

Artículo de revisión

El dolo como elemento subjetivo del tipo penal

Suggested improvements proposal

Ximena Elizabeth Maldonado Erazo ^a – Rufo Javier Lema Villalba ^b

^a Magister en Derecho Constitucional. Docente – Investigador de la Universidad de Otavalo. Otavalo. Ecuador. Email: xmaldonado@uotavalo.edu.ec

^b Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador. Libre Ejercicio Profesional. Otavalo. Ecuador. Email: jjavierl00@yahoo

Entregado: 30 de Octubre de 2018

Aprobado: 28 de Diciembre de 2018

RESUMEN

La entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal (COIP) obliga a estudiar el derecho penal desde una perspectiva dogmática, entendiendo por dogmática, un sistema racional y sistemático para llegar a conclusiones jurídicas, esta discusión es posible debido a que el artículo 18 del COIP propone que el estudio del delito se lo realice atendiendo las particularidades que engloban los conceptos: *Conducta* y las tres categorías dogmáticas *Típica*, *Antijurídica* y *Culpable*, además cuál de estas categorías contiene al concepto “dolo” al que en la escuela clásica se lo consideró como un elemento objetivo de culpabilidad, teniendo consecuencias jurídico penales particulares a esa concepción y que actualmente, por la redacción del COIP en su artículo 18 y 26, pasa a ser considerado como un elemento subjetivo de tipicidad, con las consecuencias jurídicas que esa concepción implica, esta redacción normativa en el COIP, nos hace entender, que la ubicación del dolo en la primera categoría (tipicidad) es consecuencia necesaria del avance dogmático que ha sufrido el Ecuador en materia penal, atendiendo especialmente al esquema que propone la teoría final de acción, la que plantea analizar si por parte del autor de la conducta penalmente relevante existe un conocimiento de la realización del tipo objetivo sumado a la voluntad de realizarlo, criticando la posición que consideraba que el cometimiento del hecho penalmente relevante tenía que discutirse en sede de culpabilidad, discusión que es necesaria realizar para entender los alcances de estas concepciones y no errar en la aplicación y estudio del derecho penal.

Palabras claves: Dolo, tipicidad, dogmática, culpabilidad.

ABSTRACT

The entry into force of the Organic Comprehensive Criminal Code (COIP) requires studying criminal law from a dogmatic perspective, understood as dogmatic, a rational and systematic system to reach legal conclusions, this discussion is possible because Article 18 of the COIP proposes that the study of crime is carried out taking into account the particularities that encompass the concepts: Behavior and the three dogmatic categories Typical, Unlawful and Guilty, as well as which of these categories contains the concept "dolo" which in the classical school was considered as an objective element of guilt, having penal legal consequences particular to that conception and that currently, by the drafting of the COIP in its articles 18 and 26, it happens to be considered as a subjective element of typicity, with the legal consequences that this conception implies, This normative drafting in the COIP, makes us understand, that the location of the fraud in the first category (typicity) is a necessary consequence of the dogmatic advance that Ecuador has suffered in criminal matters, paying special attention to the scheme proposed by the final theory of action, which proposes to analyze whether the author of the criminally relevant conduct has a knowledge of the realization of the objective type added to the will to carry it out, criticizing the position that considered that the commission of the criminally relevant fact had to be discussed in the guilt, discussion that is necessary to understand the scope of these conceptions and not to err in the application and study of criminal law.

Key words: Dolo, typical, dogmatic, guilty.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende realizar una explicación de los alcances que tiene la concepción del dolo como elemento subjetivo del tipo penal en el ordenamiento ecuatoriano, la posición doctrinaria que regula sus elementos y cómo han de entenderse las consecuencias de esa concepción.

Tal discusión es relevante dado que redacción de los artículos 18 y 26 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) marcan una hoja de ruta para el quehacer penal, en el sentido que por sí solo, tales artículos no explican en detalle qué se entiende por Dolo, siendo un aspecto novedoso para el Ecuador, por ello, es menester realizar una aproximación al concepto del Dolo, en aras de ilustrar el alcance de esta concepción que se introduce legislativamente en el Derecho Penal ecuatoriano, que da un paso más allá de la arraigada concepción causalista clásica que ha ilustrado a los catedráticos universitarios y juristas en décadas pasadas, no obstante, actualmente se abre la puerta a una nueva visión que implica un manejo dogmático de los fundamentos que hacen vida en el Derecho penal.

