RESUMEN

La importancia del presente trabajo se da, para comprobar la conveniencia de despenalizar el delito de Homicidio en Riña, por cuanto el art. 461 del nuestro código penal, atenta contra el estado de derecho, la actual constitución política del estado y el debido proceso, reduciendo al ser humano al estado de una mera cosa. Por Tal razón creo que es conveniente despenalizar este artículo del código penal, porque atenta contra el estado de derecho, y, afecta al debido proceso, dejando al imputado en un estado casi de indefensión contra el aparato judicial estatal.

ABSTRACT

The importance of the following thesis is to prove the convenience to displace the felony of involuntary manslaughter, due to the fact that art. 461 of our penal code is a direct threat to the rule of law, the present political constitution of Ecuador and to the due process, reducing the human being to a simple thing. Due to the for mentioned reasons I consider the displacement of this article from the penal code to be convenient keeping in mind that it is a direct threat to the rule of law and due process leaving the imputed in a total state of defenselessness against the judicial branch.

Tabla de Contenidos

Introducción.....	1
CAPÍTULO 1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DELITO DE HOMICIDIO EN RIÑA	
1.1.- Evolución del delito de homicidio.....	4
1.1.1. – Código de Hammurabi.....	6
1.1.2.- Egipto.....	7
1.1.3.- Grecia.....	8
1.1.4.- Roma.....	9
2.1.-Enfoque del delito.....	11
2.1.1. – Escuela Clásica.....	11
2.1.2.- Escuela Positiva.....	14
2.1.3.- Neoclásico.....	15
CAPÍTULO 2.- Homicidio en Riña	
1.1.- El homicidio en Riña.....	17
1.1.1.- Aspecto subjetivo del Delito.....	18
1.1.2.- Descripción objetiva del tipo penal.....	18
2.1.- Elementos constitutivos del delito.....	19
2.1.1.- Riña tumultuaria y reciproca.....	19
2.1.2.- La subitaneidad o no convergencia intencional.....	20
2.1.3.- Ejercicio de violencia.....	20
2.1.4.- La confusión o imposibilidad de determinación.....	21
2.1.5.- Número mínimo de participantes.....	22
2.1.6.- Muerte.....	22
3.1.- Legislación Ecuatoriana y jurisprudencia.....	23
4.1.- Derecho Comparado.....	25
CAPÍTULO 3.- INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA QUE	

ESTABLECE EL HOMICIDIO EN RIÑA

1.1.- Inconstitucionalidad de la norma del art. 461 del código penal.....	28
1.1.1.- Debido Proceso.....	29
1.1.2.-Principio de Inocencia.	31
1.1.3.- In dubio pro reo.....	34
2.1.- Reglas generales de la prueba y la carga de la prueba en el proceso penal.....	58

CAPÍTULO 4.- DEFECTOS EN LA ESTRUCTURACION DEL TIPO PENAL

1.1.- Hecho Punible.....	38
1.1.1.-Delito.....	39
1.1.2.-Elementos del Delito.....	41
1.1.2.1.- Acto.....	41
1.1.2.2.- Tipicidad.....	42
1.1.2.3.- Antijuricidad.....	43
1.1.2.4.- Culpabilidad.....	44
1.1.2.5.- Causalidad.....	47
1.1.2.6.- Responsabilidad.....	48
1.1.2.7.- Pena.....	48
2.1.- Sujetos del Delito.....	49
3.1.-Objeto del Delito.....	50
3.1.1.- Objeto jurídico.....	51
3.1.2.- Objeto Material.....	51
4.1.- Autoría, coautoría y participación.....	51
4.1.1.- Tipos de autoría: coautoría y participación.....	51
5.1.- Autor.....	52
5.1.1.- Coautoría.....	53
5.1.3.- Autoría dolosa y autoría culposa.....	54
5.1.4.- Autores intelectuales.....	55
5.1.5.- Autoría mediata.....	56

6.1.- La participación.....	57
6.1.1.- Requisitos de la participación.....	58
6.1.2.- Problemas especiales de la participación.....	58
6.1.3.- Error en la participación.....	59
6.1.4.- Comunicabilidad de las circunstancias.....	59
7.1.- Encubrimiento.....	60
7.1.1.- Requisitos del encubrimiento.....	60
8.1.- Complicidad.....	60
9.1.- Cooperación.....	61
10.1.- Problemas especiales.....	62
10.1.1.- Delitos culposos.....	62
10.1.2.- Delitos de omisión.....	62
10.1.3.- Tentativa.....	63
10.1.4.- Delitos de muchedumbre.....	63
Conclusiones.....	64
Bibliografía.....	67

A mi padre, por sus enseñanzas, consejos y por su más sincero esfuerzo porque alcance este logro académico. A mi madre, sinónimo de amor puro e incondicional y a mis hermanos pilares fundamentales en mi vida. A mi Abuelito Plutarco, ejemplo de vida y ser humano excepcional.

A mis verdaderos amigos y compañeros de clases, quienes me ayudaron en todo momento y sin lo cual no hubiese podido culminar mi carrera.

Mi mayor agradecimiento a mi Director de Tesis el Dr. Javier Andrade por el tiempo dedicado para que este trabajo pueda realizarse. A mis lectores por su ayuda.

A los profesores que a lo largo de mi carrera me ilustraron día a día y que son ejemplos a imitar, en especial al Dr. Luis Parraguez, Dr. Fabián Corral, Dr. Reynaldo Calvachi, entre otros.

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

TEMA: LA DESPENALIZACIÓN AL ART. 461 DE NUESTRO CÓDIGO PENAL, QUE
TRATA SOBRE EL HOMICIDIO EN RIÑA.

José A. García Vallejo.

**Tesis de Grado presentada como requisito para la obtención del Título de
Abogado**

Quito

Mayo del 2009

© Derechos de autor

José A. García Vallejo.

2009

INTRODUCCIÓN

En América Latina, en virtud de la idiosincrasia y la herencia cultural machista, es frecuente la muerte al calor de la reyerta animada por lo general al estímulo del alcohol. Cualquier ciudad de país latino registra un número anual de muertes violentas mayor que todos los perpetrados en la Europa nórdica. Por esta razón, es de enorme importancia para el Derecho Penal de los países sudamericanos resaltar el estudio del fenómeno de la riña y las connotaciones jurídicas de esta añeja figura.

En la actualidad, la realidad política, social y jurídica que vive nuestro país, hace importante que se exhiban propuestas nuevas en busca de retomar el estado de derecho perdido por un buen tiempo, y así poder de verdad alcanzar un verdadero desarrollo. Pues, mientras no exista un estado de derecho consolidado, que se complemente con el respeto a la ley por todas y todos sus ciudadanos, nada cambiará en perjuicio de Ecuador.

Hoy por hoy, aparece a plena vista y con una claridad inusitada la situación de atropello y violación de los derechos más fundamentales de las personas, tanto por parte del Estado como de sus entidades. Dado la frecuencia e impunidad con que tales actos se realizan, estos no solamente parecen legalizarse aceptándose socialmente sino que resultan asimilados como parte de la estructura sobre la cual se construyen las relaciones sociales.

