: Zona G, 2017), 85.

La pena en ejecución. Es el cumplimiento de la pena impuesto por el órgano jurisdiccional, en sus diferentes modalidades signadas en el ordenamiento jurídico que se traduce “Pena ejecutiva, en la ejecución penal luego de aplicada la norma penal y declarada en sentencia de condena por el órgano jurisdiccional (uni o pluripersonal) en el caso concreto”.¹³⁶

¹³⁶Ibíd.

Capítulo segundo

La Motivación como quehacer material, criterio de análisis y corrección de la motivación

1. Concepto de motivación

Es un proceso cognitivo del órgano jurisdiccional consistente en argumentar, explicar, justificar y exponer las razones sólidas que cimentan la resolución judicial a efectos de pragmatizar el derecho del acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de los justiciables, por ser una garantía constitucional que estima prescindir de errores conceptuales de estructura o de garantía; como la arbitrariedad de los administradores de justicia en la toma de decisiones y errores de lógica jurídica en su contenido.

De ahí se infiere que, es una herramienta jurídica que racionaliza la intervención del ius puniendi en aras del respeto a los derechos humanos, por lo que la motivación constituye el signo más importante y típico de racionalización de la Función judicial¹³⁷ en el quehacer de la ley penal de los operadores de justicia, al ser un proceso argumentativo, lógico, crítico y valorativo en cuanto al hecho y derecho que instituye la decisión del caso.

Entonces, la motivación es una exigencia del Estado Constitucional de derechos y justicia, modelo de Estado que tiene por finalidad desterrar la arbitrariedad y decisionismo del poder en la toma de decisiones, afirmaciones que determinan que la motivación no sólo se infiere a la estética la sentencia, sino al orden cronológico de fondo que cimienta la Resolución para determinar su validez y aceptabilidad en los justiciables, en la opinión pública y en el control del órgano superior, por lo que ésta garantía constitucional va más allá de la mera enunciación y explicación según la apreciación del juzgador en términos general y parciales sobre normas legales, constitucionales, tratados y convenios internacionales, jurisprudencia y de doctrinas

¹³⁷ Piero Calamandrei, *Proceso y democracia* (Buenos Aires: Ejea, 1960), 115.

sino busca explicar el proceso intelectual sustento base de las razones utilizadas para la fundamentación de la decisión justa y acorde a derecho.

Por lo que, la operación básica del silogismo jurídico arraigada en el sistema justicia no es suficiente para pragmatizar la garantía constitucional de motivación que debe efectuar el juzgador el momento de emitir su fallo, silogismo que se compone de premisa mayor (ley), premisa menor (comprobación de hechos) y conclusión que es la (consecuencia jurídica), descripción del camino legal que ha seguido el juez desde la norma al fallo¹³⁸

De igual forma, Atienza determina que motivación es: explicar o mostrar las causas -los motivos- de la decisión (contexto de descubrimiento); o, aportar razones que permitan considerar una decisión como correcta o aceptable (contexto de justificación), intercambio recíproco de pensamientos sobre la garantía de motivación con Perfecto Andrés Ibáñez¹³⁹

Concluimos, que la motivación es una operación cognitiva que visualiza las razones sólidas que determinan a que el juez falle de una u otra manera, determinando al mismo tiempo que la decisión no es arbitraria e injusta, sino apegado a derecho resultado del ejercicio correcto de la función jurisdiccional.

2. Importancia de la Motivación

Radica en legitimar la validez de la decisión del órgano jurisdiccional en atención al requerimiento general y permanente de control intimada por la ciudadanía a las decisiones judiciales por el cargo que gozan los órganos jurisdiccionales a la hora de administrar justicia en sus distintas especialidades, así el deber constitucional de fundamentar los fallos es una expresión del principio de control y un elemento esencial e ineludible del Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

¹³⁸ Alejandro Nieto, *El arbitrio judicial* (Barcelona: Ariel S.A., 2000), 137.

¹³⁹ Manuel Atienza, "Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a la tesis de Perfecto Andrés Ibáñez", *Revista Jueces para la Democracia*, N° 22, (1994): 84.

Así, pues, la importancia de la motivación, además, visualiza a las partes procesales las razones necesarias y suficientes de que la decisión del caso es justa y ceñida en derecho a más de ello permite el examen del fallo por el órgano jurisdiccional superior; control sobre la legalidad de la decisión¹⁴⁰ garantía esencial del Estado Constitucional de Derechos y Justicia que tiene entre otras por finalidad garantizar y facilitar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos evitando a toda costa cualquier acto de arbitrariedad en el desarrollo de su actividad.

Por lo que, la motivación facilita: a) el control de la actividad judicial por la sociedad en función del principio de publicidad; b) garantía intraprocesal de los derechos y libertades de las partes sometidas al sistema penal a ser respetados; c) obtener el convencimiento de las partes procesales sobre la justicia y validez de la decisión judicial; y, d) garantizar a los sujetos procesales el control de la resolución judicial por el órgano superior.

Legitimidad de las decisiones judiciales al que me he referido por cuanto el resto de los poderes del Estado tanto Ejecutivo y Legislativo gozan de legitimidad democrática al ser su representantes elegidos por votación popular, lo que no sucede con el poder judicial, el mismo que debe ser legitimado a través de sus fallos justos y emitidos en derecho.

De ahí se infiere que, la importancia de esta garantía constitucional y legal demanda a que el operador de justicia explique cuál fue la línea argumentativa que determinó construir las razones que facilitó la decisión del caso, que se traduce en la exposición de las razones que sustenta la decisión en cuestión¹⁴¹ acreditando así, que dicha decisión no obedece a meras coincidencias, intuiciones personales sino que fue proceso argumentativo lógico, crítico y valorativo que permita que la sentencia pueda ser rastreada y reconstruida racionalmente tanto por la sociedad como por las partes procesales y el órgano del control.

En suma, la motivación visualiza la participación activa del órgano jurisdiccional en el desarrollo de la audiencia desde su rol de director, por lo tanto de los

¹⁴⁰ Alejandro Nieto, *El arbitrio judicial*, 140.

¹⁴¹ Jordi Ferrer Beltrán, "Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 34, (2011): 89.

hechos introducidos mediante la argumentación con la convicción del fallo en función de la conexión de la prueba con el derecho, lo que constituye que el juzgamiento sea cognitivo, lo que permite el control judicial y social de los hechos contruidos, de las pruebas valoradas, derecho aplicado¹⁴² y la verdad construida, en pos de la legitimidad de la función judicial, es así que, Luigi Ferrajoli atribuye a la motivación el valor de garantía de cierre de un sistema que se pretenda racional; motivación o justificación de las sentencias tiende a verse ya no como una exacción técnica, sino como el cimiento mismo de la legitimidad del ejercicio jurisdiccional¹⁴³

3. Requisitos generales para una motivación válida que legitime el fallo desde la doctrina y la Corte Constitucional

Las exacciones de una motivación válida acogiendo las construcciones de la doctrina Fernando de la Rúa¹⁴⁴ son: motivación expresa, motivación clara, motivación completa, motivación legítima y motivación lógica formal, características que facilitará la determinación de una debida motivación al momento de analizar las sentencias condenatorias en el tercer capítulo.

a) Motivación expresa. Es la determinación de la normativa, doctrina y jurisprudencia utilizada en la sentencia por el órgano jurisdiccional, cuya aplicabilidad debe ser justificada argumentativamente en la pertinencia de su aplicación a los antecedentes del hecho, falta de justificación que instituye en un grave descuido en el cimiento principal para instituir un fallo judicial; evento que provocaría la violación de los derechos del justiciable en especial al derecho de acceso gratuito a la justicia, por lo que es inadmisibile mencionar por mencionar.

b) Motivación clara. Se circunscribe a los términos utilizados en las resoluciones judiciales, las mismas que deben ser aprehensibles, inteligibles, simples, comprensibles y examinable construida en una locución apreciable, sucinta sin ambigüedad o vaguedad; que permita exteriorizar con claridad la decisión, por lo que es recomendable

¹⁴² Ávila Santamaría, La (in) justicia penal, 94.

¹⁴³ Al respecto, en extenso Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 5ta. Edición, (Madrid: Editorial Trotta, 1995), 852.

¹⁴⁴ Fernando De la Rúa, *Teoría general del proceso*, (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991), 151-4.

no utilizar terminología embarazoso, como caso típico, locuciones latinas, frases de tipo técnico-jurídico que entorpezcan al momento de interpretar el fallo judicial por el ciudadano común, en aras del control social.

c) Motivación completa. Es la verdad cimentada judicialmente que no deja ningún punto suelto en base a las pruebas valoradas desertando la admisibilidad o exclusión de las mismas en función de las razones que ameritan aquello, por lo que, se refiere a las pruebas introducidas al proceso y su análisis crítico de uno en uno, asignándole el valor que les atribuye con determinación del criterio selectivo empleado y las conclusiones que se les extrae de ellas. De ello resulta que, no se puede efectuar menciones globales a las pruebas.

Y además, otro aspecto trascendental en este punto es el curso legal del debido proceso, respecto a todos los parámetros legales, términos, plazos que determinen la continuidad del proceso.

d) Motivación legítima. Se refiere a la prueba practicada e introducida dentro del juicio oral acorde a la Constitución de la República y a la ley, para su validez y eficacia probatoria, pues, las pruebas practicadas e introducidas bajo este contexto, permite al juzgador arrebatar a una decisión acorde a la credibilidad y peso de cada prueba, toda vez que es una derivación de los principios de verdad real, publicidad, contradicción e inmediación propios del sistema oral.

e) Motivación lógica formal. Es la idea coherente del fallo del órgano jurisdiccional que guarde conformidad con todos los pasos antes señalados (motivación expresa, clara, completa, legítima) enlace que debe entenderse junto a la sencillez del lenguaje utilizado, a efectos de que la justicia pueda informar a la sociedad sobre la verosimilitud de sus decisiones, por lo que el operador de justicia debe prestar atención a las reglas del recto entendimiento humano que conducen en la construcción racional del pensamiento.

Ahora bien, sobre este punto la Corte Constitucional del Ecuador como el máximo órgano de control e interpretación constitucional y de administración de justicia, mediante jurisprudencia de conceptos vinculante, ha determinado de forma reiterada que la motivación debe cumplir un mínimo aceptable de tres parámetros que son: la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad; refiriéndose al respecto en términos generales.

Así, pues, la razonabilidad involucra que el fallo se encuentre instaurado en normas constitucionales y legales que sean adecuadas al caso concreto en tal virtud los argumentos del juez no contradigan estas. La lógica insta que las resoluciones judiciales se hallen constituidas en un orden lógico; que concorra una convenida coherencia entre las premisas que conforman la decisión y el fallo final del caso concreto. Finalmente, la comprensibilidad instituye que las sentencias tienen que ser construidas en un lenguaje claro e inteligible, que pueda ser asimilado efectivamente, no solo por las partes procesales, sino también por toda la sociedad en general¹⁴⁵.

De acuerdo con este pronunciamiento vinculante se infiere que el primer elemento de la motivación concordante a la doctrina es la razonabilidad que radica en que las sentencias emitidas por el juez deben ser construidas no solo en base a los principios constitucionales y en normas infra constitucionales sino que deben ser sostenidas enmarcándose en la naturaleza de la causa. El segundo elemento es la lógica, que es la correspondencia directa de la vinculación de los elementos concatenados y ordenados que permiten construir juicios de valor en el órgano jurisdiccional al momento de dictar la sentencia en base a las circunstancias fácticas y normativas que se presentan en cada caso. Finalmente, el tercer elemento es la comprensibilidad, que el hecho de que el juez o jueza garanticen el entendimiento y conocimiento directo de la decisión a través del uso de un lenguaje claro y sencillo.

En resumen, los cinco elementos señalados por la doctrina *ut supra* han sido base para que la Corte Constitucional de manera general delimite tres elementos mínimos de una motivación completa y válida cuya ínfima omisión de uno de éstos acarrearía nulidad y sanción para el órgano jurisdiccional vía recurso en impugnaciones acerca del fondo de la resolución, segundo elemento que desde la visión crítica de la nueva teoría de la argumentación jurídica determinada por Manuel Atienza no es clara y previsible de si se está refiriéndose a la lógica tradicional o la lógica formal ésta última que va mucha más allá de realizar un silogismo simplista, al igual que el primer y tercer elemento que no contiene criterios o elementos completos de lo que se debe entender por cada uno de estos elementos.

¹⁴⁵ Corte Constitucional ecuatoriana en su sentencia No. 303-17-SEP-CC.

4. Criterio de análisis de la motivación completa y válida

Se ha determinado que una de las características de la motivación es que sea completa, que al no cumplir aquel parámetro, la motivación se constituiría según Mixán Máss¹⁴⁶ y de acuerdo a los cuadros de patologías de la motivación en: motivación en relación a juicio: omitida, incompleta, deficiente, vacía, insuficiente y falseada (inexistente) y en cuanto a la motivación en relación a la decisión: motivaciones omitidas e incompletas, motivación incongruente, motivación contradictoria, motivación ilógica, que a *prima facie* sería nula con consecuencia negativa para el órgano jurisdiccional.