Ahora bien, Código Orgánico Integral Penal (COIP) entra en vigencia en el año 2014, respondiendo a una necesidad social de transformación de la justicia penal, la cual se materializó a través de la voluntad estatal al publicarse el aludido instrumento que se traduce en una reforma penal integral que ha de transformar una realidad normativa, principalmente en lo atinente en la sistematización y codificación de las conductas consideradas punibles, lo cual incide directamente en el ámbito constitucional, particularmente en el principio de legalidad penal que consagra la Constitución del año 2008, así como diversos tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos.

Asimismo, el reclamo social de la población al reclamar un cambio radical de la justicia penal fue escuchado, y al menos, normativamente, tal reforma se sustentó en el respeto a los derechos y garantías constitucionales en el entendido que en palabras de (Ferrajoli, 2006), son entendidas o relacionadas con la “rigidez” de la Constitución, es decir, propugnan la no modificación de principios, derechos o institutos que ella prevé, siendo la única vía de modificación mediante procedimientos de revisión agravados o control jurisdiccional de la constitucionalidad (respecto de las leyes ordinarias reñidas con aquéllas que requieren, a su vez, ser distinguidas y analizadas).

Igualmente, las garantías son asociadas con la observancia y ejecución de la tutela de los bienes jurídicos, tal como sostiene Hassemer, 1995, que aduce que el legislador

debe castigar sólo aquellos comportamientos que amenazan un bien jurídico; los actos que sólo atentan a la moral, a valores sociales o contra el soberano deben excluirse del catálogo de delitos; el concepto de bien jurídico para que pudiese incriminar verdaderamente debe ser lo más preciso posible.

Por otra parte, las garantías constitucionales juegan un papel de limitadores de conductas para la creación de las normas sancionadoras por parte del legislativo. Estas relaciones hacen necesario abordar las aristas del fin último por una parte, y por otra, la necesidad de la existencia del derecho penal y finalmente la vigencia temporal-espacial de la norma en el contexto social, por ello, atendiendo a tales necesidades sociales se publica en el Ecuador el Código Orgánico Integral Penal (COIP).

Señalado lo anterior, es importante destacar que Muñoz Conde aduce lo siguiente:

Con la creación del tipo, a través de la descripción de la materia de prohibición a través de la amenaza penal, quiere el legislador incitar en los ciudadanos a que se aparten de la comisión de delitos. Con las causas de justificación permite el legislador excepcionalmente la conducta desvalorada, pero la impunidad que concede no es un estímulo para el autor y no cumple la función de motivación del tipo. También me parece muy unilateral la tesis de Roxin de reducir la culpabilidad a la teoría de los fines de la pena. Pues también la diferencia de pena entre un hurto y un asesinato tiene que ver con la teoría de los fines de la pena y no por ello puede decirse-o no de un modo general- que esa diferencia radique en el ámbito de la culpabilidad (Roxin, 1981) Interpretación de Francisco Muñoz Conde.

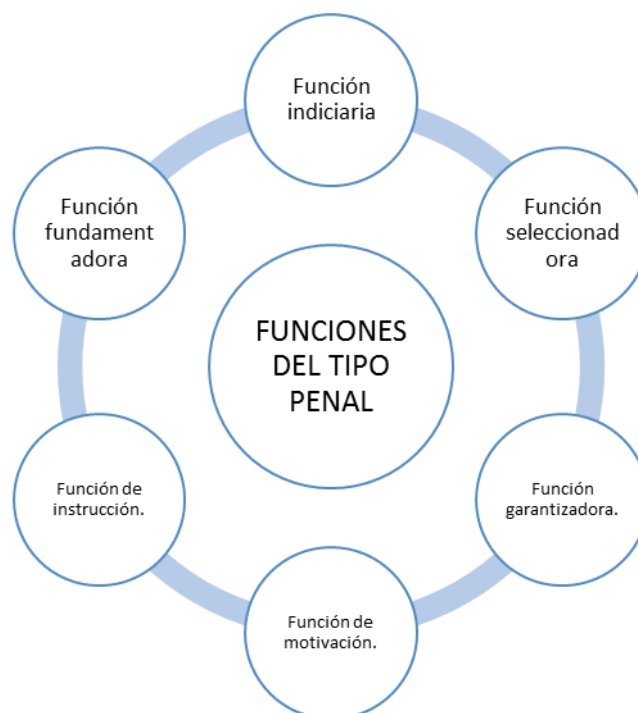
Dicho lo anterior, la redacción de las conductas penalmente relevantes en esta nueva forma integral de ver al derecho penal, proponen la creación de lo que en la doctrina se conoce como tipo penal (Rodríguez, 2007), que según el Código Orgánico Integral Penal (COIP) responde a las necesidades funcionales de prevención para el cometimiento del delito.