Vivimos, como consecuencia de esa crisis, una situación generalizada de violencia, de irrespeto por la vida de las personas, sus bienes y todo aquello que constituye el andamiaje sobre el que se pretenden edificar las sociedades modernas para alcanzar el denominado estado de derecho.

Por tal razón debemos tener claro cuáles son los argumentos jurídicos para despenalizar el art. 461 del Código Penal. Pues creo firmemente que atenta con principios

legales e incluso contra la norma básica y suprema de toda nación, que es la constitución.

Y es que sin duda alguna el derecho penal, es la rama jurídica más compleja que tiene el saber jurídico, y no es menos cierto que sus normas deben guardar varios principios contenidas en ellas, como el principio de inocencia, libertad, legalidad, in dubio pro reo, carga de la prueba, entre otros.

Esto, como medida de precautelar y garantizar el debido proceso en todo el momento al reo, pues si no lo hace no viviríamos en un estado social de derecho, donde la ley y sus principios rigen de forma igualitarias para todos sus ciudadanos, sino en un estado de hecho.

Ahora bien, veamos la importancia que tiene el primer capítulo en nuestro estudio, este nos sirve para establecer las diferencias entre el sistema inquisitivo donde se presume la responsabilidad imputado antes de tener la oportunidad de demostrar su inocencia, en cambio, en el sistema acusatorio se presume la inocencia y el proceso penal se establece para que el Estado, mediante el reconocimiento y acatamiento de garantías, pueda demostrar la responsabilidad, de tal modo que si no la llega a probar de manera adecuada debe proferirse decisión favorable. Además; de poder observar el desarrollo del delito a través de la historia jurídica de la humanidad.

En el capítulo segundo, podemos ver el concepto de la riña y los elementos constitutivos del homicidio en riña, además; de realizar una comparación con otros regímenes jurídicos, que ya no cuentan dentro de su legislación con la tipificación de este delito en sus respectivas jurisdicciones.

El siguiente capítulo sin duda alguna es el más importante de todos, pues; establece de sobre manera que el art. 461, viola las garantías constitucionales, entre las que podemos nombrar, principio de inocencia, in dubio pro reo, principio de carga de la prueba, todos esenciales para el debido proceso.

Y el último capítulo, que nos ayuda a establecer que la estructura de este tipo penal, no tiene una estructurada adecuada, pues no se toma en cuenta las diferentes

clases de sujetos que participan en un delito, y más importante no lo diferencia, además que no establece ese nexo de responsabilidad entre el supuesto autor y el delito.

Espero que al final de esta labor, pueda haber alcanzado dicha meta, y sobre todo aportar al quehacer jurídico de mi país, para buscar soluciones concretas a problemas concretos.

CAPITULO I.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DELITO DE HOMICIDIO EN RIÑA

1.1 Evolución del delito de homicidio

Empezaremos con análisis histórico de la configuración de este delito desde los principios mismos del derecho, hasta la actualidad. Este análisis es de importancia para establecer las diferencias entre el sistema inquisitivo donde se presume la responsabilidad imputado antes de tener la oportunidad de demostrar su inocencia, en cambio, en el sistema acusatorio se presume la inocencia y el proceso penal se establece para que el Estado, mediante el reconocimiento y acatamiento de garantías, pueda demostrar la responsabilidad, de tal modo que si no la llega a probar de manera adecuada debe proferirse decisión favorable.

Para hacer un análisis de la evolución y antecedentes históricos del delito de homicidio en riña, debemos realizar un estudio antropológico y social, ya que al delito lo crea la ley, principio de legalidad; pero a su vez son los hombres a través de sus instituciones, llámese congreso, senado, entre otras, son las encargadas de crear las mismas.

Como podemos observar el hombre y el derecho, están íntimamente ligados; pues, por medio de las normas penales se busca regular el comportamiento humano, en base a preceptos sociales y culturales de una región específica, ésta no pueden ser una mera creación legislativa, pues se caería en meras abstracciones jurídicas que no tendrían incidencias en el comportamiento humano.

Así; GÓMEZ LÓPEZ nos dice: Igualmente la definición normativa del delito se produce al interior de una sociedad concreta que ha forjado de antemano sus tradiciones, cultura, valores objetivos y espirituales, formas económicas y políticas de organización, categorías éstas que no son creación de los preceptos jurídicos, pero que influyen, sobre-determinan y dan contenido a la normatividad, por lo tanto, entendemos que la definición del delito será estructurada no sólo a partir de definiciones puramente normativas, sino que también sus estructuras han de contener básica y necesariamente realidades humanas, sociales y culturales que se reflejan e integran en una forma de organización social y los valores propios del Estado democrático que consideran al hombre como supremo valor y fin de la vida social, condicionando los contenidos y la eficacia de las definiciones normativas; por lo anterior afirmamos que el valor de la dignidad humana el cual parte de una estructura ontológica, los derechos humanos fundamentales, las funciones y cometidos propios del Estado democrático, social de derecho condicionan y limitan los contenidos y las funciones del derecho penal ¹.

Ahora bien, una vez realizado este pequeño estudio antropológico-social, podemos introducirnos ya a los orígenes propios del delito y por ende del derecho penal. No debemos olvidar que esta tarea en un principio se basará en el derecho consuetudinario, es decir aquel basado en la costumbre, que por no tener una fuente escrita, nos hará difícil tener una idea clara de la normativa penal y su análisis.

El delito nace históricamente como una forma de valoraciones que frente a conflictos sociales hace el poder político establecido; es decir, es un mecanismo instrumental que procura impedir la realización de ciertas conductas, por lo mismo es un algo valorativo, cambiante, que depende de las preferencias e intereses del sistema imperante².

Por tal razón, es fácil pensar que a medida que fueron apareciendo o formándose las primeras sociedades políticas, fueron surgiendo junto con ellas las primeras normas de carácter penal “Los Delitos”.

Como bien lo señala ALBÁN en su libro Manual de Derecho Penal, podemos encontrar características comunes de la normativa penal primitiva³:

- a) Eran eminentemente consuetudinarias, además de ser dispersas y casuísticas.

¹ J. GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del delito*, Bogotá. Doctrina y Ley. 2003, p. 5.

² *Ibíd.* p. 61.

³ E. ALBÁN GÓMEZ. *Manual de derecho penal ecuatoriano*, Quito. Ediciones Legales. Colección Profesional Ecuatoriana, p. 51.

- b) Tenían un carácter mágico y religioso.
- c) La primitiva reacción ante el delito es fundamentalmente colectiva antes que individual, lo cual se revela hasta en las formas de ejecución de las penas.
- d) Delito y expiación iban íntimamente unidos. El castigo se cumplía como un acto colectivo de purificación frente a un maleficio que afectaba, así mismo en forma global, a la sociedad.
- e) La responsabilidad penal era objetiva. Es decir se sancionaba tomando en consideración exclusivamente el daño causado; no se examinaba el aspecto subjetivo del delito, la intención de la persona.
- f) Las penas eran generalmente atroces. Una evolución significativa se produce cuando el poder público empieza a regularlas estableciendo tarifas para cada uno de los delitos.