4.1 Motivación en relación a juicio

a) Motivación omitida. Es aquella que determina la no indicación de las pruebas relativas a ninguno de los hechos declarados probados.

b) Motivación incompleta. No visualiza ciertas pruebas relacionados a alguno de los hechos probados.

c) Motivación deficiente. Es aquella resolución judicial que no determina las razones sólidas por las cuales ciertos elementos de prueba han sido considerados válidos y otras no; constituyéndose, en una argumentación viciada en parte o en todo por transgresión a los principios de la lógica formal, deficiencia a constituir por negligencia, ignorancia o producida intencionalmente.

c) Motivación vacía. Se refiere a aquel fallo que cualitativamente no contiene los argumentos sólidos que justifiquen la decisión, que de contener más de una proposición colocada a manera de argumentos, examinados en función de las características generales de la motivación de las sentencias vs los medios probatorios introducidos en el proceso resultan que ninguna de las proposiciones determinadas constituyen argumentos válidos que justifiquen la decisión de la resolución judicial.

¹⁴⁶ Florencio Mixán Máss, *Lógica enunciativa y lógica jurídica*, 4ta. Edición, (Lima: Ediciones BLG, 2006), 307.

d) Motivación insuficiente. Es aquella que determina que un fallo judicial no contiene la descripción de todos los medios de prueba practicados e incorporados en la audiencia de juzgamiento, como la no identificación de aquellos elementos de prueba.

e) Motivación falseada. Es aquella que determinada la alteración del contenido de un medio de prueba.

4.2 Motivación en relación a la decisión.

a) Motivaciones omitidas e incompletas. Es aquella que determina la omisión formal; es decir, la carencia de toda motivación y la omisión sustancial, en relación a la visualización de la motivación parcial y aparente.

b) Motivación incongruente. Se refiere al uso de argumentos impertinentes respecto de las decisiones que deben ser justificadas.

c) Motivación contradictoria. Es aquella que visualiza a prima facie en el fallo la contradicción residente en el contraste entre motivación y decisión.

d) Motivación ilógica. Determina la irracionalidad de los argumentos de la decisión por el uso de la experiencia sin base empírica o científica o por error en la selección de las máximas de la experiencia más apropiadas al caso concreto.

5. Teoría de la argumentación jurídica

Esta teoría se ciñe al estudio jurídico y filosófico que esgrimen las diversas corrientes del pensamiento en relación al contenido de las premisas argumentativas, desde la perspectiva de los órganos jurisdiccionales aplicadores del Derecho. De ello resulta que, tiene como objeto de reflexión las argumentaciones que tienen lugar en contextos jurídicos¹⁴⁷ campo de aplicación que se arraiga a tres momentos: 1) Elaboración de normas jurídicas. 2) Aplicación de las normas en la resolución judiciales. 3) Dogmática Jurídica, que proporciona criterios para la producción, aplicación del derecho y ordena y sistematiza un sector del derecho por ejemplo: civil, penal.

¹⁴⁷ Manuel Atienza, *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, 2ª edición (México: Palestra Editores S.A.C., 2003), 28.

Tras esta digresión, la evolución histórica de la argumentación jurídica es: En el Estado absolutista, el órgano jurisdiccional no motivaba sus resoluciones porque operaba en nombre del Rey. En el Estado de derecho, los operadores de justicia eran simples aplicadores de la ley, interpretando gramaticalmente. En el Estado constitucional de derechos y justicia social: El órgano jurisdiccional a efectos de aplicar la ley además de interpretar literalmente la norma lo realiza de manera sistemática funcional; esta última que significa, interpretar la ley de acuerdo a sus fines, contexto histórico que se dio, intención del legislador. Por lo que, la legitimación de los órganos jurisdiccionales depende de su argumentación que efectúen al momento de resolver los juicios.

En suma, concuerdo que la argumentación jurídica utilizada en la ley, en los juicios, permite probar y justificar la validez de las evidencias por ser una herramienta que sirve para construir una resolución debidamente motivada, por lo que constituye también en criterios de análisis de motivación válida, ya que desde la teoría de la argumentación jurídica se responde a la pregunta acerca: ¿Cuándo una sentencia judicial se encuentra aceptablemente justificada?, así que, el juez no puede expresar en su fallo simplemente la decisión, ni enunciar sus motivos de cualquier forma, pues la argumentación jurídica determina un nuevo estándar de racionalidad con qué se mide críticamente las decisiones de los operadores de justicia, por ello es menester determinar que es argumentar como la justificación interna y externa de la misma.

5.1 Que es argumentar - justificación interna y externa

Consiste en desplegar razonamientos que justifiquen la decisión del caso concreto con el fin de convencer a los sujetos procesales de que la sentencia es justa y en derecho; es decir, conjunto de oraciones esgrimidas en el transcurso de la comunicación, denominadas premisas, que justifican las conclusión que originaron de una serie de razonamientos lógicos, por eso, argumentar instituye un arte que debe ser realizado en estricta observancia al principio de la debida diligencia por el órgano

jurisdiccional, proceso de razonamiento que contribuye a una menor práctica jurídica,¹⁴⁸ que precede -a la decisión como la sombra al cuerpo.¹⁴⁹

Justificación interna

Se describe a la validez de una inferencia a partir de las premisas (la fundamentación del fallo se deduce cuando menos de una norma universal junto a otras proposiciones) dadas en el proceso (audiencia de juicio- razonamiento decisorio), de ahí se infiere que, es tan sólo cuestión de lógica deductiva.¹⁵⁰

Justificación externa

Se refiere a que las premisas (contenido material) para ser consideradas de fundamentadas se debe someter a prueba que corrobore aquello, de aquí se desprende, que en la justificación externa hay que ir más allá de la lógica en sentido estricto.¹⁵¹

6. Cómo analizar las argumentaciones

Desde la teoría de la argumentación jurídica para determinar de válido o correcto la argumentación se considera tres nociones: la concepción formal (ex post- punto de vista observador), la concepción material (ex post- punto de vista observador) y la concepción pragmática (ex ante- punto de vista del participante)¹⁵² que implica entender que hay determinada premisa implícita a través del examen, lectura crítica y localización de argumentos.

La concepción formal. Percibe la argumentación a manera de una cadena de enunciados sin interpretar; así, esta regla proporciona los esquemas de los argumentos

¹⁴⁸ Manuel Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica*, 1ra. Edición, (Madrid: Editorial Trotta, 2013), 107

¹⁴⁹ *Ibíd.*, 108.

¹⁵⁰ Atienza, *Las Razones del Derecho*, 61.

¹⁵¹ *Ibíd.*, 61.

¹⁵² Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica*, 423.

que debe respetar el razonamiento que de serlo se considera válido y correcto; sin embargo, no por ello implique ser un argumento sólido o convincente.

La concepción pragmática. Determina que lo fundamental no es la forma de los argumentos sino las premisas y las conclusiones que hacen de aquellos correctos, centrándose en el proceso de explicar, descubrir y justificar.

La concepción pragmática. Divisa la argumentación como paradigma de actividad lingüística complejo inserta en si misma que dificulta la persuasión.

En suma, aquellas concepciones determinan que argumento es correcto y válido que legitime la actividad del órgano jurisdiccional, nociones que facilita el análisis de cualquier argumento inserto en una determinada sentencia judicial.

7. Cómo evaluar las argumentaciones

La evaluación de la argumentación permite determinar que: está justificada, discrepar con la misma, escribir un artículo a efectos de demostrar que dicha argumentación es errada y plantear los recursos de impugnación ante cortes de alzada, de ello resulta que el análisis de la argumentación es un paso antepuesto a la evaluación de la argumentación, de ahí que se infiere que no basta con saber los buenos o malos argumentos sino también saber identificar lo que aparenta serlo.

De ello resulta que la evaluación de los argumentos es una cuestión fundamentalmente contextual¹⁵³ cuando de las premisas de una tesis proveen información sólida que garantice la verdad de la conclusión, gozamos de un argumento deductivo válido, lo que implica que si las premisas fueran verdaderas, la conclusión lo sea también.

Tras esta digresión, los criterios significativos para la evaluación de la argumentación devienen a ser: Nociones de Universalidad, de coherencia, de aceptabilidad de las consecuencias, de moralidad social y de moralidad justificada¹⁵⁴

¹⁵³Ibíd., 548.

¹⁵⁴Ibíd., 423.

que pautan el proceso de determinación de la justificación, discrepancia, opinión de que está errada y de interposición de los recursos de impugnación.

Universalidad. Es un requisito de carácter lógico, aplicable tanto en los problemas legales como en los de hechos, propios del esquema interno y externo de la justificación, por lo que en relación con las dificultades legales el criterio esgrimido para construir la inferencia legal; es decir, la ratio decidendi no debe ser ad hoc y en tanto a los problemas de hecho, la inferencia fáctica debe configurar como un enunciado universal aunque deba ser sometido a prueba.

Coherencia. Se infiere a que las razones de justificación de la decisión judicial debe ser sólido, compatible entre la norma utilizada en relación a los hechos que se dan por probados con la decisión adoptada en el caso concreto, por lo que la coherencia visualiza que el hecho alegado por una de las partes procesales están probados.

Adecuación de las consecuencias. Es la determinación de las razones concluyentes que cimientan el fallo, por lo que se orienta hacia el futuro en la satisfacción de alguna garantía o derecho de las partes procesales como de la sociedad.

Moral social. Es la adecuada interpretación de las normas legal que contienen nociones y valores de la moral social (libertad, actos de naturaleza sexual) en las argumentaciones judiciales desde el enfoque de las mayorías.

Moral justificada. Son aquellas a las que llega por aceptación previo al intercambio de ideas en observancia a determinadas reglas determinadas.

8. Cómo Argumentar

A efectos de argumentar adecuadamente se debe observar las siguientes fases: a) identificación y análisis del problema; b) propuesta de una solución; c) comprobación - revisión de la solución, d) redacción del texto.¹⁵⁵

Identificación y análisis del problema. Consiste en analizar y evaluar las argumentaciones efectuadas por las partes procesales de forma previa a la redacción de sentencia momento en la cual efectúa el proceso argumentativo a efectos de justificar la decisión.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, 647.

Propuesta de una solución. Es la determinación de una idea sensata de lo que va ser la decisión del caso concreto, que viene a ser el resultado de la fase anterior.

Comprobación y revisión. Es el proceso en que el órgano jurisdiccional se plantea todos los posibles contraargumentos que puedan poner en peligro a sus argumentos que cimienta la decisión del caso por sí mismo o con otros juristas, que de haberlo permite plantear nueva línea argumentativa que dé la solidez suficiente a sus argumentos para que no sean desvanecidos.

Redacción del texto. Consiste en pragmatizar en la sentencia el argumento de manera organizada en lenguaje inteligible que reúna todos los elementos de las fases anteriores.

9. Criterios de corrección de la argumentación

Ante la insatisfacción de que el argumento que sustenta la justificación del fallo sean correctas y sólidas, la teoría de la argumentación jurídica determina dos formas de corrección: la corrección formal (emanadas de la lógica deductiva- argumentos que aparentan ser correctos) y la corrección material (se refiere la argumentación en contexto- contenido) de los argumentos,¹⁵⁶ por lo que se debe distinguir entre argumentos incorrectos, validos, inválidos y las que aparentan ser válidos a los que también se les denomina falacias.

Añádase a esto, que la teoría estándar de la argumentación jurídica además determina la corrección de: racionalidad práctica (criterios mínimos que determinan la irracionalidad de las fallos o formas de argumentación) y del voto particular que no sea sostenido por ningún órgano jurisdiccional (por personas particulares)¹⁵⁷

¹⁵⁶Atienza, Las Razones del Derecho, 43.

¹⁵⁷Ibíd., 319.

10. Motivación y su relación con las categorías dogmáticas del delito

La motivación en la esfera penal tiene incuestionables matices proporcionadas por la teoría del delito, teoría de la pena e incluso en algunos casos por la victimología, lo cual se pragmatiza en función del derecho sustantivo penal desde la teoría constitucional del delito, como se explicó ampliamente en el primer capítulo del presente trabajo investigativo, por cuanto “La dogmática jurídico penal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal”¹⁵⁸

Lo cual relaciona a la dogmática penal con la motivación y no mediante el ejercicio de la subsunción legal que se determina cuando los elementos de tipo penal se encaja al hecho penalmente relevante efectuado por una persona humana, ni el decisionismo que es la voluntad del hombre (juez) por encima de la normativa que rige dentro del Estado; y, peor aún mediante la discrecionalidad que se traduce a la decisión de no acatar la normativa legal previamente señalada sino que se basa en el juicio individual, como tampoco en la arbitrariedad que es la forma de proceder fundada sólo en la voluntad o en el capricho sin obedecer a principios dictados por la lógica, las leyes y la razón, por lo que la aplicación del derecho no debe agotarse en el modelo decimonónico de la subsunción, el silogismo, el decisionismo y la arbitrariedad, lo cual debe ser superado, en aras de materializar las técnicas interpretación y argumentación de las modernas tendencias delimitadas en nuestra legislación penal (art. 18 y siguientes COIP).