En ese sentido, el tipo penal en el Ecuador, por disposición normativa (Art. 18 Código Orgánico Integral Penal (COIP), contiene elementos que describen la conducta punible, elementos objetivos del tipo penal, que se diferencian entre permanentes e

itinerantes, así como elementos subjetivos que se diferencian entre la culpa y dolo, siendo este último el que da paso a las teorías del error (por falta o inexistencia de conocimiento en el cometimiento de la conducta).

Así las cosas, el tipo penal así concebido además realiza funciones que justifican su existencia y aplicación jurídica, el presente gráfico refiere las funciones del tipo (Ticona, 2013, p. 3)

GRÁFICO 1: FUNCIONES DEL TIPO PENAL



Fuente: Maldonado y Lema (2018)

En consecuencia, se observa que el tipo penal no se limita a la redacción de una conducta penalmente relevante en un Código, su consagración va mucho más allá, en virtud que consta de varios elementos que le otorgan el sentido que el legislador penal quiere dar a la conducta que pretende ser controlada a través de la norma penal, pero la sola redacción de una conducta en el Código sumada a la producción de un resultado dañoso, no son suficientes para imputar el cometimiento de esa conducta al ciudadano, este esquema es propio de la caduca escuela penal denominada causal, en la cual el dolo se concibe como un elemento objetivo de la categoría de culpabilidad, pero en la emergente escuela final (y posterior evolución en el sistema funcional), el dolo es considerado un elemento subjetivo del tipo penal.

DESARROLLO

Análisis del dolo como elemento del tipo

Este estudio se realizó de acuerdo al análisis jurídico de la aplicación del Código Orgánico Integral Penal (COIP) en el cual los elementos caracterizadores del tipo penal son de dos clases a) Objetivos (Los elementos son los que se pueden percibir con los sentidos, mirándolos, tocándolos, tratándose de una conducta penal los elementos objetivos son el sujeto activo de la conducta, el sujeto pasivo, el bien jurídico que tutela el estado, entre otros); b) Subjetivos (Elemento subjetivo: Los elementos subjetivos son aquellos detalles que necesitan un conocimiento valorativo extra a los sentidos, no se pueden percibir, se debe tener un grado de comprensión para que puedan ser percibidos, tratándose del tipo penal los elementos subjetivos son la culpa y el dolo). (Ossorio, 2000).

Los elementos Objetivos se caracterizan por ser puros de tipicidad (Tipicidad: como sinónimo de selección, el sistema penal selecciona personas arbitrariamente y los requisitos de tipicidad y antijuridicidad (que se sintetizan en la categoría de "injusto penal") no son más que los requisitos mínimos que la agencia judicial debe demandar para responder permitiendo que avance el proceso de criminalización en curso sobre la persona arbitrariamente seleccionada.) (Zaffaroni, 1998) y de ellos se vale la ley para describir la conducta penalmente relevante (Una conducta penalmente relevante es la acción humana que el legislador ha considerado peligrosa para el Estado, los ciudadanos o sus bienes, debido a aquellos lo cataloga como prohibida dentro del código penal e impone una sanción ante su cometimiento.).

Por otra parte, el verbo rector es el elemento objetivo que describe la acción, hecho que de acuerdo a la dogmática se expresa a través de un verbo, este se sitúa dentro de un cúmulo de circunstancias como temporalidad, fácticas, modales, entre otros.

Igualmente, los elementos subjetivos por otra parte, comprenden el análisis del dolo en sus diferentes grados o su ausencia, la que da cabida al error del tipo, además la culpa con sus modalidades consiente o inconsciente.