A partir de este momento daremos un vistazo del delito, ya de una manera positiva, es decir de fuentes escritas donde podemos analizar casos en concreto. Por tal motivo necesariamente debemos empezar por el gran pueblo babilónico, creador del primer código escrito del cual tenemos referencia, el Código de Hammurabi.

1.1.1 Código de hammurabi.

En este Código no se distingue entre derecho civil y penal, es decir, se dan leyes que regulan los asuntos de la vida cotidiana y leyes que castigan los delitos.

Pero este texto nos permite conocer cuáles eran los delitos más frecuentes en la época, pues un delito previsto será un hecho que acontece con relativa frecuencia. En las penas aplicadas a cada delito se distingue si hay intencionalidad o no, y cuál es la "categoría de la víctima y la del agresor". Así la pena es mayor si se ha hecho adrede y menor si ha sido un accidente; mayor si la víctima es un hombre libre, menor si es un esclavo⁴.

La mayoría de las penas que aparecen en el código son pecuniarias aunque también existe pena de mutilación e incluso pena de muerte. Las penas sin lugar a duda eran crueles e inhumanas, pues se permitía en algunos casos la aplicación de la Ley del

⁴ F. LARA. *Código de Hammurabi*, Madrid. Editora Nacional. 1982, p. 18.

Talión⁵, es decir, hacer al agresor lo mismo que él hizo a su víctima siempre que ambos se encontraran en el mismo rango social.

En este código, se empieza a penalizar la muerte o el homicidio, y se puede ver ya los primeros indicios de castigar a quien hiera o dé muerte en una riña. Así tenemos por ejemplo:

“Art. 206 Si uno, en una riña, hirió a otro, este hombre jurará: "no lo he herido a propósito" y pagará el médico.

Art. 207 Si, como consecuencia de los golpes, muere, el heridor jurará. Si es un hijo de hombre libre, pagará media mina de plata.

Art. 208 Si es el hijo de un muskenun, pagará un tercio de mina de plata.

Art. 209 Si un hombre libre golpeó la hija de un hombre libre y la ha hecho abortar, pagará diez siclos de plata por lo perdido”.

Art. 210 Si la mujer muere, se matará su hija”.⁶

1.1.2 Egipto.

El país del Nilo fue uno de los primeros países que evolucionó en el mundo antiguo y por consiguiente el protagonista de muchos hechos y circunstancias.

En materia penal, no podía quedar rezagado, aunque las noticias que tenemos de los egipcios en esta materia son muy escasas, debidas casi todas a los historiadores clásicos. Su carácter estaba impregnado, naturalmente, de aquella crueldad y falta de respeto a la personalidad humana que era la nota saliente de todos los pueblos orientales: al hablar de adulterio la costumbre era aplicar la nasotomía y la falotomía, como medios supremos para impedir la reincidencia.

DIADORO⁷ nos dice que el perjurio y el asesinato eran castigados con la pena de muerte: el falso testimonio con la extirpación de la nariz y de las orejas, y al falsificador de algún documento auténtico y al espía se lo cortaba respectivamente la mano y la lengua. En cuanto a los medios probatorios, se recurría a la tortura, al juramento de las partes y a los oráculos de los dioses.

⁵ E, ALBÁN GÓMEZ. *Manual de derecho penal ecuatoriano*, op.cit., p. 52.

⁶ W, MOLL. “El Código de Hammurabi”, en *Arqueólogos*. publicado el 30 de junio del 2006. Fecha de Consulta: 29 de octubre del 2008. Disponible en: (http://www.arqueologos.org/articulo.php?id_article=229, 2003)

⁷ “Historia Universal: Grandes Imperios de la Antigüedad”, El universo. Tomo II. Barcelona. Editorial Sol 90, 2004, p.35.

Indica DIADORO⁸ de Sicilia que el tribunal supremo de los egipcios estaba formado por un presidente y treinta jueces, escogidos entre los hombres más distinguidos de las tres ciudades sacerdotales, Heliopolis, Menfis y Tebas. Los asuntos se trataban por escrito y la deliberación era secreta.

El tribunal debía conocer de lo civil y de lo criminal, pues el demandante proponía en sus conclusiones la pena que a su juicio había incurrido el adversario y la indemnización pecuniaria. Los jueces no razonaban la sentencia y ni siquiera la daban por escrito, pues el presidente se limitaba a aplicar la imagen de la verdad que llevaba, colgada en el cuello, en la frente de la parte que había ganado el pleito. En cada provincia existían jueces de primera instancia, sometidos a la inspección del prefecto, el cual dependía a su vez del Faraón, justicia máxima de todo el país, que en virtud de su divinidad podía llamar a sí a todas las causas y fallarla según su arbitrio.

1.1.3 Grecia.

En el derecho griego, el Rey, el Consejo de Ancianos y la Asamblea del Pueblo, en ciertos casos, llevaban a cabo juicios orales de carácter público para sancionar a quienes ejecutaban actos que atentaban contra los usos y costumbres, el ofendido, o cualquier ciudadano, presentaba y sostenía acusación ante el Arconte, el cual, cuando no se trataba de delitos privados y, según el caso, convocaba al Tribunal del Areópago, al de los Ephetas y al de los Heliastas. El acusado se defendía a sí mismo, aunque en ciertas ocasiones le auxiliaban algunas personas; además, los delitos y las faltas no se diferenciaban como hoy en día, pero sí había una clara separación entre causas públicas y privadas.

Pero, lo verdaderamente importante de destacar es que en Grecia, es donde por primera vez surge la estructura del delito y la concepción del mismo, por medio del filósofo Aristóteles, mediante su obra “Moral, a Nicómaco”, donde este gran pensador griego define al delito como “La violación de la ley del Estado realizada en forma

⁸ *Ibíd.* p.39.

injusta y censurable o culpable, siendo la base del delito necesariamente un acto voluntario”⁹.

Además, ya ARISTÓTELES, instaba a los legisladores a castigar solo aquellos actos donde intervenga la voluntad humana, pues, si existía la carencia de la misma no se podría juzgar a nadie, por el contrario se debería proceder al perdón y la comprensión, como en el caso de fuerza mayor o de ignorancia.

Cabe destacar algunas características importantes en Grecia sobre la normativa penal¹⁰:

- a) “Las leyes penales tenían un carácter indudablemente público; pero seguían manteniéndose los delitos contra la religión.
- b) En general las leyes penales carecían de certeza, de seguridad; se sancionaban muchas veces hechos no previstos en las leyes como delitos y se aplicaban penas que no habían sido preestablecidas.
- c) Los delitos se clasificaban en dos grandes grupos: los que afectaban al estado y los que lesionaban los derechos de los individuos.
- d) El espíritu humanitario griego dulcificó las penas en alto grado”.

1.1.4 Roma.

Los autores sostienen que, en materia penal, el Derecho Romano no tuvo la trascendencia que en el ámbito civil. Así, por ejemplo, de los cincuenta libros que integran los "Digestos", solamente dos se refieren a cuestiones penales¹¹.