De donde se colige que motivación completa y suficiente de los fallos judiciales no se integra por las extensas hojas transcritas, por la utilización de plantillas, por transcribir los textos legales, de la Constitución, tratados y convenios internacionales, jurisprudencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos, doctrina, resoluciones de la Corte Nacional y/o resoluciones del CONSEP, definiciones personales de determinadas palabras, sino mediante un ejercicio serio de interpretación y argumentación judicial (Teoría del Delito). Prácticas indebidas que contrarían a la ética

¹⁵⁸ Claus Roxin, Derecho Penal, Parte General, 192.

del órgano jurisdiccional que tiene el deber fundamental de hacer justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley¹⁵⁹ por la arraigada convicción del sistema judicial en la autosuficiencia de la interpretación meramente gramatical olvidándose del resto de los métodos: histórico, realista, lógico, sistemático, finalístico, axiológico.

Inaplicación de la teoría del delito en la motivación de las sentencias judiciales visualizan per se lo que afirma Viloria:

Una aproximación crítica permite identificar ciertas prácticas que desnudan las deficiencias de nuestro modo de ver la argumentación de los fallos. La cuidadosa elaboración de un fallo judicial, obligación propia del oficio del juez, ha sido sustituida en muchos casos por lugares comunes, fórmulas y modelos; frases hechas que evidencian ideas inconexas y configuran en su conjunto un grave descuido que vulnera la tutela judicial (artículo 26 Constitucional). Son actitudes alejadas del compromiso de la función de juzgar. Se escribe casi para salir del paso (¡o caso!). No hay conciencia de lo que se hace. Hay un terrible conformismo, que aleja a los jueces (cuanto más a los justiciables) de un encuentro con un buen Derecho, bien pensado y mejor escrito, que haga resplandecer los fallos judiciales por su precisión, claridad, y por poseer un lenguaje llano, comprensible para quien acude en demanda de justicia.¹⁶⁰

Motivación efectuada en tal sentido es preocupante que exige efectuar un paréntesis de análisis crítico por parte de los órganos jurisdiccionales como del órgano de control del sistema judicial en pos de concientizar: Resoluciones de calidad y no de cantidad, ésta última propugnada dentro del sistema judicial, al mismo tiempo, visualiza una tendencia acelerada y pragmatizada de emisión de resoluciones judiciales consiste en: motivación insuficiente, parcial, contradictoria, deficiente y ausencia de motivación.

¹⁵⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 172.

¹⁶⁰ José Gregorio Viloria, “Implicaciones éticas del proceso de interpretación y argumentación informáticamente asistida en el Proceso Penal Venezolano”, *Revista Electrónica Conocimiento Libre y Licenciamiento (CLIC)*, N° 14, (2016): 27.

Capítulo tercero

Estudio de campo - análisis de las sentencias - jueces de la unidad judicial penal - durante el año 2016

1. Diseño de investigación

La presente investigación es de carácter documental, por estar basado en el análisis de material bibliográfico, texto legales, doctrina, análisis de sentencias, así señala Arias “un proceso basado en la búsqueda, recuperación, análisis, crítica e interpretación de datos secundarios, es decir, los obtenidos y registrados por otros investigadores en fuentes documentales: impresas, audiovisuales o electrónicas”¹⁶¹ a efectos de obtener el resultado previamente determinado.

2. Métodos en la investigación

El método empleado en la elaboración de esta tesis: es el cualitativo, el alcance de la investigación es el descriptivo y exegético. Lo cual se utilizó para facilitar el análisis de las evidencias que permite contrastar los objetivos específicos dando respuesta a la pregunta central del plan de tesis, lo cual visualiza el funcionamiento de la administración de justicia en esta área del derecho, tomando en cuenta que el alcance de la investigación exegético es aquel: “procedimiento de exposición, enseñanza, construcción científica o aplicación práctica del estudio de los textos, positivos, cuya interpretación y sistematización procura”.¹⁶²

¹⁶¹ Fidias Arias, *El Proyecto de Investigación. Introducción a la metodología científica* (Caracas: Episteme, 2012), 27

¹⁶² Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*, 11ª edición (Buenos Aires: Heliasta, 1993).

3. Técnicas e instrumentos empleados en la investigación

Se utilizó la técnica de gabinete denominada también de ficha que es “Clasificación de los datos mediante la codificación y tabulación de los mismos. Análisis, elaboración e interpretación de los datos. Redacción del informe que contiene los resultados de la investigación”¹⁶³ ficha en la cual se anotaron las informaciones que se encontraron en el transcurso de la revisión de la bibliografía que sustenta la aplicación de la teoría del delito en las sentencias; y, la Técnica de Análisis de contenido que es: “Una técnica de interpretación de textos, ya sean escritos, grabados, pintados, u otra forma diferente, se basa en la lectura (textual o visual) como instrumento de recogida de información, lectura que a diferencia de la lectura común debe realizarse siguiendo el método científico, es decir, debe ser, sistemática, objetiva, replicable, y válida”¹⁶⁴ al momento de abordar el estudio de la teoría del delito, las reglas que integra el artículo 640 del COIP y las sentencias condenatorias.

4. Población y Muestra

Se analiza las (9) nueve sentencias condenatorias dictadas en el procedimiento directo de enero a diciembre del 2016, de un universo de 125 sentencias, de las cuales forman parte: sentencias ratificadoras de inocencia (15), sentencias dictados en procedimiento abreviado (30), proceso suspendido (1) y conciliación (70), que al ser examinados la totalidad de las sentencias condenatorias dictadas dentro del procedimiento directo corresponde al 100% de casos que es materia de análisis.¹⁶⁵

¹⁶³ Universidad Galileo, “Tipo de investigación. Importancia de la investigación en el mundo actual” *Universidad Galileo en Zaragoza*, 30 de abril del 2010, <https://bit.ly/2vsIXx3>

¹⁶⁴ Jaime Andréu, *Las técnicas de Análisis de Contenido: Una revisión actualizada* (Andalucía: Centro Estudios Andaluces, s.f), 2.

¹⁶⁵ Se desarrolla en función de las evidencias recabadas del Despacho de los señores secretarios de la Unidad Judicial Penal del cantón Riobamba, provincia de Chimborazo, ubicado en la Av. Leopoldo Freire y calle Honduras, de enero a diciembre 2016, sentencias condenatorias dictadas en procedimiento directo por los nueve jueces.

Tabla 7
Total, de sentencias emitidas dentro del Procedimiento Directo
Periodo: Enero - diciembre 2016

Tipo de sentencia	Cantidad	%
Condenatoria	9	7,20
Ratificación de inocencia	15	12,00
Procedimiento abreviado	30	24,00
Proceso suspendido	1	0,80
Conciliación	70	56,00
Total	125	100,00

Fuente: Coordinación Unidad Judicial Penal Riobamba, año 2016.
 Elaboración propia.

En este estudio se analizan las sentencias condenatorias y no las ratificadorias de inocencia, susceptibles del mayor grado de afectación de los derechos de las personas sometidas al sistema penal, aplicación irracional del *ius puniendi* y la arbitrariedad en la toma de decisiones, por lo que amerita su análisis a efectos de visualizar la realidad de la administración de justicia y si ella efectúa el tratamiento de la teoría del delito positivizada en el COIP en la fundamentación de las sentencias.

Por consiguiente, el análisis de la aplicación de la teoría del delito en las sentencias condenatorias se realiza desde teoría constitucional del delito en función de lo expuesto en el primer capítulo del presente trabajo, estudio de campo que dará respuestas a los objetivos específicos y a la pregunta central determinada en el plan de tesis, base para el desarrollo del presente trabajo académico.

5. Análisis de las nueve sentencias condenatorias con determinación: aplicación o inaplicación de las categorías dogmáticas del delito

1.- Identificación del caso. Juicio No.- 06282-2016-00052, delito de Robo Inciso 2 del art. 189 del COIP, sentenciada Yadira Elizabeth Calderón Quizhpi.

Hechos por los que se ha juzgado:

El día 9 de enero del año 2016 a las 22h10 en el sector de las calles Venezuela y Colon de esta ciudad de Riobamba lugar que fue detenida la mencionada ciudadana, en el interior del vehículo marca Chevrolet de Placas TAT-525, además se encontraba el vehículo marca Volkswagen de placas HBB-6794 vehículo que se encontraba con el capó abierto, faltándole la computadora y

el depurador, presentándose la propietaria del mismo, JESSICA ALVARADO. En igual forma se encontraba el vehículo color verde marca Hyundai de placas PRJ-457, la puerta del lado del conductor, el motor encendido, el cristal del lado izquierdo abierto y en su interior se encontraba un depurador color negro, una computadora con sus cables cortados, y un celular marca Samsung, por lo que fue detenida Yadira Calderón.¹⁶⁶

Pruebas evacuadas en la audiencia de prueba y juzgamiento: Testimonios: Fabián Pingos Torres (reconocimiento de evidencia). Jaime Sarango (parte policial). Chulco Luzuriaga Darwin Marcelo y Callando Guachambala Patricio han ratificado (en el contenido del parte policial).

Motivación del Juez para dictar sentencia:

Dentro de la audiencia se establece que se ha ratificado el lugar de los hechos, como lo recoge el parte policial, calles Venezuela y Colón el día 9 de enero a las 22H10, encuadrándose la conducta de la Srta. Yadira Calderón en el Art 189 inc. 2°. De esta forma se ha justificado en juicio el tipo penal acusado. Las medidas probatorias en el presente caso ofrecen dar certeza pedida por la norma para dictar la sentencia.¹⁶⁷

Resolución: “se dicta sentencia por el delito de Robo por el Art 189 inciso 2°. En aplicación a los Art 45 y 46 del COIP, se le impone la pena de un año”¹⁶⁸

Análisis: En la presente sentencia condenatoria, no se ha aplicado la teoría del delito, en función de que su contenido no contiene considerando alguno que refiera al análisis de las categorías dogmáticas del delito: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, desde la perspectiva de la teoría constitucional del delito, a efectos de determinar si efectivamente el presunto acto efectuado por la señora Yadira Calderón constituye delito, motivo por cual se advierte la inexistencia del juicio de tipicidad y el juicio de culpabilidad.

No se ha determinado en la sentencia si el acto presuntamente efectuado por la sentenciada es una acción u omisión, tomando en consideración que el “El derecho penal no solo contiene normas prohibitivas sino también, normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión puede producirse resultados socialmente nocivos”¹⁶⁹ más aún, cuando la conducta humana constituye el punto de partida de la reacción jurídico penal.

¹⁶⁶ Ecuador Unidad Judicial Penal de Riobamba, “Sentencia”, en juicio No.- 06282-2016-00052, 2 de marzo del 2016. Disponible en la página web: consulta de causas del Consejo de la Judicatura.

¹⁶⁷ *Ibíd.*

¹⁶⁸ *Ibíd.*

¹⁶⁹ Muñoz Conde, Teoría general del delito 24.

A esto se añade, que en el considerando Quinto de la sentencia que resalta ser la motivación para dictar sentencia condenatoria, esta garantía constitucional no existe, el test de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, por no determinar en base a qué prueba determina la existencia del delito y la responsabilidad y cómo estas se adecúa al hecho materia de juzgamiento.

La inaplicación de las categorías dogmáticas del delito desde la perspectiva de la teoría constitucional del delito, ha ocasionado la aplicación irracional del *ius puniendi*, privación ilegal del derecho ambulatorio de la sentenciada, incumplimiento de una de las garantías básicas del debido proceso (art. 76 núm. 1 CRE) por parte del juez, por cuanto solo los cuatro testimonios de los policías no otorgan convencimiento respecto a que la sentenciada haya cometido delito alguno, peor aún, su responsabilidad.

Toda vez, que de sus testimonios no se desprende que la sentenciada haya sustraído la computadora y el depurador del vehículo Volkswagen de placas HBB-6794, para poner en el vehículo Hyundai de placas PRJ-457, tampoco han observado tales hechos de forma directa, por haber llegado al lugar de los hechos luego de la supuesta comisión, motivo por cual han resaltado que a la sentenciada le han encontrado y han procedido a detener cuando ella ha estado en el interior de otro vehículo; esto es, de placas TAT-525, sobre el cual no se ha juzgado nada al respecto, por último, no se ha aclarado si el indicado vehículo era de propiedad de la sentenciada al igual que el vehículo de placas PRJ-457.

Consecuentemente, el haber estado en el interior del vehículo marca Chevrolet, junto a sus pies las herramientas sin identificación de su titular, no le dan convencimiento que dicha ciudadana haya cometido el delito de robo, conforme concluye el órgano jurisdiccional sin tener prueba contundente que orienten a llegar a tal conclusión, por lo que la presunta motivación efectuada en el considerando Quinto constituye discrecionalidad absoluta, al no sostener su resolución en pruebas plena, motivo por cual la fundamentación ni siquiera es un ejercicio de subsunción legal.

Los hechos adicionales son: La sentencia analizada no contiene los requisitos previstos en el art. 622 numerales 2, 3, 5 y 6 del COIP; consecuentemente no cumple con lo previsto en el art. 621 ibídem; más aún, cuando no se determina a quien le declara la culpabilidad, tampoco se ha establecido de forma clara y precisa los hechos materia de juzgamiento con su característica de claridad, además no existe construcción

de los hechos probados bajo las variables de acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, puesto que es la vía razonable para determinar si existe delito o no; por último, se siguen utilizando terminologías del código anterior para dictar sentencia condenatoria en la que se requería tener certeza inobservando que el COIP determina para la misma tener convencimiento.