Por una parte el concepto de dolo exige que se cumpla el requisito del conocimiento de los elementos objetivos del tipo. Toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se

quiere (...) esto es aquello que le pertenece al tipo básico, como los que conforman las circunstancias agravantes o atenuantes (Falconí, 2014)

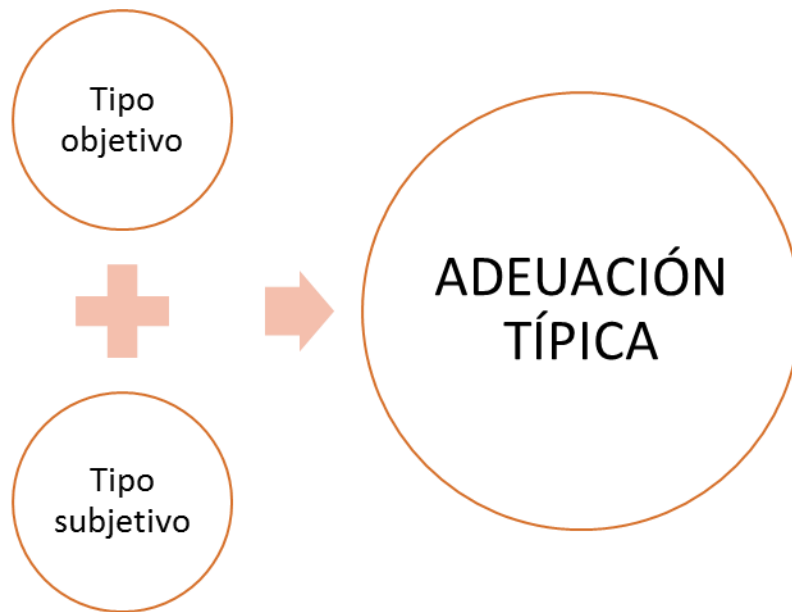
La presencia de los elementos subjetivos en la categoría de tipicidad, dificulta la imputación objetiva, debido a que no son perceptibles por los sentidos, son intangibles, al dolo difícilmente se los puede ver, o tocar, por lo tanto, valorar si existió o no dentro de una conducta penalmente relevante es una cuestión de comprobación probatoria para una correcta apreciación del hecho por parte del juzgador y esa apreciación tiene sus límites, esta es la postura de la escuela final de acción y es la que se propone el artículo 18 del Código Orgánico Integral Penal (COIP).

Del análisis jurídico se tiene como consecuencia que el dolo clásicamente se conceptualiza como la intención de la acusación del daño y visto como un elemento objetivo de culpabilidad se presume, no se comprueba, además se confunde la presunción con objetividad, la escuela causal asume que la existencia de la conducta penal es el resultado de una acción y si se tiene a mano al presunto responsable de esa acción pues objetivamente éste ha cometido el hecho, esta posición es altamente criticada por la doctrina, dado que no toda causa genera un efecto y no siempre el efecto demuestra la existencia de la voluntad de la realización del daño por parte del acusado.

El dolo como elemento subjetivo del tipo penal, se concibe como la conciencia (conocimiento) más la voluntad (deseo) de la acusación del daño, así, para demostrar que se actúa con dolo en el proceso penal en el Ecuador actualmente, la actividad probatoria, tiene que ir encaminada a comprobar esos dos elementos bajo la fórmula (Conciencia + voluntad).

Para la adecuación de los delitos dolosos no es suficiente la verificación del hecho descrito que registra una coincidencia en directa relación entre la voluntad del autor y la realización material de la acción, es imprescindible probar la existencia del conocimiento de la norma que contiene el hecho que la ley prohíbe y pese a conocerla tener el deseo de causar el daño.

GRÁFICO 2. Proceso de Adecuación Típica.



Fuente: Maldonado y Lema (2018)

En resumen, en un tipo penal concurren dos elementos, los exteriores u objetivos que además son tangibles y los interiores o subjetivos, que por esta característica de interioridad, se encuentran en la conciencia o el intelecto del autor del hecho, el elemento subjetivo más evidente del tipo penal es el dolo, que a su vez pudiera contener sub elementos de autoría que pueden determinar una gradación en la voluntad, haciendo que el delito siendo doloso pudiera ser además directo o de primer grado, indirecto o de segundo grado de consecuencias necesarias.

El elemento subjetivo del tipo, constituye el elemento cognitivo y el elemento volitivo, además la plena conciencia de las consecuencias que produce la conducta penalmente relevante en el sujeto pasivo de la conducta, además de la plena conciencia de las consecuencias jurídicas contenidas en la normativa y aplicables al sujeto activo.

Por ejemplo el traficante de órganos deberá además de cometer el delito, saber que ésta acción es sancionada por la legislación y las consecuencias jurídico penales de ese actuar, aun así cometer el hecho fáctico, solo así la conducta pudiera adecuarse subjetivamente al tipo penal descrito “Tráfico de órganos”.