Es importante destacar, las diversas clases de delito que se sancionaba y que estaban estipulados en aquella época. Aunque en los tiempos antiguos el delito no tenía una denominación que se aplicaba en los mismos efectos tanto para el derecho público y el derecho privado, es decir no había una clara distinción entre ambas instituciones. Esta denominación fue la de noxa o noxia; La primera era la forma antigua, pero el uso fue haciendo que predominara la segunda. Como el valor de ambas expresiones era el

⁹ J, GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del delito*, Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 2003, p. 79.

¹⁰E, ALBÁN GÓMEZ. *Manual de derecho penal ecuatoriano*, Quito. Ediciones Legales. Colección Profesional Ecuatoriana, p. 53.

¹¹E, ALBÁN GÓMEZ. *Manual de derecho penal ecuatoriano*, Ediciones Legales. Quito. Colección Profesional Ecuatoriana. p. 54.

mismo, ambas abarcaban los delitos de las dos esferas referidas, en cuanto el daño cometido hacia el Estado como a los particulares.¹²

En sí los delitos privados consistían en hechos ilícitos que causaban un daño a la propiedad o a la persona de los particulares, pero sin turbar directamente el orden público.

Las Ley de las XII Tablas preveía y castigaba cierto número de estos hechos. Algunas disposiciones llevan todavía las huellas de un Estado social anterior, en que la víctima del delito se hacía justicia ejercitando su venganza sobre la persona del culpable. La ley se limita en ciertos casos a regular esta venganza. El ladrón cogido in fraganti era vapuleado y atribuido como esclavo al robado. Para ciertas injurias se ejercitaba la Ley del Talió.¹³

Después de la Ley de las XII Tablas, las leyes penales y la jurisprudencia se consagraron y desarrollaron, poco a poco se fueron perfeccionando. Por una parte, se tuvo en cuenta la intención criminal del autor, y por la otra la pena fue mejor proporcionada al daño causado.

Ahora en cuanto al delito de homicidio en riña, los antiguos romanos tenían preceptos relativos a este delito en la Lex Aquilia y en la Lex Cornelia de Sicariis, además; podemos encontrar una ley según la cual "si un hombre herido en una pelea muriese, era necesario atender a la herida inferida por cada uno de los integrantes de la riña. Cada uno responde de los propios golpes y si no se alcanza a descubrir quién fue el matador, ninguno era responsable del homicidio.

Esta regla, que en ocasiones conducía a la impunidad del homicidio, fue modificada por otra que disponía: "Si muchos hirieron al siervo y no constare quien lo hizo, todos se obligan". Esto significa que si no se sabe quien había matado, todos los intervinientes debían ser sometidos a una pena extraordinaria (porque se está penando a quien no se sabe a ciencia cierta si fue el autor) pero más benigna.

Pues así llegó este asunto hasta el siglo XXI, casi sin modificaciones en 2000 años, por ejemplo en el código español se encuentran preceptos idénticos en los

¹² MOMMSEN, TEODORO. *Derecho penal romano*. Bogotá. TEMIS. 1998. p.329.

¹³ *Ibid.* p 419.

códigos de 1848, 1870, 1928, 1932 y 1944, igual pasa en otros países que tienen tipificado este delito como son: Alemania en su Código Penal Art. 227; Austria, art. 143; Holanda, art. 306; Italia, art. 588; Portugal, art. 190; Argentina, art. 95; Cuba, art. 435; Chile, art. 392; Perú, artículo 169; Honduras, art. 405; Nicaragua, art. 356; Méjico, art. 314. y así, finalmente consta en nuestra legislación en su Art. 461.¹⁴

2.1 Enfoque del delito.

2.1.1 Escuela clásica.

En los siglos XVII y XVIII surgieron nuevas clases sociales, como por ejemplo los mercaderes, banqueros y los hombres de negocio (los burgueses), llamada esta época como la Era de las Luces. El esfuerzo de mucho trabajo, el pensamiento racional fueron causas que hizo que la Ética Protestante despertara para que las personas alcanzaran su éxito personal. Comenzaron a surgir nuevos cambios en la manera de pensar, alcanzando un auge las ciencias en la búsqueda de las normas legales y desplazando los erróneos caminos de Dios. Gracias a esto se dieron cuenta que el hombre a través de la razón experimentó los dolores y placeres, por tal motivo el Estado dejó de ser observado como una entidad divina, que imponía sus castigos y reglas para todos los ciudadanos, y se exigió que se siguiera los dictados de la razón.

Es ahí; que autores como HOBBS y CARRARA, empiecen a cuestionar la estructura y la teoría del delito, el primero que definió al delito como “un pecado que consiste en cometer, de palabra o de obra, algo que la ley prohíbe, o en omitir lo que la ley manda hacer. De tal manera que todo delito es un pecado, aunque no todo pecado es un delito”¹⁵.

La concepción más antigua en el concepto jurídico del delito fue la que como en CARRARA¹⁶, distinguía entre una imputación objetiva y la imputación subjetiva,

¹⁴ E, CUELLO CALÓN. *Derecho penal*. Tomo II. Decima edición. Barcelona. BOSCH. 1982. pag.492.

¹⁵ J, GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del delito*, op.cit., p. 83.

¹⁶ *Ibid.* p. 83.

conceptualización primaria de la cual surgieron las construcciones más complejas y que han definido el delito como una acción típica, antijurídica y culpable, éste es sin duda el concepto más aceptado por todos los autores de la actualidad, pues contiene los elementos típicos del delito, sin el cual este no podría existir.

CARRARA, escribió Programa di Diritto Criminale, lo cual llevó a su verdadera esencia jurídica al Derecho Penal y es tan importantes porque cuando se hace referencia a la Escuela Clásica, son las doctrinas de este autor las que se someten a exámenes.

CARRARA, nos confiesa " no me ocupo de cuestiones filosóficas: presupongo aceptada la doctrina del libre arbitrio y de la imputabilidad moral del hombre, y sobre esta base edificada la ciencia criminal, que mal se construiría sin aquella".¹⁷

Según CARRARA¹⁸ delito es " la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable o políticamente engañoso"

BECCARIA¹⁹ en 1764 escribió una obra con el nombre de "De Delitos y Castigos", esta obra fue escrita tan solo cuando él contaba con 26 años de edad. Él trataba de encontrar la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, escribir las leyes para que pudieran ser comprendidas por todos los individuos y no solo por máximos juristas y sobre todo que la interpretación de éstas no se pudiera dar de una forma desviada a la moral por los juristas o jueces y por último el de limitar el ámbito de las leyes penales al mínimo necesario para minimizar el delito.

Pero no es sino hasta que LISZT-BELING²⁰, con el finalismo que evoluciona la teoría del delito, teniendo como pensamiento el positivismo naturalista, plantea el delito distinguiendo lo objetivo de lo subjetivo; es decir, que el delito viene a ser un acto injusto, culpable y sancionado con pena; claramente expresó que el delito era ante todo un acto humano, por tanto, actuación voluntaria, que contraviene un mandato o prohibición del orden jurídico, y que implica materialmente una lesión o peligro de

¹⁷ F. CARRARA. *Programa del curso de Derecho Criminal*, tomo I. Buenos Aires. Depalma. 1944, p. 64.