2.- Identificación del caso. Juicio No.- 06282-2016-00168. Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización-tenencia. art. 220 núm. 1 literal b) del COIP, sentenciado Miguel Ángel Medina Benavides

Hechos por los que se ha juzgado:

Que el martes 2 de Febrero del 2016, a las 19H00 aproximadamente dentro de un patrullaje realizado por los agentes antinarcoóticos, en las calles Juan Montalvo y México es detenido el señor Medina Benavides Miguel Ángel, ya que en sus partes íntimas encuentran una sustancia de origen vegetal verdosa, la cual a la prueba de campo da positivo para marihuana, luego del análisis se confirma ese resultado con un peso neto de 30 gramos¹⁷⁰

Medios probatorios evacuados en la audiencia de prueba y juzgamiento: testimonios: del Sgop. Policía Fabián Rene Pingos, (Reconocimiento del Lugar de los Hechos); Dr. Wilson Edwin Moncayo Molina (Examen de campo); Sgop. Jairo Paul Ñacante Caiza, Wilson Salomón Lara Guijarro, Javier Arnulfo Herrera Buenaño y Juan Carlos Allauca Salguero (quienes elaboraron el parte policial). Testimonio del señor Cbop. De Policía Segundo Gonzalo Duchi Lata (quien hizo la requisita al acusado). Documental. a) Parte policial y registro de notificación al consulado peruano; b) acta de verificación y pesaje; c) acta de entrega de evidencias; d) acta de prueba de identificación preliminar; e) informe realizado por el Dr. Wilson Moncayo, en cuanto al análisis químico; f) informe de reconocimiento del lugar de los hechos; y, g) informe de reconocimiento de evidencias.

Testimonio del acusado: que la marihuana era para el consumo, que consume desde catorce años, que no le encontraron expandiendo, ni haciendo daño a la gente.

Motivación del juez para dictar sentencia. Consta en el considerando Sexto de la sentencia que se analiza, en la cual se ha citado a dos tratadistas, citas de las sentencias de la Corte Nacional Sala Penal, Resolución No.- 002 CONSEJ CD-2014.

¹⁷⁰Ecuador Unidad Judicial Penal de Riobamba, "Sentencia", en juicio No.- 06282-2016-00168, 06 de abril del 2016. Disponible en la página web: consulta de causas del Consejo de la Judicatura.

Resolución “se DECLARA LA CULPABILIDAD del ciudadano MEDINA BENAVIDES MIGUEL ANGEL, [...] AUTOR de la infracción establecida en el 220 numeral 1, literal b) del Código Orgánico Integral Penal (TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES-TENENCIA) y se le impone la pena privativa de la libertad de TRES AÑOS [...]”.¹⁷¹.

Análisis. No se ha aplicado la teoría del delito, en su contenido no existe considerando alguno que se refiera al análisis de las categorías dogmáticas del delito acto, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, desde la perspectiva de la teoría constitucional del delito, a efectos de determinar si el presunto acto efectuado por el ciudadano Miguel Ángel Medina Benavides, constituye delito, motivo por cual se advierte la inexistencia del juicio de tipicidad y el juicio de culpabilidad.

El considerando Sexto de la Sentencia, que es la motivación para dictar el fallo condenatorio, esta garantía constitucional se ha cumplido de forma parcial; puesto que, no se ha explicado con argumentos sólidos cómo y en qué medida las dos citas de los tratadistas Edgardo Alberto Donna y Pablo Encalada, las citas de las sentencias de la Corte Nacional Sala Penal y por último la Resolución No.- 002 CONSEP CD-2014, se encaja al caso materia de juzgamiento para determinar la materialidad y la responsabilidad del sentenciado, por ello, el citar, no determina por sí solo aquellas particularidades.

La inaplicación de las categorías dogmáticas del delito desde la perspectiva de la teoría constitucional del delito, ha ocasionado falta de legitimidad en la aplicación racional del *ius puniendi*, incumplimiento de una de las garantías básicas del debido proceso (art. 76 núm. 1 CRE) por parte de la jueza, en función de la finalidad de la motivación que permite el control de la actividad jurisdiccional en la opinión pública y hace patente el sometimiento del Juez al imperio de la ley.

Determinada la inaplicación de la teoría del delito en la sentencia condenatoria, la juzgadora ha efectuado un ejercicio de subsunción legal para dictar su fallo.

Los hechos adicionales son: Se recalca que la sentencia analizada contiene el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 622 núm. 2 y 3 del COIP de forma

¹⁷¹ *Ibíd.*

parcial, por lo que no cumple en su integridad con lo previsto en el art. 621 *ibídem*; además no se ha establecido de forma clara y precisa la relación circunstanciada del hecho punible materia de juzgamiento y cómo las citas doctrinarias y fallos de la Corte Nacional Sala de lo Penal se encasilla para determinar materialidad y responsabilidad del sentenciado, por lo que la sentencia es poco clara para el lector.

3.- Identificación del caso. Juicio No.- 06282-2016-01218, delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización- tenencia, art. 220 núm. 1 literal b) del COIP, sentenciado Freddy Edison Heredia Saltos.

Hechos por los que se ha juzgado: El día 23 de marzo del 2016, a eso de las 18h25, agentes de la Unidad de Antinarcóticos, encontrándose por el sector del perímetro de las industrias, calles Av. Edelberto Bonilla Oleas y calle Teherán, le han interceptado a Heredia Saltos Freddy Edison que al realizar el cacheo le han encontrado en el bolsillo interior de la chompa tres envolturas en fundas blancas transparentes de una sustancia vegetal verdosa, sometida a la prueba preliminar ha dado positivo para marihuana con un peso bruto de 4,6 gramos, para cocaína con un peso bruto de 4,5 gramos y un peso bruto en este caso de 10 gramos. Que al no encontrar nada a la señora Gabriela Elizabeth Herida Coronel no le han procesado.

Pruebas evacuadas en la audiencia de prueba y juzgamiento: testimonios: del Cbop. Policía Paucar Paucar Rubén Estuardo, (Reconocimiento del Lugar de los Hechos); Dr. Wilson Edwin Moncayo Molina (Examen de campo). Testimonios: Sgop. Over Naptalí Segura Ibarra; Cbop. Cristina Lenin Guamán Cullispuma; Sgos. Hugo Eduardo Vallejo Fray, (quienes elaboraron el parte policial). Testimonio del acusado: es consumidor.

Motivación del juez para dictar sentencia. Consta en el considerando Quinto de la sentencia que se analiza.

Resolución: “resuelve: DECLARAR LA CULPABILIDAD del ciudadano HEREDIA SALTOS FREDY ÉDISON, [...] AUTOR DIRECTO del tipo penal previsto en el art. 220.1.b del COIP reformado, en relación al art. 42.1.a *ídem*, y se le impone la pena privativa de la libertad atenuada, [...] DOS AÑOS”¹⁷²

¹⁷²Ecuador Unidad Judicial Penal de Riobamba, “Sentencia”, en juicio No.- 06282-2016-01218, 15 de junio del 2016. Disponible en la página web: consulta de causas del Consejo de la Judicatura.

Análisis. No se ha aplicado la teoría del delito en su emisión a pesar de haber referido al respecto en términos generales para determinar si el presunto acto efectuado por el señor Heredia Saltos Fredy Edison constituye delito, motivo por el cual se advierte la inexistencia del juicio de tipicidad y el juicio de culpabilidad, pese a que en el considerando cuarto había delimitado sobre qué parámetros iba a emitir la sentencia para cumplir con la garantía constitucional de la motivación, cuya delineación resalta que el análisis iba a realizarse desde la perspectiva de la teoría constitucional del delito (por resaltar el garantismo, mínima intervención penal, intrascendencia de la pena, entre otros.)

El juzgador en términos generales, según su apreciación entiende cada una de las categorías dogmáticas del delito sin sustento alguno, lo que no es analizar la teoría del delito, siendo esta la que permite determinar la materialidad de la infracción y la responsabilidad del sentenciado, conforme ha recalcado el juzgador dentro del considerando cuarto bajo los términos “Una vez que han sido analizados los elementos del delito”¹⁷³ más aún, cuando al momento de la determinación de lo que se entiende por cada categoría dogmática del delito ha efectuado una mezcla de varias teorías: finalismo (antijuridicidad- formal) y teoría constitucional del delito (acto- tipicidad).

Se determina la inaplicación de la teoría del delito por no haber construido los hechos probados que consideró el juzgador para determinar la materialidad y la responsabilidad del acusado, a través del análisis de cada una de las categorías dogmáticas del delito, por cuanto superado cada categoría se pasa al análisis del siguiente esquema, superado la última permite determinar con claridad la existencia del delito, que es atribuible al sentenciado, susceptible de imposición de la pena.

A pesar de haber indicado que se ha analizado la teoría del delito en el considerando cuarto, vuelve aparentemente efectuar el análisis de los elementos constitutivos del delito en el siguiente considerando, que no lo hace en este contexto y se agota el análisis en mencionarlos; consecuentemente, termina efectuando el ejercicio de subsunción legal conforme lo señala en el considerando cuarto de la sentencia dentro del Numeral XII “Para la calificación y adecuación típica de la conducta a lo descrito en

¹⁷³ *Ibíd.*

la norma, (ejercicio de subsunción)¹⁷⁴ por ello, no se ha analizado bajo ningún concepto las otras circunstancias que complementa el tipo (Tipicidad objetiva - No necesario o accidentales) para terminar conforme a derecho la existencia de atenuantes, pese a ello ha determinado la existencia en la parte resolutive.

Por lo que la garantía constitucional de la motivación efectuado en el considerando Quinto de la Sentencia, se ve cumplido de forma parcial, por no haber respetado sus lineamientos previamente establecidos para la emisión de la sentencia.

La inaplicación de las categorías dogmáticas del delito en la emisión de la sentencia desde la perspectiva de la teoría constitucional del delito, en el caso *sub judice*, ha ocasionado falta de legitimidad en la aplicación racional del *ius puniendi*, incumplimiento de una las garantías básicas del debido proceso (art. 76 No.-1 CRE) por parte del Juez, en función de la finalidad de la motivación que permite el control de la actividad jurisdiccional en la opinión pública y hace patente el sometimiento del Juez al imperio de la ley.

Determinado la inaplicación de la teoría del delito en la sentencia, el juzgador ha efectuado el ejercicio de subsunción para dictar su fallo, la misma que a la fecha debe ser superado con la vigencia del COIP, cuerpo normativo que dispone el análisis de las categorías dogmáticas del delito desde la visión constitucional garantista en los fallos, para determinar la existencia de la infracción penal y si ella es atribuible al sentenciado.

Los hechos adicionales son: se recalca que la sentencia analizada contiene el cumplimiento parcial de los presupuestos previsto en el art. 621 el COIP; al no haber efectuado el análisis formal y adecuado de las categorías dogmáticas del delito desde la teoría constitucional, pese al haberlo advertido, la sentencia es poco claro para el lector, más aún, cuando no se determina porqué el juzgador hace el presunto análisis sobre la señora Gabriela Elizabeth Heredia Coronel, cuando no fue procesada, en fin, el volumen de la sentencia no da garantía de que esté motivada adecuadamente.

4.- Identificación del caso. Juicio No.- 06282-2016-01241, delito de Hurto, art. 196 del COIP (tentativa), sentenciado Ángel Edelberto Chafra Morocho.

Hechos por los que se ha juzgado:

¹⁷⁴ *Ibíd.*

El día 28 de mayo del 2016, a eso de las 16h00 aproximadamente en circunstancias de que el señor Castelo Flores Oswaldo René, dejó estacionado en la Av. Circunvalación, vía a Cerro Negro, en el sector de San Martín de Veranillo, su vehículo de placas GSL1613, hasta realizar tareas propias de su hogar (5 minutos), su vehículo había sido sustraído, razón por la cual con la colaboración del 911 y Policía mediante rastreo, localizado que el vehículo estaba a unos pocos kilómetros, procediendo con la persecución ininterrumpida, han interceptado el vehículo en el sector denominado el Porlon, momento en que el conductor sale en precipitada carrera siendo neutralizado por los miembros de la policial, identificándose como la persona que se llevó el vehículo sin autorización de su dueño (Chafra Morocha Ángel Edelberto), y que la señora Maribel Salguero le habría visto que el acusado habría estado merodeando el vehículo.¹⁷⁵

Pruebas evacuadas en la audiencia de prueba y juzgamiento. Testimonios: del Sgos. Policía Fabián René Pingos Torres, (Reconocimiento del Lugar de los Hechos y evidencias). Testimonios: Salguero Granizo Doris Maribel, Castelo Flores Oswaldo Rene, Sgop. De Policía Pingos Torres Fabian Rene; Cbop. Villagómez Ramos Lauro Marcelo; y Cbop. De Policía Guamán Pinda Julio cesar, quien ha resaltado los hechos constantes en el alegato inicial de fiscalía. Testimonio del acusado. Quien ha indicado que se encontraba inconsciente por haber estado en estado de embriaguez, que ha colaborado al momento de la detención, que disculpen.