En cuanto al conocimiento de la consecuencia jurídica, surge otra categoría de valoración que sugiere analizar si el conocimiento de la consecuencia normativa es técnico o es rústico, así, el ejecutor de la conducta penal puede ser un experto en derecho o alguien que conoce vagamente a través de cualquier medio las consecuencias del hecho, valoración que es eminentemente volitiva y torna injusto valorar bajo el mismo estándar al experto en derecho penal y a aquel que conocía vagamente de la prohibición contenida en la norma.

Estos condicionantes complican la labor de determinar cuándo sí y cuando no, el autor quiso, con conciencia, realizar la conducta que se adecua al tipo penal y si no tiene conciencia del hecho, difícilmente puede tener voluntad de realización. En un primer escenario, el autor pudo haber tenido la voluntad de disparar y dar muerte y efectivamente la consecuencia del hecho es la muerte del sujeto pasivo, pero en un segundo escenario el autor del hecho pudo tener efectivamente la voluntad de realizar el disparo, no obstante su intencionalidad fue la de disparar a una botella, mas no la de matar, pero el resultado dañoso fue la muerte del sujeto pasivo que se encontraba pasando por ese lugar cuando se efectuó el disparo.

Estas dos valoraciones, la una cognitiva y la otra volitiva son las que deben estar garantizadas por el legislador, en la ley penal que se deriva de la garantía constitucional como se refirió en el inicio del presente trabajo.

En sentido estricto solo se puede conocer algo que ya existe, pero no las circunstancias concomitantes del propio actuar que son meramente posibles, por ella llamar al conocimiento como parte cognitiva del dolo es impreciso, de lo que realmente se trata en esta parte del dolo es lo que el autor debe realizar para que su conducta aparezca como realización dolosa del hecho (Falconí, 2014, p. 321)

Otros escenarios posibles en relación al cometimiento de la infracción con dolo (conciencia + voluntad) son:

a) la intención del autor no era dar muerte pero la acción necesaria para el cometimiento del tipo penal es la muerte y aun así se decide cometer el hecho, como si por ejemplo, para matar al padre, se tiene que dar muerte al hijo, debido a que el hijo se encuentra en brazos de la víctima, la intención inicial no es la de dar muerte a dos personas, pero para conseguir el fin último no hay otra opción.

b) El sujeto activo de la conducta, antes del cometimiento del hecho aprobó la acción, o si solo fue producto de una reacción intempestiva y no meditada, como si el sujeto A es enemigo de la víctima y tiene la idea de herirlo con un puñal, no obstante no ha fijado fecha ni día, pero en un encuentro nocturno aprovecha la oportunidad y al tratar de herirlo le da muerte, pero sin conciencia de las consecuencias del acto delictivo.

d) El sujeto que domina el curso causal, pese a estar consciente de que la acción es contraria a la norma, la comete, pero él mismo no aprueba su acción y no conoce las consecuencias de su actuación, como el servidor público que por extrema necesidad realiza un acto que no consta como legal en la norma de control del Estado, lo comete para subsanar una situación contingente, pero no aprueba su actuación porque se sabe vulneración de la norma de control que lo derivará a la justicia penal por hechos contrarios a la eficiente administración del Estado.

Estos escasos ejemplos son categorías indirectas del dolo, posicionan la discusión de si estas condiciones configuran o no la adecuación del hecho a la norma, desde la perspectiva del dolo como elemento subjetivo del tipo penal, el que tiene como labor la de comprobar la de conciencia y voluntad en el cometimiento del hecho, se debe valorar en una conducta dolosa, la voluntad de parte de autor del hecho para vulnerar el bien jurídico tutelado, o si éste pudiendo evitarlo ha insistido en su realización, lo que además podría confundirse con la culpa consciente o la culpa inconsciente.

El hecho al cual se dirige la acción delictiva es asunto objetivo, pero la apreciación del cómo se lo realizó debe ser subjetiva, así quien decide matar, ha de conocer como parámetro mínimo que la víctima se encuentre viva, quien deseó cometer delito de hurto ha de saber que el bien mueble se encuentra en poder de otra persona, estos hechos de conocimiento e identificación, son anteriores al cometimiento del delito y por lo tanto anteriores a la estructura descriptiva del tipo, en un nivel solamente imaginario, el problema se genera en el momento que la imputación subjetiva se la debe realizar en la medida del imaginario del sujeto activo, (conocimiento y voluntad) o por el cometimiento mismo del hecho.