¹⁸ F. CARRARA. *Programa del curso de Derecho Criminal*, tomo I. Buenos Aires. Depalma. 1944, p. 66.

¹⁹ E. FERRI. *Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*. Madrid. Centro Editorial de Góngora. 1887. p.53.

²⁰ J. GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del delito*, Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 2003, p. 85.

lesión a un bien jurídico, pero que además es un acto culpable, es decir, un acto doloso o culposo de un individuo responsable. El injusto se toma como la parte externa y la culpabilidad como la parte subjetiva del delito.

El italiano ROSSI²¹, consideraba que existía un orden moral que todos los seres libres e inteligentes debíamos de seguir, pensando así que estos órdenes debían aplicarse en la sociedad, puesto que todos los individuos estamos hechos para vivir en sociedad. Tanto así que gracias a esto surja un orden obligatorio para toda una sociedad y del cual se derivarían todos los derechos y obligaciones.

Como ilustre representante tenemos a GIOVANNI CARMIGNANI,²² que nos trata de explicar que el castigo que se le impone a un criminal por el delito que cometió no se hace con el ánimo de tomar una venganza, sino la de prevenir a que en un futuro no se realicen otros delitos semejantes, este ilustre representante fue profesor de Pisa, y en sus *Elementa iuris criminalis* hace la necesidad del orden social como la fuente y de la ley moral como el límite.

Hay otro autor que piensa que la capacidad de juzgar le pertenece al superior pero no niega que todo hombre al ser tal, es inteligente y puede juzgar por igual, para ROSINI el fundamento del derecho de castigar es el eterno principio de la justicia. Este autor el que sienta bases para la Escuela Clásica, con su obra *Filosofía del Diritto* escrita en 1839 por ANTONIO ROSINI.²³

Podemos decir que gracias a la Escuela Clásica se dio la terminación de la barbarie y la injusticia que el derecho penal representaba, procurando la humanización por medio del respeto a la ley, del reconocimiento a las garantías individuales y de la limitación al poder absoluto del Estado.²⁴

Entre lo más importante de rescatar de la escuela tradicional nombraremos ciertas características:

1. “El encontrar sus bases filosóficas en el Derecho Natural.

²¹ F. CARRARA. *Programa del curso de Derecho Criminal*, op.cit., p. 71.

²² E. ZAFFARONI. *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires. EDIAR. 2000. p. 17.

²³ *Ibid.* p. 20.

²⁴ *Ibid.* p. 26.

2. Un respeto absoluto al principio de legalidad.
3. Ver al delito como un ente jurídico y no como un ente filosófico.
4. El libre albedrío
5. La aplicación de las penas a los individuos moralmente responsables.
6. Los que carezcan de libre albedrío como por ejemplo los locos y los niños quedan excluidos del Derecho.
7. La pena es la retribución que se hace al criminal por el mal que hizo en la sociedad.
8. La retribución debe ser exacta.
9. Las penas son sanciones aflictivas determinadas, ciertas, ejemplares, proporcionales, deben reunir los requisitos de publicidad, certeza, prontitud, fraccionabilidad y reparabilidad, y en su ejecución deben ser correctivas, inmutable e improrrogables.
10. La finalidad de la pena es restablecer el orden social externo que ha sido roto por el delincuente.
11. El Derecho de castigar pertenece al Estado, título de tutela jurídica.
12. El Derecho Penal es garantía de libertad, ya que asegura la seguridad jurídica ante la autoridad.
13. Se considera que el método debe ser lógico-abstracto, silogístico y deductivo”.²⁵

2.1.2 Escuela positiva.

Esta es todo lo contrario a la Escuela Clásica, la Escuela Positiva si tuvo una existencia real, con un grupo de juristas que retaron a otros juristas del campo para poder imponer sus ideas. Una clase de intelectuales que hacen de LOMBROSO un jefe y sus conocimientos una doctrina.

FERRI²⁶ nos dice que "la escuela positiva consiste en lo siguiente: estudiar al delito, primero en su génesis natural, y después en sus efectos jurídicos, para adaptar jurídicamente a las varias causas que lo producen los diversos remedios, que por consiguiente serán eficaces”²⁷

Debido a los excesos de la Escuela Clásica, nace la Escuela Positiva. Todo se debió al abuso de la dogmática, al olvido del hombre delincuente, a sus creencias de haber agotado la problemática jurídico-penal.

²⁵ E. ZAFFARONI. *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires. EDIAR. 2000. p. 20.

²⁶ E. FERRI. *Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*. Madrid. Centro Editorial de Góngora. 1887. p.65.

²⁷ *Ibíd.* P.66

El principal medio de difusión de esta escuela fue la revista "Archivi di psichiatria, scienze penali e antropologia criminale". La vida de esta escuela ha sido agitada y fecunda, llena de aciertos y de errores también, así como ha tenido muchos que la apoyan, también están los que la contradicen.

Otro conocimiento que FERRI nos explica es: "la escuela criminal positivado consiste únicamente, en el estudio antropológico del criminal, pues constituye una renovación completa, un cambio radical de método científico en el estudio de la patología social criminal, y de los que hay de más eficacia entre los remedios sociales y jurídico que nos ofrece. La ciencia de los delitos y de las penas era una exposición doctrinal de silogismos, dados a luz por la fuerza exclusiva de la fantasía lógica; nuestra escuela ha hecho de ello una ciencia de observación positiva, que, fundándose en la antropología, la psicología y la estadística criminal, y así de como el derecho penal y los estudios penitenciarios, llega a ser la ciencia sintética que yo mismo la llamo sociología criminal, y así esta ciencia, aplicando el método positivo al estudio del delito, del delincuente y del medio, no hace otra cosa que llevar a la ciencia criminal clásica el soplo vivificador de las últimas e irrefragables conquistas hechas por la ciencia del hombre y de la sociedad, renovada por las doctrinas evolucionistas "²⁸.

Dentro de los representantes de esta escuela, tenemos a LOMBROSO, FERRI Y GAROFALO, esto no quiere decir que sean todos sino que con ellos son con los cuales se marca el principio de una corriente que llegaría con fuerza hasta nuestros días.

Entre las características más importante de rescatar de esta escuela, tenemos:

1. "La Escuela Positiva se caracteriza por su método científico.
2. El delito es un hecho de la naturaleza y debe estudiarse como un ente real, actual y existente.
3. Su determinismo, es totalmente determinista esta escuela.
4. Sustituye la responsabilidad moral por la responsabilidad social, puesto que el hombre vive en sociedad y será responsablemente social mientras viva en sociedad.
5. El hecho de que si no hay responsabilidad moral, no quiere decir que se pueden quedar excluido del derecho.
6. El concepto de Pena se sustituye por el de sanción.
7. La sanción va de acuerdo a la peligrosidad del criminal.
8. Estas deben durar mientras dure la peligrosidad del delincuente, y por eso son de duración indeterminada.
9. La ley penal no restablece el orden jurídico, sino que tiene por misión la de combatir la criminalidad considerada como fenómeno social.

²⁸ E. FERRI. *Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*. Madrid. Centro Editorial de Góngora. 1887. p.72.