Motivación del Juez para dictar sentencia. Consta en el considerando Sexto de la sentencia que se analiza.

Resolución: “resuelve: DECLARAR LA CULPABILIDAD del ciudadano CHAFLA MOROCHO ANGEL EDELBERETO, [...] AUTOR DIRECTO del tipo penal previsto en el art. 196 del COIP en relación al art. 39 y se le impone la pena privativa de la libertad reducida y en atención al valor de la cosa de CUATRO MESES [...]”¹⁷⁶.

Análisis. No se ha aplicado la teoría del delito en su emisión, a pesar de haber referido al respecto en términos generales, para determinar si el presunto acto efectuado por Ángel Edelberto Chafra Morucho constituye delito, por lo que se advierte la inexistencia del juicio de tipicidad y de culpabilidad, pese a que en el considerando Quinto había delimitado sobre qué parámetros iba a emitir la sentencia para cumplir con la garantía constitucional de la motivación, cuya delineación resalta que el análisis iban a realizarse desde la teoría constitucional del delito.

¹⁷⁵Ecuador Unidad Judicial Penal de Riobamba, “Sentencia”, en juicio No.- 06282-2016-01241, 15 de junio del 2016. Disponible en la página web: consulta de causas del Consejo de la Judicatura.

¹⁷⁶ *Ibíd.*

El juzgador en términos generales determina según su apreciación lo que se debe entender por cada una de las categorías dogmáticas del delito sin sustento doctrinario o jurisprudencial alguno, por lo que mencionar no es analizar, particular determinado en el considerando Quinto bajo los términos “Una vez que han sido analizados los elementos del delito”¹⁷⁷ más aún, cuando al momento de la determinación de lo que se entiende por cada categoría dogmática del delito ha efectuado una mezcla de varias teorías: finalismo (antijuridicidad - formal) y teoría constitucional del delito (actotipicidad).

Se determina la inaplicación de la teoría del delito, por no haber construido los hechos que fija el juzgador probados para determinar la materialidad y la responsabilidad del sentenciado a través del análisis de cada una de las categorías dogmáticas del delito, por cuanto superado cada categoría permite determinar con claridad la existencia del delito, si es atribuible al sentenciado y cuál es la pena a imponer.

A pesar de haber indicado que se ha analizado la teoría del delito en el considerando Quinto, vuelve aparentemente a efectuar en el siguiente considerando, que no lo hace; solo los menciona, termina efectuando el ejercicio de subsunción legal señalada en el considerando Quinto de la sentencia dentro del Numeral XII “Para la calificación y adecuación típica de la conducta a lo descrito en la norma, (ejercicio de subsunción)”¹⁷⁸; por ello, no se ha analizado bajo ningún concepto “*la Actio Libera in causa*” excepción de la imputabilidad, para determinar si el sentenciado se situó en tal circunstancia de forma premeditada para cometer el delito de hurto, de forma equívoca efectúa aquel análisis dentro del estado de inconciencia parte de los elementos negativos del acto, que no es del caso y de la norma referente a delitos de tránsito.

Por lo que, la garantía constitucional de motivación del juzgador efectuado en el considerando Sexto de la sentencia, se ve cumplido de forma parcial, por no haber respetado sus lineamientos previamente establecidos en el considerando Quinto.

La inaplicación de las categorías dogmáticas del delito en la emisión de la sentencia desde la perspectiva de la teoría constitucional del delito, en el caso *sub judice*, ha ocasionado falta de legitimidad en la aplicación racional del *ius puniendi*,

¹⁷⁷ *Ibíd.*

¹⁷⁸ *Ibíd.*

incumplimiento de una de las garantías básicas del debido proceso (art. 76 num. 1 CRE) por parte del juez, en función de la finalidad de la motivación que permite el control de la actividad jurisdiccional en la opinión pública y hace patente el sometimiento del juez al imperio de la ley, conforme lo determina Ruiz Lancina María José.

Determinado la inaplicación de la teoría del delito en la sentencia condenatoria, el juzgador ha efectuado el ejercicio de subsunción legal para dictar su fallo, la misma que a la fecha debe ser superado con la vigencia del COIP, que determina el análisis de las categorías dogmáticas del delito desde el prisma constitucional en los fallos para determinar la existencia de la infracción penal y si ella es atribuible al sentenciado.

Los hechos adicionales son: se recalca que la sentencia analizada contiene el cumplimiento parcial de los presupuestos previsto en el art. 621 el COIP; al no haber efectuado el análisis prudente y adecuado de las categorías dogmáticas del delito desde la teoría constitucional del delito pese al haber advertido en tal sentido con antelación, que por su simulación, la sentencia es poco clara y confusa para el lector, más aun, cuando el juzgador dicta sentencia condenatoria por el delito de hurto en grado de tentativa cuando de las pruebas evacuadas visualiza que el delito fue consumado, por último, el volumen de la sentencia no da garantía de que esté motivada adecuadamente.

5.- Identificación del caso. Juicio No.- 06282-2016-01516, delito de suplantación de identidad, art. 212 del COIP, sentenciado Hernán David Pazmiño Amores.

Hechos por los que se ha juzgado:

El 10/07/2016, agentes policiales han tomado contacto con la señora Mariela Astudillo, quien les presenta una boleta de apremio en contra de HERNAN DAVID PAZMIÑO AMORES, los policías al solicitar la cédula al señor HERNAN DAVID PAZMIÑO AMORES, entregando una cédula identificándose como PATRICIO RENAN SEVILLANO JARAMILLO, por lo cual al no corresponder la fotografía le trasladan a verificar los datos en UPC terminal¹⁷⁹.

Pruebas evacuadas en la audiencia de prueba y juzgamiento: testimonios: Fabian Rene Pingos Torres (reconocimiento del lugar de los hechos); Manuel Jesús Romero Morocho (quien elaboró el parte); Maribel Alexandra Astudillo Urquizo (quien entrego

¹⁷⁹Ecuador Unidad Judicial Penal de Riobamba, "Sentencia" en juicio No.- 06282-2016-01516, 26 de julio del 2016. Disponible en la página web: consulta de causas del Consejo de la Judicatura.

la boleta de apremio); Sevillano Jaramillo Patricio Renán (dueño de la cedula entregada-afectado); Mónica Fernanda Idrovo Guamba (testigo de los hechos). Testimonio del acusado: estaba mareado por los efectos del alcohol y que ha entregado la cedula cambiada; Verónica Alejandra Ponce Sigchay (que ha dado la cédula cambiado al acusado para que entregue a los policías). Pruebas Documentales constante en el considerando cuarto. Acuerdos probatorios: informes: identidad física y humana; documento lógico, reconocimiento de evidencia.

Motivación del Juez para dictar sentencia. Consta en el considerando Décimo de la sentencia que se analiza. Resolución: “declara la culpabilidad del acusado HERNAN DAVID PAZMIÑO AMORES, [...]; como autor, responsable del delito tipificado en el art. 212 del Código Orgánico Integral Penal, [...] TRES AÑOS”.¹⁸⁰

Análisis. Se ha aplicado de forma parcial las categorías dogmáticas del delito desde la teoría constitucional del delito, en virtud de que no se ha analizado nada en lo referente al acto tomando en consideración que el “El derecho penal no solo contiene normas prohibitivas sino también, aunque en menor medida, normas que ordenan acciones cuya omisión puede producirse resultados socialmente nocivos”¹⁸¹ cuando la conducta humana constituye el punto de partida de la reacción jurídico penal; tampoco se ha analizado dentro de la tipicidad objetiva el elemento objeto; esto es: material y jurídico y los elementos no necesarios o accidentales inmerso en ello otras circunstancias que complementa el tipo para determinar la existencia de atenuantes que alegaba la defensa.

Dentro de la tipicidad subjetiva no se ha analizado uno de los elementos que estructura el dolo, esto es, el cognitivo; también no se ha analizado el error de tipo vencible para atender el argumento de la defensa respecto a la entrega de otra cédula al policía de forma equivocada; además no se ha analizado el elemento formal de la antijuridicidad, a pesar de haberlo referido; no ha efectuado el análisis del elemento de imputabilidad a pesar de haber señalado para de esta forma superar el análisis de cada una de las categorías dogmáticas del delito de forma adecuada; por el contrario, se ha escudado en fórmulas peligrosas, indicando que el sentenciado no ha justificado la existencia que prescribe dichos elementos y de imputabilidad, descuidándose que la

¹⁸⁰ *Ibíd.*

¹⁸¹ Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito* (Bogotá: Temis, 2008), 24.

Fiscalía es quien tiene la carga de la prueba; consecuentemente, motiva haber analizado todas las categorías dogmáticas.

Por lo que la garantía constitucional de motivación efectuada en el considerando Décimo de la sentencia, se ve cumplido de forma parcial, por no haber respetado sus lineamientos previamente establecidos en el considerando Décimo.

La aplicación de las categorías dogmáticas del delito de forma parcial en la emisión de la sentencia desde la perspectiva de la teoría constitucional del delito, en el caso *sub judice*, ha ocasionado falta de legitimidad en la aplicación racional del *ius puniendi*, incumplimiento de una de las garantías básicas del debido proceso (art. 76 núm. 1 CRE) por parte del juez, en función de la finalidad de la motivación permite el control de la actividad jurisdiccional en la opinión pública y hace patente el sometimiento del Juez al imperio de la ley conforme lo prescribe Ruiz Lancina María José.

Los hechos adicionales, se recalca que la sentencia analizada contiene el cumplimiento parcial de los presupuestos previsto en el art. 621 el COIP; al no haber efectuado el análisis íntegro y adecuado a las categorías dogmáticas del delito, por lo que, la sentencia es poco clara y confusa para el lector, más aun, cuando el juzgador prescribe que se ha valorado las pruebas de acuerdo a las reglas de la sana crítica, inobservando lo previsto en el art. 457 del COIP, por lo que la valoración de la prueba en tal sentido está vedado, por último el volumen de la sentencia no da garantía de que esté motivada adecuadamente.

6.- Identificación del caso. Juicio No.- 06282-2016-01490, delito de porte ilegal de armas, art. 360 inc. 2 del COIP, sentenciado German Bolívar Cabezas Roldan.

Hechos por los que se ha juzgado:

El 4 de julio del 2016 a las 17h30 agentes de policía se encontraban de servicio por el sector en las calles 37 y Chimborazo proceden a interceptarlo por su actitud sospechosa a la altura del abdomen al costado derecho se encuentra una arma de fuego tipo revolver al solicitarle la procedencia para ver si tiene permiso para portar arma de fuego al no justificar¹⁸².

¹⁸² Ecuador Unidad Judicial Penal de Riobamba, "Sentencia", juicio No.- 06282-2016-01490, 19 de julio del 2016. Disponible en la página web: consulta de causas del Consejo de la Judicatura.

Pruebas evacuadas en la audiencia de prueba y juzgamiento: testimonios: Rocillo Domínguez Holguer Geovanny (quien elaboró el parte). Fabian Pingos (reconocimiento de evidencia). Testimonio del acusado: estaba borracho, había encontrado la pistola en la calle y que iba a vender. Franklin Patricio Puertas Tamariz (dice que el acusado estaba borracho). Pruebas documentales: antecedentes penales del acusado. Acuerdos probatorios: informe del reconocimiento del lugar de los hechos.

Motivación del Juez para dictar sentencia. Consta en el considerando Décimo de la sentencia.

Resolución “declara la culpabilidad del acusado GERMAN BOLIVAR CABEZAS ROLDAN, [...] como autor, responsable del delito tipificado en el art. 360 INCISO 2 del Código Orgánico Integral Penal, pena de un años Atenuantes [...]”.¹⁸³

Análisis. Se ha aplicado de forma parcial las categorías dogmáticas del delito desde la teoría constitucional del delito, en virtud de que no se ha analizado nada en lo referente al acto tomando en consideración que el “El derecho penal no solo contiene normas prohibitivas sino también, aunque en menor medida, normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión puede producirse resultados socialmente nocivos”¹⁸⁴

Más aún, cuando la conducta humana constituye el punto de partida de la reacción jurídico penal; tampoco se ha analizado dentro de la tipicidad objetiva, el elemento objeto esto es: material y jurídico y los elementos no necesarios o accidentales inmerso en ello otras circunstancias que complementa el tipo para determinar la existencia de atenuantes que alegaba la defensa, a pesar de ello lo ha aplicado.

Dentro de la tipicidad subjetiva no se ha analizado uno de los elementos que estructura el dolo; esto es, el cognitivo; de la misma forma el elemento formal de la antijuridicidad a pesar de haber referido; no ha efectuado el análisis del elemento de imputabilidad a pesar de haber señalado y la excepción a la misma “*la actio Libera in causa*” para atender el argumento de la defensa de que el acusado había encontrado la pistola al estar borracho y que la iba a vender, para de esta forma superar el análisis de cada una de las categorías dogmáticas del delito de forma adecuada.

¹⁸³ *Ibíd.*

¹⁸⁴ Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito* (Bogotá: Temis, 2008), 24.

Por lo que la garantía constitucional de motivación efectuado en el considerando Décimo de la Sentencia, se ve cumplido de forma parcial, por no haber respetado sus lineamientos previamente establecidos en el considerando Noveno.