Por una parte la tendencia de aplicación del derecho penal en el Ecuador, que ha tenido una formación académica en la escuela causal del pensamiento penal, impulsa a los actores del proceso penal a pensar que se puede realizar una imputación tan solo por los condicionantes físicos o psíquicos del autor del hecho, pero la dogmática

propone que con la suma de la voluntad y el conocimiento se configuraría la decisión de cometer el ilícito.

Negando la premisa anterior, está el estricto normativismo que considera que los condicionantes volitivos por ser ideales, no afectan al hecho final ni se consideran presupuestos del tipo penal ante lo que es necesario preguntarse ¿qué línea doctrinaria asume el sistema jurídico ecuatoriano? en respuesta a esta cuestión se supone que el sistema jurídico penal por norma (Art. 18 COIP) asume el esquema finalista (Roxín, 1981) (La teoría de acción final: Si bien acepta que el delito es parte de una acción y que es una conducta humana voluntaria, la misma acción tiene un fin, ósea que de esta acción se van a generar múltiples consecuencias que generan la teoría finalista de la acción.) pero algunas resoluciones usan estándares ideales para asegurar la imputación, sin que sean relevantes los elementos objetivos o subjetivos, sino la mera existencia de un resultado, en ocasiones sumado a la apariencia delictiva del presunto autor de la conducta fundamentando un derecho penal de autor propio de la escuela causal y su concepción del dolo como elemento objetivo de culpabilidad.

CONCLUSIONES

El sistema penal ecuatoriano, dogmáticamente no es un sistema puro dado que su artículo 18 define el apego a una estructura dogmática, pero la concepción del dolo en el mismo cuerpo legal tiene una concepción psicologista propia de otra escuela dogmática que no conceptualiza al dolo como una intención sino como un designio, lo que confunde al estudioso del derecho penal entre dos doctrinas contrapuestas, la causalista la concepción del dolo y finalista la definición de delito.

El sistema penal ecuatoriano al ser mixto, genera algunas interpretaciones, de conveniencia normativa en el momento de la aplicación e interpretación de los presupuestos jurídicos, lo que hace posible la discrecionalidad del juzgador y complica de sobre manera el trabajo de la defensa técnica.

El delito tipificado en la normativa penal, obtiene validez por vista legislativa, pero el fin último que consigue puede ser discutido o alterado por la concurrencia de otros elementos subjetivos que hacen posibles las teorías de defensa.

La evolución dinámica del derecho penal y su aplicación pura o mixta, hace posible la crítica universitaria a través de trabajos de análisis descriptivo de investigación.

REFERENCIAS

- E., T. (30 de 10 de 2018). *Teoría de la tipicidad*. Obtenido de Retrieved from:
http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2206_02_ticonazela.pdf
- Falconí, R. G. (2014). *COIP comentado*. Quito: Latitud cero.
- Ferrajoli, L. (2006). Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales* (pág. 17). Italia: Doxa.
- Hassemer, W. (1995). Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Penas y estado* (pág. 18). Editorial jurídica Conosur.
- Martín, V. G. (2018). *El tipo doloso*. Quito : Cevallos.
- Nacional, A. (21 de 09 de 2009). Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional . *LOGJYCC*. Quito , Pichincha, Ecuador : Cevallos .
- Nacional, A. (18 de 08 de 2014). Código Orgánico Integral Penal . *COIP*. Quito , Pichincha, Ecuador : Cevallos.
- Nacional, A. (20 de 10 de 2018). Constitución de la República del Ecuador . *CRE*. Quito , Pichincha , Ecuador : Cevallos .
- Ossorio, M. (2000). *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales*. Guatemala: Datascan SA.
- Pérez, M. L. (2009). Acción, conocimiento y dolo eventual. *Isonomía*, 178.
- Rodriguez, L. Z. (2007). El tipo penal de la tortura en la jurisprudencia española a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional. (pág. 30). Mexico: Programa de cooperación sobre derecho humanos Mexico - Unión europea.
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. España: Instituto editorial REUS SA.

Sánchez, W. M. (2014). *Derecho Penal Parte General* . Quito : Jurídica del Ecuador .

Zaffaroni, E. R. (1998). *En busca d elas penas perdidas*. Buenos Aires: EDIAR.

Zela, E. T. (30 de 10 de 2018). *TEORIA DE LA TIPICIDAD*. Obtenido de TEORIA DE

LA

TIPICIDAD:

https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2206_02_ticonona_zela.pdf