10. El derecho a imponer sanciones pertenece al Estado a título de defensa social.
11. Más importante que las penas son los substitutivos penales.
12. Se acepta "tipos" criminales.
13. La legislación penal debe estar basada en los estudios antropológicos y sociológicos.
14. El método es inductivo – experimental".²⁹

2.1.3 Neoclásico

El planteamiento neoclásico tiene su sustento en la filosofía de los valores del neokantismo que apartándose del naturalismo pretende fundamentar el derecho en valores supremos, en lugar de una construcción sólo estructurada sobre lo jurídico, se pretende sustentar el concepto de delito en los fines del sistema penal y de los valores que lo sustentan; injusto y la culpabilidad vienen a ser interpretados como valores o desvalores.

Se denomina neoclásica³⁰ por cuanto parte del modelo anterior, expresa que el injusto penal no es entendible en todos los casos como el conjunto de elementos objetivos, así como la culpabilidad tampoco es estrictamente lo subjetivo del acto.

Según, FISCHER, HEGLER, RADBRUCH, MAYER y posteriormente MEZGER, que en delitos como el tipo de hurto se requiere algo más que el simple apoderamiento de la cosa mueble ajena, si no está presente el elemento subjetivo o anímico "ánimo de apropiación" no existe adecuación típica; la valoración de la conducta humana en muchos casos requiere para que sea considerada injusta, de la intención o finalidad que la sustenta, la lesión que se causa a la propiedad por medio de engaño es estafa sólo cuando se comete con intención; o como dijo DOHNA, "la misma manipulación puede ser un examen médico inobjetable o una acción lasciva punible. La acción de matar carece de antijuridicidad si es la defensa contra una agresión antijurídica"³¹, por lo mismo la doctrina entró a reconocer la existencia de elementos subjetivos del injusto penal y por esta vía se habló de los elementos subjetivos o anímicos del tipo distintos

²⁹ E. FERRI. *Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*. Madrid. Centro Editorial de Góngora. 1887. p.78.

³⁰ J. GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del delito*, op.cit., p. 84.

³¹ J. GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del delito*, op.cit., p.85.

del dolo.

CAPITULO II

HOMICIDIO EN RIÑA

1.1 El homicidio en Riña

Es el acometimiento mutuo y confuso entre varias personas, a consecuencia del

cual resulta con lesiones graves alguno o todos los partícipes³². No es un delito en nuestra legislación, en otros países es una figura atenuante de los delitos de lesiones y homicidios.

J. BERNAL³³ resume de la siguiente manera: "Con el advenimiento de las codificaciones penales, dos sistemas principalmente fueron adoptados: uno que regula el homicidio o lesión personal en riña, y otro la participación en la riña como entidad criminal autónoma. El primero, a su vez, presenta dos formas: la de la solidaridad, y la de la llamada complicidad correlativa. Dos modalidades, igualmente presenta el segundo sistema: el de la punibilidad de la riña en sí misma cuando ocurra muerte o lesión corporal, o el de la punibilidad de la riña simple, funcionando el eventual resultado letal o dañino como condición de mayor punibilidad, reconocida la responsabilidad individual del autor del homicidio o lesión". El primero de los sistemas es el acogido por nuestro código penal vigente.

El homicidio en riña, se encuentra tipificado en nuestro código penal en su Art. 461.- "Cuando en riña o agresión en que tomen parte más de dos personas, resultare una muerte, sin que constare quien o quienes la causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido, y se aplicará la pena de uno a cinco años de prisión y multa de doscientos a quinientos sucres".

Sin embargo, de tratarse de un delito que reviste características muy especiales, como son: la riña y el desconocimiento del autor de la muerte, se sancionará cualquier atentado contra la vida, aunque dicha sanción se base en meras sospechas por el objeto de ejercer violencias.³⁴

El legislador pese a las circunstancias que dejamos anotadas, no ha querido dejar sin protección este bien jurídico, aún atentando contra el principio de inocencia, culpabilidad, in dubio pro reo, legalidad y con el debido proceso, todos estos garantizados en la normativa máxima de cualquier país que viva en un estado de derecho, como es la constitución.

³² E. ALBÁN GÓMEZ. *Manual de derecho penal ecuatoriano*, Quito. Ediciones Legales. Colección Profesional Ecuatoriana, p. 260.

³³ J. BERNAL PINZÓN. *El homicidio*. Bogotá. TEMIS. 1978. p. 368.

³⁴ J. TINAJERO MIÑO. *El Homicidio en riña o agresión*. Quito. Universidad Central del Ecuador. 1993. p63.

1.1.1 Aspecto subjetivo del delito

La riña; no es el hecho primordial sancionado, sino el homicidio, por cuanto la riña es solamente una circunstancia especial en la que ocurre el homicidio; sin embargo, el elemento subjetivo de este delito no se vincula con el homicidio, sino que supone el dolo a ejercer violencias sea directo o eventual y además debe ser dolo de riña o sea con voluntad de tomar parte en la riña.

En la riña existe un dolo indeterminado de parte de los combatientes (dolo de reñir), pues existe el propósito de ejercer violencias no referidas a una persona determinada, pero en nuestra ley, se requiere además el dolo determinado de ejercer violencias respecto de la persona que causó la muerte.

1.1.2 Descripción objetiva del tipo penal

El Código Penal establece un error, cuando confunden los términos Riña o Agresión; al decir "Cuando en riña o agresión", o lo que es lo mismo se pone a los dos términos en un plano de perfecta igualdad.

La riña "es el súbito acontecimiento recíproco y tumultuario de más de dos personas"³⁵, de manera que en ningún momento podemos admitir que la agresión o el acontecimiento de más de dos personas o de varias contra una sola, sea considerado riña.

Agresión en cambio, según Eusebio Gómez es "el acontecimiento llevado contra alguno para matarle, herirle o hacerle cualquier daño"³⁶.

Este criterio se encuentra reforzado cuando Eugenio Cuello Calón en su obra Derecho Penal, hace una cita de Mancini que dice: "No debe confundirse a la riña con la agresión; el agredido o agredidos que permanecen inactivos o que reaccionan por legítima defensa, aún, cuando se excedan en ésta no riñen, pues ejecutan un hecho

³⁵ S. SOLER. *Derecho penal*. ARGENTINO III, Buenos Aires. La Ley .1945. p. 168.

³⁶ E. GÓMEZ. *Tratado de derecho penal*. Parte Especial. II, Buenos Aires. Argentina Editores. 1937, p. 200.

lícito"³⁷.

2.1 Elementos constitutivos del delito

Según la doctrina nacional; los elementos esenciales para que se constituya el homicidio de riña son:

- a) Que existe una riña o agresión tumultuaria y recíproca;
- b) La subitaneidad o no convergencia intencional
- c) Ejercicio de Violencia
- d) La confusión o Imposibilidad de determinación
- e) Número mínimo de participantes; y,
- f) Muerte.

2.1.1 Riña tumultuaria y recíproca

La riña para ser tumultuaria debe darse entre más de dos personas, en contra de un sujeto específico, pertenecientes a distintos bandos. Las violencias necesariamente deben ser recíprocas, es decir, que exista un acometimiento mutuo, en tanto esto es la diferencia de la agresión.