La aplicación de las categorías dogmáticas del delito de forma parcial en la emisión de la sentencia desde la perspectiva de la teoría constitucional del delito, ha ocasionado falta de legitimidad en la aplicación racional del *ius puniendi*, incumplimiento de una de las garantías básicas del debido proceso (art. 76 núm. 1 CRE) por parte del juez, en función de la finalidad de la motivación permite el control de la actividad jurisdiccional en la opinión pública y hace patente el sometimiento del juez al imperio de la ley.

Los hechos adicionales son: se recalca que la sentencia analizada contiene el cumplimiento parcial de los presupuestos previsto en el art. 621 el COIP; al no haber efectuado el análisis íntegro adecuado de las categoría dogmáticas del delito, por lo que, la sentencia es poco claro y confuso para el lector, más aun, cuando el juzgador determina que se valorando las pruebas de acuerdo a las reglas de la sana critica, inobservando lo previsto en el art. 457 del COIP, por lo que la valoración de la prueba en tal sentido está vedado. Por último, se sigue utilizando terminologías del código anterior para dictar sentencia condenatoria en la que se requería tener *certeza* inobservando que el COIP establece para la misma tener convencimiento, por último, el volumen de la sentencia no da garantía de que esté motivado adecuadamente.

7.- Identificación del caso. Juicio No.- 06282-2016-02058. Delito de robo art. 189 inc. 2 del COIP, sentenciado Michael Javier Murillo Tenemaza.

Hechos por los que se ha juzgado:

El día 20 de octubre del 2016 siendo las 00h20 aproximadamente, en circunstancias que el señor Carlos Leonardo Salazar Andrade persona con capacidades especiales llega a la vivienda de una amiga ubicada en la Av. Pedro Vicente Maldonado y Hurones, [...] sector denominado la media luna, el hoy procesado señor MURILLO TENEMAZA MICHAEL JAVIER, en compañía de un adolescente de nombres RODNEY OCAÑA, utilizando la fuerza han sustraído el vehículo de placas HAF-310, marca Chevrolet San Remo, color rojo, de propiedad de la víctima [...] para

luego darse a la fuga, siendo recuperado el automotor por el sector de los moteles, sin algunas partes del automotor.¹⁸⁵

Pruebas evacuadas en la audiencia de prueba y juzgamiento: testimonios: Patricio Quishpi Mullo, (reconocimiento del lugar de los hechos y de evidencia); Martha Cecilia Gavilánez González (explotación de video); Carlos Daniel Yungan Sinaluisa, Luis Aldedo Guamán, Cristóbal Valentín Paucar Socag, Julio César Reino Méndez (quienes elaboraron el parte policial). Carlos Leonardo Salazar Andrade (víctima). Jessica Katerine Maji Disho (testiga) Documental. a) Parte policial, certificado único vehicular, Informes. No existe testimonio del acusado.

Motivación del juez para dictar sentencia. Consta en el considerando Noveno de la sentencia. Resolución: “se DECLARA LA CULPABILIDAD [...] MURILLO TENEMAZA MICHAEL JAVIER, [...] su conducta, se adecua al tipo penal establecido en el inciso segundo del art. 189 del Código Orgánico Integral Penal, como AUTOR [...] pena [...] CINCO AÑOS (5) de prisión [...]”¹⁸⁶

Análisis. No se ha aplicado la teoría del delito en su emisión, a pesar de haber referido al respecto en términos generales, que se realizaba tal operación, sin fundamentarla, por lo que no existe análisis de acto, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que permita determinar si el presunto acto efectuado por el sentenciado es delito, por lo que se advierte la inexistencia del juicio de tipicidad y de culpabilidad, pese a que en el considerando Séptimo e inicio del Noveno había delimitado sobre qué parámetros iba a emitir la sentencia para cumplir con la garantía constitucional de la motivación, cuya delineación resalta que el análisis iba a realizarse desde la teoría constitucional del delito (enfatisa garantismo, mínima intervención penal, finalidad de la motivación, derecho penal de acto).

El considerando Noveno del fallo, motivación para dictar sentencia, se ve cumplido de forma parcial; por cuanto no se explica con argumentos sólidos cómo y en qué medida las categorías dogmáticas del delito construyen los hechos probados, permitiendo determinar la materialidad y la responsabilidad del sentenciado, por ello, el citar no es analizar conforme a ella.

¹⁸⁵Ecuador. Unidad Judicial Penal de Riobamba, “Sentencia” en juicio No.- 06282-2016-02058, 15 de noviembre del 2016. Disponible en la página web: consulta de causas del Consejo de la Judicatura.

¹⁸⁶ *Ibíd.*

La inaplicación de las categorías dogmáticas del delito desde la perspectiva de la teoría constitucional del delito, ha ocasionado falta de legitimidad en la aplicación racional del *ius puniendi*, incumplimiento de una de las garantías básicas del debido proceso (art. 76 num. 1 CRE) por parte de la jueza, en función de la finalidad de la motivación permite el control de la actividad jurisdiccional en la opinión pública y hace patente el sometimiento del Juez al imperio de la ley.

Determinado la inaplicación de la teoría del delito en la sentencia, el juzgador ha efectuado el ejercicio de subsunción legal para dictar su fallo, la misma que a la fecha debe ser superado con la vigencia del COIP, que determinar el análisis de las categorías dogmáticas del delito desde el prisma constitucional en los fallos para determinar la existencia de la infracción penal y si ella es atribuible al sentenciado.

Hechos adicionales. Se recalca que la sentencia analizada contiene el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 622 núm. 2 y 3 del COIP de forma parcial, por lo que no cumple en su integridad con lo previsto en el art. 621 *ibídem*; al no haber efectuado el análisis de las categorías de delito de forma prudente y adecuada desde la teoría constitucional del delito, pese al haber referido al mismo con antelación, que por su simulación “Que se ha justificado en juicio, el verbo rector del tipo penal acusado, que se uno de los elementos objetivos de la tipicidad”¹⁸⁷, por lo que la sentencia es poco clara y confusa para el lector, por último ha inaplicado el art. 68 del COIP, desconociendo sus motivos, cuando es de aplicación obligatoria, además se sigue utilizando terminologías del código anterior para dictar sentencia condenatoria en la que se requería tener *certeza* inobservando que el COIP determina para la misma tener convencimiento, por último el volumen de la sentencia no da garantía de que esté motivada adecuadamente.

8.- Identificación del caso. Juicio No.- 06282-2016-02506, delito de lesiones causadas por accidente de tránsito art. 379 inc. 3 del COIP en concordancia al art. 152 num. 1 *ibídem*, sentenciado Edison Marcelo Asitimbay Tumaille.

Hechos por los que se ha juzgado

¹⁸⁷ *Ibíd.*

El 30 de diciembre del 2016, las 20h00 en la modalidad volcamiento lateral y choque lateral perpendicular, donde interviene el vehículo marca Volkswagen, placas PGH-0049 de propiedad de Laleo Chicaiza y conducido por Asitimbay Tumaili Edison quien se encontraba en estado de embriaguez, pierde el control del vehículo e impacta al vehículo taxi, color amarillo, de placas RCG-0539, quien circula por su propio carril, desde el colegio Militar a la nueva avenida que colinda con el By Pass, y es impactado por el vehículo PGH-0049, producto del accidente existe una persona herida, que responde a los señores Orozco Tumaille Cesar Javier ¹⁸⁸.

Pruebas evacuadas en la audiencia de prueba y juzgamiento: testimonios: Edgar Rodrigo Sanipatin Marcalla, (elaboró el parte policial); Jessica Paola Cevallos Montalvo (informe Médico Legal); Iván Guillermo Orozco Zúñiga (reconocimiento técnico mecánico de los vehículos); Luis Fernando Chuto Sagba (reconocimiento del lugar de los hechos); Nilo Fabian Cungachi Vigme (víctima); Max Aurelio Cungachi Muyolema (conductor del vehículo-de la víctima) Cesar Javier Orozco Tumaille (testigo); Héctor Isauro Herrera Moyano (gerente de la cooperativa de taxi). No se tiene el testimonio del acusado según el contenido de la sentencia. Documental (informes: médico legal; reconocimiento del lugar de los hechos; técnico mecánico de los vehículos; copias certificadas de matrículas-conductor).

Motivación del juez para dictar sentencia. Consta en el considerando Octavo de la sentencia que se analiza.

Resolución:

Resuelve: DECLARAR LA CULPABILIDAD del ciudadano EDISON MARCELO ASITIMBAY TUMAILLE, cuyos generales de ley constan en líneas anteriores (3.1.), por faltar al deber objetivo de cuidado, ya que su conducta se adecúa a lo previsto en calidad de autor directo al delito penal de tránsito, tipificados en los art. 379 inciso tercero del COIP en relación con el art. 152.1 del COIP, se le impone la pena privativa de libertad de OCHENTA DIAS”¹⁸⁹.

Análisis. Se ha aplicado de forma desordenada y parcialmente las categorías dogmáticas del hecho punible desde la teoría constitucional del delito (conforme se encuentra delimitado en el considerando Quinto, Sexto y Octavo), sin que haya mantenido un orden secuencial por ser una propuesta metodológica en su análisis, bajo el orden acto, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que condicionan la responsabilidad penal de un determinado sujeto (art. 18 del COIP), en virtud de que primero ha analizado de forma somera la violación del deber objetivo del cuidado,

¹⁸⁸Ecuador Unidad Judicial Penal de Riobamba, “Sentencia” en juicio No.- 06282-2016-02506, 25 de Julio del 2016. Disponible en la página web: consulta de causas del Consejo de la Judicatura.

¹⁸⁹ *Ibíd.*

luego la omisión y por último la culpa consiente, por lo que ha terminado haciendo el ejercicio de la subsunción para determinar la materialidad y la responsabilidad.

En este sentido, es importante tener en consideración que: “Los fines que persigue una teoría del delito que [...] son esencialmente prácticos. Se trata de ofrecer tanto al jurista como al operador jurídico, una propuesta metodológica, un modelo de análisis, que sirva para establecer si la relación de un hecho concreto acarrea una responsabilidad penal para sus autores”¹⁹⁰

En el caso *sub judice*, no se ve materializado por no haber construido los hechos probados a criterio de la juzgadora de acuerdo a las variables acto, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; más aún, cuando no se ha atendido el alegato de apertura de la defensa mediante el análisis del elemento: Los hechos causados de la naturaleza o animales, sobre el argumento de que el bache le ha originado a que se produzca el accidente.

Análisis que lo ha efectuado en tal sentido, a pesar de haber referido al respecto en términos generales al inicio del considerando Octavo, por lo que no ha efectuado a prudencia y en su integridad, para determinar si el presunto acto efectuado por Edison Marcelo Asitimbay Tumaille constituye delito, motivo por cual se advierte la inexistencia del juicio de tipicidad y el juicio de culpabilidad.

Por lo que determinar según la juzgadora en términos generales lo que se entiende por cada una de las categorías dogmáticas del delito sin sustento alguno en tratadistas de relieve y no construir hecho probado de acuerdo a la misma, no es efectuar el análisis de la teoría del delito, peor aún, en su orden para determinar la materialidad de la infracción y la responsabilidad más aún cuando se ha citado a autores que defienden teorías distintas: (considerando sexto: Mezger - causalismo neoclásico; Zaffaroni y Donna Edgardo Alberto.)

La garantía constitucional de motivación efectuada en el considerando Octavo de la sentencia titulado Decisión, se ve cumplido de forma parcial, por no haber respetado sus lineamientos previamente establecidos, lo que da muestras de que una

¹⁹⁰ Juan Bustos Ramírez, *Derecho Penal Parte general, Obras Completas*, Volumen II (Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador, 2008), 563.

sentencia extensa no es sinónimo de motivación completa y suficiente en sus propias palabras indicadas en líneas anteriores al considerando primero.

La aplicación de las categorías dogmáticas del delito de forma parcial en la emisión de la sentencia desde la perspectiva de la teoría constitucional del delito, ha ocasionado falta de legitimidad en la aplicación racional del *ius puniendi*, incumplimiento de una de las garantías básicas del debido proceso (art. 76 núm. 1 CRE) por parte de la jueza, en función de la finalidad de la motivación permite el control de la actividad jurisdiccional en la opinión pública y hace patente el sometimiento del Juez al imperio de la ley.

Los hechos adicionales que se recalca que la sentencia analizada son: Cumplimiento parcial de los presupuestos previsto en el art. 621 el COIP; al no haber efectuado el análisis de las categoría dogmáticas del delito de manera íntegra, adecuada y en su orden, por lo que, la sentencia es poco clara y confusa para el lector, más aun, cuando la juzgadora determina que “Con todas estas diligencias”¹⁹¹ ha llegado al convencimiento de la existencia de la materialidad de la infracción y a la responsabilidad, inobservando lo señalado oportunamente en el considerando Quinto en el sentido de que se forma el convencimiento en base a prueba, el volumen de la sentencia no da garantía de que esté motivado adecuadamente.

9.- Identificación del caso. Juicio No.- 06282-2016-01418, delito de violación a la propiedad privada art. 181 del COIP, sentenciado Gabriel Sebastián Contreras Paredes.