Para que exista riña creo también que es preciso que los autores no se concreten a ofenderse de palabra, puesto que es necesario como ya lo dijimos que éstos vayan a las vías de hecho, físicamente, poniendo en peligro su integridad personal.³⁸

Es pues indispensable para que exista riña, la existencia de contacto material entre los participantes.

La riña o estas peleas entre grupos rivales, que se acometen confusamente, donde lo único que queda claro es el resultado fatal, las ha habido en todo tiempo y lugar. En estos casos, identificar la mano homicida suele ser complicado; todo sucede rápido, los testigos no distinguen y a veces el pacto de silencio alcanza incluso a los

³⁷ E. CUELLO CALÓN. *Derecho penal, parte especial II*, Barcelona. Bosch. p. 442.

³⁸ J. TINAJERO MIÑO. *El homicidio en riña o agresión*. Quito. Universidad Central del Ecuador. 1993. p84.

compañeros de la víctima.

2.1.2 La subitaneidad o no convergencia intencional

Este elemento de la riña, consiste en la necesidad de que ésta surja de imprevisto, en forma espontánea y repentina y que no sea el resultado de un acuerdo de más de dos personas.

Es en el tiempo que precede a la lucha, en el acaloramiento producido por el intercambio de palabras injuriosas, cuando nace la idea de tomar violentamente al adversario, y de acometerlo recurriendo a las vías de hecho; es decir que premedita en reñir, pero si en el hecho de muchas veces tratar de ofender la integridad corporal de alguien.

Es imprescindible para la configuración de la riña la ausencia de acuerdo previo, peor que la lucha haya sido preparada, o lo que es lo mismo que no haya sido el resultado de una intención previa por los actores de la misma.

2.1.3 Ejercicio de violencia

Cualquiera que sea la noción que se tenga de la riña, lo incuestionable es que para que nazca a la vida jurídica no basta un simple altercado, un cambio de voces, una disputa verbal, un cambio de injurias o cosa por el estilo, sino que es necesario que se presente una lucha, una manifestación de violencia. Es decir, que para la existencia de la riña es necesario que los contendores exterioricen su estado de ánimo, no con simples palabras, sino con actos que lleven el inequívoco signo de la agresión, de la violencia.

J. BERNAL³⁹ asimismo enseña: "Hay que distinguir entre riña y agresión (de varias personas contra una o varios). En la última, el agredido o grupo de agredidos no reacciona contra los agresores, no hay violencias recíprocas; y aun cuando haya reacción, será más por legítima defensa, que por riña, pues ésta presupone ab utraque

³⁹ J. BERNAL PINZÓN. *El homicidio*. Bogotá. TEMIS. 1978. pág. 370.

parte el animus delinquendi (o sea, en este caso, el animus rixandi). Tampoco habrá riña en el caso de reacción contra una agresión erróneamente supuesta (legítima defensa putativa), lo mismo que cuando se trata de error excusable. También en este caso falta el dolo característico de la riña”.

2.1.4 La confusión o imposibilidad de determinación

Es uno de los requisitos más importantes para la posibilidad de aplicación de esta figura delictiva, por cuanto si no existiera la confusión, no existiría la riña, sino otro cualquier tipo de infracción.

Este elemento es imprescindible, en tanto es de su existencia la causa por la cual se desconoce al autor de la muerte, pues si el juzgador pudiese determinar el grado de responsabilidad de todos y cada uno de los participantes, esta figura delictiva no sería aplicable.⁴⁰

Muchos autores siguiendo las disposiciones pertinentes contenidas en la Ley ítem Mela, justamente consideraban que era necesaria la aplicación del principio de la solidaridad cuando se desconocía al autor de las lesiones que ocasionaban la muerte de una persona, aplicando una pena menor atenuada, por la circunstancia de no poder individualizar al verdadero autor del homicidio.

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA al hacer un estudio sobre el homicidio en riña, explica el elemento primordial de este delito, es el hecho de que éste se verifique confusa y tumultuariamente; es decir, que no se pueda establecer al autor de la muerte acaecida en la riña.

Otros tratadistas como Eugenio Cuello Calón⁴¹, sostienen la tesis de que no se puede aplicar este tipo delictivo cuando no existe confusión entre los contendores así, "Cuando no existe confusión entre los contendientes tampoco es aplicable este artículo... y en el caso de que existiendo confusión, se pueda determinar a los autores de la muerte, o en caso de que existiere una verdadera agresión o cuando los participantes

⁴⁰ J. TINAJERO MIÑO. *El homicidio en riña o agresión*. Quito. Universidad Central del Ecuador. 1993. p85.

⁴¹ E. CUELLO CALÓN. *Derecho penal*. Parte Especial. II. Barcelona. Bosch. 1943, p.397.

no luchan entre sí, sino que por el contrario todos atacan o cometen a una sola persona, no se puede aplicar esta disposición legal."

2.1.5 Número mínimo de participantes

Al respecto EUSEBIO BORNES⁴² señala que: "La riña o agresión debe tener lugar entre más de dos personas. De otro modo no sería posible la circunstancia de autorizar la imposición de la pena especial establecida para el homicidio o las lesiones resultantes. Esa circunstancia es la de no poder establecer quién sea el autor directo."

CUELLO CALÓN⁴³ al respecto establece "que han de participar en ella más de dos personas, pues si la lucha es de dos y uno de ellos muere, no cabe duda que el superviviente es el homicida, y entonces el hecho integraría el homicidio común."

2.1.6 Muerte

La muerte desde el punto de vista genérico, es la finalización de las actividades de un organismo. En el caso de la realidad humana, la definición vigente desde el punto de vista legal y medico, alude a la cesación de toda actividad en el encéfalo, demandándose además; que esta situación sea irreversible.

Sin este elemento esencial, el delito de homicidio de riña no puede darse, pues de este resultado fatal depende la configuración del mismo. No es preciso el ánimo de matar, para la existencia de este delito basta con que se hubiere ocasionado muerte.⁴⁴

3.1 Legislación ecuatoriana y jurisprudencia

En la legislación ecuatoriana, tomaremos como ejemplos algunos de la jurisprudencia dada por el máximo tribunal de justicia de nuestro país, para revelar

⁴² E. GÓMEZ. *Tratado de Derecho Penal*, Parte Especial II, Barcelona. Bosch. 1949. p. 200.

⁴³ E. CUELLO CALÓN. *Derecho penal*, Parte Especial II. Barcelona, Edit. Bosch. 1943, p.397.

⁴⁴ *Ibid.* p. 494.

cuáles son los criterios con los que los jueces se manejan para dar una sentencia final en este tipo de delito.