Hechos por los que se ha juzgado

El día jueves 23 de junio del 2016, la señora Juana Ortega, luego de recibir varias llamadas del procesado, contesta el celular a las 21h35, donde le había indicado que ha ingresado al domicilio de la víctima, quien llama al ECU 911 y solicita ayuda, los servidores policiales de Chambo toman procedimiento, que el procesado se trepa las paredes y se queda en la casa ubicada en el cantón Chambo, calles Alejandro Mendoza, Barrio El Llio, provincia de Chimborazo, al realizar un registro en el inmueble, lo encuentran acostado en la cama y bajo las cobijas, los policías fueron agredidos de manera verbal y física por el procesado¹⁹².

¹⁹¹ *Ibíd.*

¹⁹² Ecuador Unidad Judicial Penal de Riobamba, “Sentencia”, en juicio N° 06282-2016-01418, 25 de julio del 2016. Disponible en la página web: consulta de causas del Consejo de la Judicatura.

Pruebas evacuadas en la audiencia de prueba y juzgamiento. Testimonios: Mauro Ramiro Ramos Aquilla (reconocimiento del lugar de los hechos); Galo Vinicio Villa Sinche y Washington Rodolfo Chávez Quishpe (parte policial). Testimonio del acusado Gabriel Sebastián Contreras Paredes. (A su ex novia aquel día le había indicado que quería conversar, durante la espera había tomado gotas para dormir, que al no llegar había ingresado a la casa al no estar con seguridades)

Motivación del juez para dictar sentencia. Consta en el considerando Sexto de la sentencia que se analiza.

Resolución: resuelve: DECLARAR LA CULPABILIDAD de ABRIEL SEBASTIAN CONTRERAS PAREDES, [...] AUTOR DIRECTO del tipo penal previsto en el art. 181 del COIP en relación al art. 42 y se le impone la pena privativa de la libertad reducida, en virtud de lo previsto en el art. 36 inciso segundo del código de la materia, CUATRO MESES¹⁹³.

Análisis. No se ha aplicado la teoría del delito en su emisión, a pesar de haber referido someramente, por cuanto no ha construido los hechos probados previo el análisis de las categorías dogmáticas del delito acto, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, para determinar si el presunto acto efectuado por el señor Gabriel Sebastián Contreras Paredes constituye delito, motivo por cual se advierte la inexistencia del juicio de tipicidad y el juicio de culpabilidad, pese a que en el considerando Quinto había delimitado sobre qué parámetros iba a emitir la sentencia para cumplir con la garantía constitucional de la motivación, cuya delineación resalta que el análisis iba a realizarse desde la perspectiva de la teoría constitucional del delito.

Aprecia la juzgadora lo que internamente entiende por cada una de las categorías dogmáticas del delito, no las explana el cómo las aplicó en el presente caso, dejó de efectuar el análisis de la teoría del delito para determinar la materialidad de la infracción y al responsabilidad del sentenciado, además al determinar lo que se entiende por cada categoría dogmática del delito ha efectuado una mezcla de la teoría finalismo (antijuridicidad - formal) y teoría constitucional del delito (acto - tipicidad).

¹⁹³ *Ibíd.*

Se determina la inaplicación de la teoría del delito, por no haber construido los hechos que establece la juzgadora probados para determinar la materialidad y la responsabilidad del sentenciado a través del análisis de cada una de las categorías dogmáticas del delito, superado cada categoría se pasa al análisis del siguiente esquema, culminado la última permite determinar con claridad la existencia del delito, si es atribuible al sentenciado y si es susceptible de imposición de la pena.

Por lo que ha terminado efectuando el ejercicio de subsunción legal conforme lo señala en el considerando Quinto de la sentencia dentro del Numeral XII “Para la calificación y adecuación típica de la conducta a lo descrito en la norma, (ejercicio de subsunción)”¹⁹⁴; además, no se ha analizado bajo ningún concepto las otras circunstancias que complementa el tipo, *Tipicidad objetiva-No necesario o accidentales* para determinar conforme a derecho al existencia de atenuantes, pese a ello ha determinado la existencia en la parte resolutive. Por lo que la garantía constitucional de la motivación efectuado en el considerando Sexto de la Sentencia, se ve cumplido de forma parcial, por no haber respetado sus lineamientos previamente establecidos para la emisión de la sentencia.

La inaplicación de las categorías dogmáticas del delito en la emisión de la sentencia desde la perspectiva de la teoría constitucional del delito, en el caso *sub judice*, ha ocasionado falta de legitimidad en la aplicación racional del *ius puniendi*, incumplimiento de una de las garantías básicas del debido proceso (art. 76 núm. 1 CRE) por parte de la jueza, en función de la finalidad de la motivación permite el control de la actividad jurisdiccional en la opinión pública y hace patente el sometimiento del juez al imperio de la ley, conforme lo establece Ruiz Lancina María José.

Se recalca que efectuar el ejercicio de subsunción legal para dictar un fallo, debe ser superado con la vigencia del COIP, que determina el análisis de las categorías dogmáticas del delito, a ser referidos en los fallos para determinar la existencia de la infracción penal y si ella es atribuible al sentenciado.

Hechos adicionales. Se recalca que la sentencia analizada contiene el cumplimiento parcial de los presupuestos previsto en el art. 621 el COIP; al no haber efectuado el análisis de las categorías dogmáticas del delito desde la teoría

¹⁹⁴ *Ibíd.*

constitucional del delito, pese al haber advertido en tal sentido con antelación, que por su simulación y al haber citado fallos de la Corte Nacional-Sala Penal, Corte Constitucional y de CIDH que al no determinar cómo y en qué medida es pertinente su aplicación al caso concreto la sentencia es poco claro para el lector, por último el volumen de la sentencia no da garantía de que esté motivado adecuadamente.

6. Representación Gráfica del resultado del análisis de las sentencias

De las nueve sentencias condenatorias analizadas, se desprende que seis (6) fallos no contienen la aplicación de la teoría de delito; mientras que en tres (3) visualizan su aplicación parcial, conforme se detalla en la siguiente tabla:

Tabla 8
Resultado de Análisis Aplicación de teoría del delito - Sentencia Condenatoria
Período: enero diciembre 2016

Aplicación teoría del delito	Cantidad
No aplica	6
Si aplica	0
Parcialmente	3
Total	9

Fuente: Sentencias Condenatorias de la Unidad Judicial Penal de Riobamba, año 2016.

Elaboración propia.

Las consecuencias que ha generado la inaplicación de la teoría del delito y su uso parcial son: en una sentencia condenatoria ha ocasionado la aplicación irracional del *ius puniendi*, privación ilegal del derecho ambulatorio de la sentenciada, incumplimiento de una de las garantías básicas del debido proceso (art. 76 núm. 1 CRE) por parte del juez; y, en las ocho sentencias han ocasionado falta de legitimidad en la aplicación racional del *ius puniendi*, incumplimiento de una de las garantías básicas del debido proceso (art. 76 núm. 1 CRE) por parte de la Juez (a).

Tabla 9
Resultado del análisis - Sentencia Condenatoria.
Periodo: Enero - Diciembre 2016

Consecuencias de la inaplicación de la teoría del delito y su uso parcial	Sentencia 1
Aplicación irracional del <i>ius puniendi</i> , privación ilegal del derecho de libertad ambulatoria de la sentenciada, incumplimiento de una de las garantías básicas del debido proceso (art. 76 No.-1) por parte del Juez.	1
Falta de legitimidad en la aplicación racional del <i>ius puniendi</i> , incumplimiento de una de las garantías básicas del debido proceso (art. 76 No.-1) por parte de la Juez (a).	8
Total	9

Fuente: Sentencias Condenatorias de la Unidad Judicial Penal de Riobamba, año 2016.
 Elaboración propia.

Determinada la inaplicación de la teoría del delito en las sentencias condenatorias y su uso parcial, los cinco fallos han sido emitidos mediante el ejercicio de subsunción legal, en una sentencia se aplica la discrecionalidad y decisionismo del juzgador y las tres sentencias condenatorias se da la aplicación parcial y desordenada de la teoría del delito.

Tabla 10
Presupuesto de punibilidad de las sentencias

Presupuestos de punibilidad bajo los cuales han sido emitidas las sentencias condenatorias, ante la inaplicación de la teoría del delito y su uso parcial	Cantidad
Subsunción legal	5
Discrecionalidad y decisionismo absoluto	1
Aplicación parcial y desordenada de la teoría del delito	3
Total	9

Fuente: Sentencias Condenatorias de la Unidad Judicial Penal de Riobamba, año 2016.
 Elaboración propia.

7. Elementos adicionales de las sentencias analizadas

Las sentencias no contienen los requisitos previstos en el art. 622 numerales 2, 3, 5 y 6 del COIP. Dos sentencias no contienen los requisitos previstos en el art. 622 numerales 2 y 3 del COIP. Ocho sentencias no contienen en su integridad lo señalado en el art. 621 del COIP. Una sentencia no determina a quien se declara la culpabilidad. Dos sentencias no se establece de forma clara y precisa los hechos materia de juzgamiento con su característica de claridad. Tres sentencias visualizan que se siguen utilizando

terminologías del código anterior para dictar sentencia condenatoria en la que se requería tener certeza inobservando que el COIP determina para la misma tener convencimiento. Dos sentencias no demuestra en qué medida las citas doctrinarias y fallos de la Corte Nacional Sala de lo Penal y CIDH se en casilla para determinar materialidad y responsabilidad del sentenciado, por lo que dichas sentencias es poco clara para el lector. Cinco sentencias no poseen un análisis adecuado de las categorías dogmáticas del delito, pese al haber advertido en tal sentido con antelación, que, por su simulación, dichas sentencias es poco claro para el lector.

Las siete sentencias visualizan que el volumen no da garantía de que esté motivada adecuadamente. Una sentencia determina que se ha analizado la conducta de la señora Gabriela Elizabeth Heredia Coronel cuando no fue procesada. Indica que se ha condenado por el delito de hurto en grado de tentativa cuando de las pruebas evacuadas visualiza que el delito fue consumado. Tres sentencias demuestran que no se ha efectuado un análisis íntegro, adecuado de las categorías dogmáticas del delito, por lo que la sentencia es poco clara y confusa para el lector. Dos sentencias arrojan que se han valorado las pruebas de acuerdo a las reglas de la sana critica, inobservando lo previsto en el art. 457 del COIP. Una sentencia recalca que no se han analizado las categorías dogmáticas del delito en su orden; y, a su vez, resalta que a través de diligencias prueba la materialidad cuando la misma se lo hace a través de pruebas.

Conclusiones y Recomendaciones

Conclusiones.

1. Las normas rectoras del COIP visualizan su amplia tendencia al garantismo penal que al positivismo, al haber sido promulgado desde la visión constitucional, en la cual prevalece la parte dogmática (finalidad del Estado) sobre la orgánica (estructura del estado), así los ciudadanos y sus derechos son la razón de ser del Estado ecuatoriano por constituir la base del sistema jurídico y político.
2. Los elementos dogmáticos, normativos, principios constitucionales, normas rectoras del COIP, los deberes y obligaciones de los órganos jurisdiccionales, determinan el uso de la teoría del delito positivizada en la ley penal en la emisión de las sentencias como requisito *sine qua non*, aplicable desde la teoría constitucional del delito en razón de su utilidad analítica, coherencia, previsible para las soluciones de los casos concretos, adaptable a la legislación ecuatoriana por ser acorde a la constitucionalización del derecho penal, en la cual prevalece el garantismo penal sobre el positivismo, en pos de garantizar el respeto de los derechos humanos, legitimar y contener la intervención del *ius puniendi* por lo que no es letra muerta, ni se materializa simplemente por mencionarla.
3. La aplicación de la teoría del delito en las sentencias judiciales legitima la actividad de la Función Judicial, sistema metodológico y técnico que une el mundo fáctico al mundo normativo, condicionante de la decisión judicial, por lo que es evidente que no se puede obviar su uso en la argumentación del fallo.
4. Las categorías dogmáticas del delito previsto en el COIP bajo los esquemas: acción (sustantivo - neutro) tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, establece tres reglas y/o criterios para determinar qué acto penalmente relevante es delito, en qué medida se aplica la Ley Penal y en qué orden se debe analizar sus esquemas para determinar la responsabilidad penal; proporcionando coherencia y previsibilidad al procedimiento analítico que antecede a la afirmación o negación de la existencia del delito, lo cual destierra el decisionismo, la

arbitrariedad y la discrecionalidad del órgano jurisdiccional a la hora de emitir las sentencias judiciales.

5. Los fines de la teoría del delito ofrece al abogado, al fiscal, al órgano jurisdiccional, una propuesta metodológica, un modelo de análisis de la solución y decisión de los casos, en razón de su utilidad práctica, por lo que los esquemas del delito constituyen herramientas jurídicas de vital importancia a la hora de emitir los fallos.
6. La aplicación de la teoría del delito en las sentencias se materializa y se perfecciona en la garantía legal de motivación, proceso intelectual consistente en argumentar, explicar, justificar y exponer las razones sólidas que cimentan la resolución judicial a efectos de pragmatizar el derecho del acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de los justiciables, garantía que estima prescindir la arbitrariedad, el decisionismo y que los casos se resuelvan por intuiciones o valoraciones personales que le inspire el suceso y errores de lógica jurídica en su contenido, por lo que es el signo más importante y típico de racionalización de la Función judicial que legitima y da validez a la sentencia determinando que el silogismo jurídico no es suficiente para cristalizar esta garantía.
7. Las características de la motivación consistente en: motivación expresa, motivación clara, motivación completa, motivación legítima y motivación lógica formal y los criterios de análisis de la motivación completa (motivación en relación a juicio: omitida, incompleta, deficiente, vacía insuficiente y falseada (inexistente) y en cuanto a la Motivación en relación a la decisión: motivaciones omitidas e incompletas, motivación incongruente, motivación contradictoria, motivación ilógica), determinan cuando la sentencia está debidamente motivada de manera amplia y suficiente.
8. La argumentación jurídica también constituye en criterio de análisis de motivación válida, por cuanto responde a la pregunta acerca: ¿Cuándo una sentencia judicial se encuentra aceptablemente justificada? por lo que el juez no puede expresar en su fallo simplemente la decisión, ni enunciar sus motivos de cualquier forma, así la argumentación es un nuevo estándar de racionalidad con qué se mide también críticamente las decisiones de los operadores de justicia.
9. Del estudio de campo: Las nueve (9) sentencias condenatorias analizadas dentro del procedimiento directo, se desprende que las seis (6) no contienen el análisis de la teoría de delito; en cambio las tres (3) de ellas poseían el estudio parcial y

desordenado, sin el análisis pertinente de las categorías dogmáticas del delito en su orden, lo que estadísticamente representa un número considerable, tomando en cuenta la obligación que tiene el juzgador de motivar la sentencia en función de ella, a pesar de ello, dejan de cumplir con este deber, mencionando solo los elementos del tipo, sin determinar cómo las circunstancias fácticas del caso cumplen con la operacionalización de la teoría del delito.

10. Las consecuencias de la inaplicación de la teoría del delito en una (1) sentencia condenatoria ha ocasionado la aplicación irracional del *ius puniendi*, privación ilegal del derecho ambulatorio de la sentenciada, incumplimiento de una de las garantías básicas del debido proceso (garantía de la aplicación de las normas y los derechos de la partes).
11. Los presupuestos bajo los cuales se ha emitido las sentencias son: seis (6) de los fallos han sido emitidas mediante el ejercicio de subsunción legal; una (1) sentencia mediante la discrecionalidad y decisionismo absoluto del juzgador; y, tres (3) sentencias condenatorias mediante el estudio parcial y desordenado de la teoría del delito.
12. Además, se determinó que seis (6) jueces de la Unidad Judicial Penal del Cantón Riobamba, no utilizan la teoría del delito en la emisión de las sentencias a los efectos de determinar la existencia material de la infracción y la responsabilidad de la persona sentenciada, lo cual denota inobservancia de las garantías básicas del debido proceso, mientras que tres (3) de los jueces efectúan un estudio parcial y desordenado de las categorías dogmáticas del delito, además simulan analizar los esquemas del delito bajo la frases: “Analizado las categorías dogmáticas del delito”, sin haber efectuado aquello; por último, mezclan autores que defienden diferentes teorías a pesar de haber determinado que se iban analizar bajo el garantismo penal, lo cual constituye sentencias confusas y poco clara para el lector.
13. Hechos adicionales: Se advierte la elaboración de las sentencias utilizando formatos o plantillas, el gran volumen de las hojas no es garantía de motivación, señalar citas de fallos de Corte Nacional, Corte Constitucional, de la CIDH, doctrina, sin fuente de origen y sin explicar en qué medida es pertinente al caso concreto, provocan que las sentencias sean inmotivadas.

14. Plateados todos los aspectos antes descritos, la teoría del delito, más que una imposición, resulta una acertada forma de construir la motivación judicial, siendo esta una obligación para el juzgador y un derecho para el justiciable.

Recomendaciones.

1. A través de la Escuela de la Judicial capacitar a los jueces sobre el deber y la obligación ética de aplicar la Ley penal (la teoría del delito) en la emisión de las sentencias, concientizando que las categorías dogmáticas de delito materializan la garantía legal de motivación y no la simple subsunción legal que debe ser superado en la actualidad con la vigencia del COIP, lo que definitivamente permitirá reducir notablemente las falencias en las decisiones judiciales que ocasionan indefensión, inseguridad jurídica, violación al derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en pos de cumplir con la finalidad del sistema procesal que es un medio para la realización de la justicia.
2. Que la Corte Nacional de Justicia ceñido en la independencia judicial emita una Resolución de Ley sobre la aplicación de la teoría del delito en la sentencias desde una sola teoría, que desde el punto de vista del suscrito, sea desde la teoría constitucional del delito, lo cual estimularía la motivación uniforme de las sentencias, evitando fallos incompletos e inmotivados, habilitación irracional del poder punitivo del Estado, violación de los derechos de las personas sometidas al sistema penal.
3. Efectuar capacitaciones a todos los operadores de justicia sobre la no elaboración de las sentencias utilizando plantillas, lo que reduce a mínima expresión a la garantía constitucional de motivación, en aras del cumplimiento del principio de debida diligencia que deben observar en sus cargos.
4. A parte de la capacitación teórica a los jueces, fomentar las aptitudes institucionales respecto a los administradores de justicia, propugnando la ética y los principios propios de un servidor público que aplica la ley en nombre del Estado ecuatoriano.

Bibliografía

- Agudelo, Nodier. "Elemento de la Culpabilidad" En *Lecciones de Derecho Penal, Parte General, con Énfasis en la Teoría del Delito*, editado por: Hernando Ordoñez. Bogotá: Universidad del Externado Colombia, 2016.
- Alban Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano: Parte General, Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Ediciones Legales EDLE, 2015.
- Andreú, Jaime. *Las técnicas de Análisis de contenido: Una revisión actualizada*. Andalucía: Centro de Estudios Andaluces, s.f.
- Arias, Fidias. *El Proyecto de Investigación. Introducción a lka metodología científica*. Caracas: Episteam, 2012.
- Arias, Manuel. "Funcionalismo Penal Moderado o Teleológico Valorativo versus Funcionalismo Normativo o Radical" En *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, de Universidad de la Coruña, 439-453. La Coruña: DOXA, 2006.
- Atienza, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. 1ª edición. Madrid: Editorial Trotta, 2013.
- . *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. 2ª edición. México: Palestra Editores S.A.C., 2003.
- . "Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a la tesis de Perfecto Andrés Ibañez". *Revista Jueces para la Democracia*, n° 22 (1994).
- Ávila Santamaria, Ramiro. *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos: Una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Edic. Legales EDLE, 2013.
- Ávila Santamaría, Ramiro, comp. *Código Orgánico Integral Penal: Hacia su mejor comprensión y aplicación*. Vol. 37. Quito: Corporación Editora Nacional, 2015.
- Bacigalupo, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.
- Bustos Ramírez, Juan. *Derecho Penal: Parte General. Obras Completas*. Vol. II. Quito: Editorial jurídica del Ecuador, 2008.
- . *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1986.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Juridico Elemental*. 11ª edic. Buenos Aires: Heliasta, 1993.

- Calamandrei, Piero. *Proceso y democracia*. Buenos Aires: Ejea, 1960.
- Carbonell Mateu, Juan C. *Derecho Penal: Conceptos y Principios Constitucionales*. 3ª. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.
- Cardenal Montraveta, Sergi. *El Tipo Penal en Beling y los Neokantianos*. Barcelona: PPU, 2002.
- Carmignani, Giovanni. *Elementos de Derecho Criminal*. Bogotá: Temis, 1979.
- Cerezo Mir, José. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediciones B de F, 2013.
- Cury, Enrique. *Derecho Penal-Parte General*. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1992.
- De la Reúa, Fernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991.
- Donna, Edgardo. *Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2013.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial N° 180, 10 de febrero de 2014.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador *Unidad Judicial Penal con sede en el Cantón Riobamba*. "Sentencia". En Juicio N° 06282-2016-01516 (26 de julio de 2016).
- . "Sentencia". En Juicio N° 06282-2016-00168 (06 de abril de 2016).
- . "Sentencia". En Juicio N° 6282-2016-01241 (15 de junio de 2016).
- . "Sentencia". En Juicio N° 06282-2016-01218 (15 de junio de 2016).
- . "Sentencia". En Juicio N° 06282-2016-00052 (2 de marzo de 2016).
- . "Sentencia". En Juicio N° 06282-2016-01490 (19 de julio de 2016).
- . "Sentencia". En Juicio N° 06282-2016-02506 (25 de julio de 2016).
- . "Sentencia". En Juicio N° 06282-2016-01418 (25 de julio de 2016).
- . "Sentencia". En Juicio N° 06282-2016-02058 (16 de noviembre de 2016).
- Encalada Hidalgo, Pablo. *Teoría Constitucional del Delito*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. 2ª edic. Madrid: Trotta, 2009.

- Ferrer Beltrán, Jordi. "Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales". *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n° 34 (2011).
- García, Alejandro. "Escritos de derecho Penal colombiano" *Escuelas Jurídicas del pensamiento*. 6 de octubre de 2011. <https://bit.ly/2Kkr8VD> (último acceso: 6 de Octubre de 2018).
- Gimbernat, Enrique. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1976.
- Gomez, María. *Nociones fundamentales de Derecho Penal*. 2ª edic. Sevilla: Tecnos, 2007.
- Günter, Jakobs. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Segunda. Traducido por Joaquin Cuello y José Serrano. Madrid: Marcial Ponds, 1997.
- Hava García, Esther. "Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena" *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (2016).
- Ibáñez, Andrés. "Acerca de la Motivación de los hechos en la sentencia penal" *Revista DOXA*, N° 12, (1992).
- Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal: El Derecho Penal Nacional-socialista, Filosofía y Ley Penal*. 4ª edición. Buenos Aires: Losada, 1964.
- Jiménez Martínez, Javier. *Introducción a la Teoría General del Delito*. México: Ángel Ediciones, 2010.
- Machicado, Jorge. *Apuntes Jurídicos*. 2009. <https://bit.ly/2Kl76dx> (último acceso: 21 de junio de 2018).
- Maggiore, Giuseppe. *Derecho Penal, Tomo I*. 2ª edic. Bogotá: Temis, 1989.
- Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. 2ª edic. Montevideo: B de F, 2003.
- Mixán Máss, Florencio. *Lógica enunciativa y lógica jurídica*. 4ª edic. Lima: Ediciones BLG, 2006.
- Montoya, Yvan. "Aproximaciones a un funcionalismo constitucional de la teoría del delito" *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, n° 71 (2013).

- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal: Parte General*. Octava. Valencia: Tiranta Lo Blanch, 2010.
- . *Edmundo Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*. 4ª edic. Valencia: Tirant lo Blach, 2003.
- . *Teoría General del Delito*. Bogotá: Temis, 2008.
- Muñoz, Francisco, y Arán García. *Derecho Penal. Parte General*. Sexta. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.
- Nieto García, Alejandro. *El arte de hacer sentencias o teoría de las resoluciones judiciales*. Editado por Sergio Alonso Valverde Alpizar. San José de Costa Rica: Copyleft, 2003.
- . *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel S.A., 2008
- OEA. "Convención Americana sobre Derechos Humanos" *Pacto de San José*. San José de Costa Rica: Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.
- Peña, Alfonso. *Derecho Penal Parte General: Teoría del Delito y de la Pena y de sus Consecuencias Jurídicas*. Lima: Rodhas, 2007.
- Quintero Olivares, Gonzalo, comp. *Esquemas de Teoría Jurídica del Delito y de la Pena*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.
- RAE. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Real Academia Española, 2014.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal: Parte General, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997.
- Rusconi, Maximiliano, y Mariano Kierszenbaum. *Teoría del Delito y Garantías Constitucionales*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2009.
- Sierra, Hugo, y Alejandro Cantaro. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Bahía Blanca: Ediuns, 2005.
- Suárez, Alberto. "Aspectos Negativos de la Tipicidad" En *Lecciones de Derecho Penal: Parte General, con Énfasis en la Teoría del Delito*, de Hernando Ordoñez, 249-258. Bogotá: Universidad del Externado, 2016.
- Universidad Galileo. "Tipo de Investigación: Importancia de la investigación en el mundo actual" 30 de abril de 2010. <https://bit.ly/2vsIXx3>.
- . "Tipos de Investigación" 30 de abril de 2010. <https://bit.ly/2vsIXx3>.
- Velásquez, Fernando. *Manual de Derecho Penal, parte general*. Bogotá: Ed. Jurídicas Andrés Morales, 2013.

- Villagómez Cabezas, Richard. *Procedimiento Directo en el COIP*. Quito: Zona G, 2017.
- Villavicencio, Felipe. *Derecho Penal: Parte General*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007.
- Viloria, José Gregorio. "Implicaciones éticas del proceso de interpretación y argumentación informáticamente asistida en el Proceso penal Venezolano", *Revista Electrónica Conocimiento Libre y Licenciamiento (CLIC)*, n° 14 (2016).
- Zaffaroni, Eugenio. *Derecho Penal Parte General*. 2ª edic. Buenos Aires: Ediar, 2014.
- . *Teoría del Delito: Derecho Penal. Parte General*. 2ª edic. Buenos Aires: Ediar, 2000.