Así tenemos; en la gaceta judicial S. XI, No. 2, p.264, del 13-05-68 en la cual se hace referencia a este delito: "El Art. 437 del Código Penal presupone para su aplicación estos requisitos: a) riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas; b) que con tal motivo resulte una muerte; esto es un resultado no querido por los participantes, y c) ignorancia de la persona o personas que la causaron, extendiéndose, por estas circunstancias, la responsabilidad penal a todos aquellos que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido. De modo que si la riña o agresión de más de dos personas fue el resultado de un plan anteriormente concebido para atentar contra la vida de una persona y el objetivo se produce, no se encuentra el caso en el ámbito del Art. 437. Si se conoce al autor de la muerte ocasionada en una riña o agresión, tampoco el presupuesto enmarca dentro de la indicada disposición legal. Así como si en una riña o agresión de dos o más personas, cuando se ignora cuál de los que ejercieron violencia fue el autor de la muerte ocasionada, no es responsable de la infracción el participante en la riña que no la ejerció sobre la persona del ofendido."

Otro caso es el de la (GJ, S. XI, No. 11, pp. 1670-71) 21-V-71, que dice: "El Tribunal del Crimen, determinó las circunstancias en que produjo la muerte de R., esto es, en pelea o riña en que intervinieron muchas personas y, constando como consta en dicha sentencia, que el fallecimiento se produjo como consecuencia de las múltiples heridas producidas por armas blancas corto punzantes, no se ha podido precisar, como era imposible hacerlo, cuáles fueron las heridas inequívocas que infirió P. R. en el cuerpo de R. P.y, si ellas fueron las determinantes de la muerte que por otro lado, para que constituyan homicidio simple, como ha sido calificado por el Tribunal del Crimen, requerían que hayan tenido el designio o la intención de causar la muerte. Que se observa que ha existido indebida calificación de los hechos constitutivos del delito, porque mientras se declara que 'apreciando los hechos y las pruebas' se llega a la conclusión de que P. R. junto con otros dio muerte a R. P en circunstancias en que se encontraban peleando dichas personas', lo cual configura o tipifica el delito determinado en el Art. 461 del Código Penal, en cambio se impone pena por lo que dispone el Art. 449 del mismo cuerpo de leyes."

Así mismo; en la (GJ, S. XII, No. 6, pp. 1224-25) 26-VII-74 se dice: "Para que se considere a un hecho de esta naturaleza como resultante de una riña, a menester que los

participantes sean más de dos. Pero en el número de participantes hay que entender que no se ha de contar al agraviado. Los agresores deben ser más de dos, a menos que conste que se formó un tumulto entre grupos compuestos por más de dos cada uno y que la confusión producida por la concurrencia de tantos impida precisar de cuál de todos ellos provino la acción 'necesaria y evidente' del hecho que ha sido sometido a la investigación y al juzgamiento, atentas las circunstancias anteriores y simultáneas; como cuando trabada la pelea entre todos los participantes en el hecho y que pertenecen a diferentes grupos, todos ellos o siquiera parte de ellos, provistos de armas de iguales características, simultáneamente las hubiesen usado, impidiendo la singularización del arma con la que se ocasionó la herida que produjo como resultado la muerte de uno. No se atiende, pues, solamente a las personas sino también a todas las demás circunstancias que rodearon los acontecimientos, y bien hace el Tribunal inferior, al razonar de esta manera para absolver a los del grupo del occiso, que no siquiera han llegado a formar un tumulto, ni ha encontrado que todos ellos o al menos varios de ellos, hayan portado armas iguales o semejantes a aquella que sirvió para inferir la herida mortal."

Y finalmente tenemos la sentencia publicada en (GJ, S. XII, No. 6, p. 1165) 20-VIII-74 se dice: "Para reprimir como lo hace el Tribunal del Crimen al sindicado, como autor de la infracción prevista en el Art. 461 del Código Penal, era indispensable que la sentencia como elementos de la mencionada infracción hiciese constar estos requisitos: a) los hechos que a juicio del Tribunal constituyeron la riña, pendencia o quimera; b) haber tomado, en tal pendencia o riña, parte más de dos personas, entre las cuales recíprocamente se trababan en pendencia; porque si no existe la recíproca agresión, no puede existir riña; habrá o agresión unilateral, o legítima defensa en determinados casos; y c) el hecho de haber los agentes ejercido violencias sobre la persona del ofendido, puesto las manos sobre éste, ya que el artículo mencionado contiene estos términos: A todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido".

4.1 Derecho comparado

El homicidio en riña, en varios países, sobre todo europeos, entre los que se destacan Alemania e Italia, ha suprimidos de sus legislaciones este delito, por vulnerar

varios principios legales pero sobre todo constitucionales.

En España hasta 1989, existía en su legislación la figura del homicidio en riña tumultuaria, que castigaba a todos los agresores cuando no constaba el autor directo de la muerte (hasta 6 años de cárcel), aunque les imponía una pena inferior a la prevista para el homicida (más de 12 años). Pero se estimó que esta norma iba en contra del principio de culpabilidad y se derogó. El código vigente se limita a castigar, por el hecho de acometerse, a todos los que riñeren entre sí utilizando instrumentos peligrosos (tres meses a un año). Pero sólo imputa la muerte o las lesiones a sus autores identificados. Con una fórmula u otra, si hay una materia donde la respuesta penal no basta es frente al problema de las pandillas de jóvenes violentos.

Pero por la cercana relación y semejanza con nuestra legislación en el presente trabajo nos concentraremos básicamente en dos países andinos, que han despenalizado este delito de sus legislaciones tales como Perú y Colombia.

En Perú mediante decreto legislativo No 635, promulgado el 03 de abril de 1991, y publicado el 08 de abril de 1991; en el gobierno del Alberto Fujimori, se concreta la despenalización del antiguo homicidio en riña. Alegando; que el derecho penal es la rama más compleja que tiene la rama del saber jurídico.

Pues al ser un conjunto de normas que regulan la potestad punitiva del estado, determinados por la ley, y que tiene como presupuesto, una pena o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica, además; propone a los jueces un sistema orientador de decisiones, que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho.

Es decir; en el derecho penal siempre está incluida una pena, para una acción, aquí entra en escena la culpabilidad elemento del delito, que es subjetivo, y puede prestarse para que el juez o legislador, a través de una norma mal tipificado lesione derechos personales del acusado, así; como principios elementales del derecho.

Se presta una atención especial a problemas como el concepto de riña tumultuaria y el relativo a los sujetos del delito, al ser éstos, sin duda, los que plantean

mayores dificultades de interpretación.

La crítica se da al no saber quién mató o dañó, no sería justo culpar a todos los peleadores.

La pelea o riña se suele definir como el "acontecimiento recíproco (ataque y defensa como actitud de todos los intervinientes) que se ejerce entre tres personas por lo menos. Ahora, hay agresión y no pelea cuando muchos acometen contra uno o varios que se limitan a defenderse pasivamente, parando golpes, huyendo, protegiéndose de los disparos; en cambio cuando la defensa es activa, por ejemplo, devolviendo golpes, disparando con armas contra los atacantes, ya se está en presencia de una riña.

En el Código Penal peruano, no está penado el "delito de riña" sino que se penalizaba las lesiones y el homicidio perpetrados en una pelea en la que no se puede determinar, con certeza necesaria, quiénes fueron los autores que causaron esos resultados. La ley sigue la llamada "incertidumbre sobre el autor".

Pero el asunto de que no se sepa quién mató o hirió sigue siendo una espina clavada. A nadie le gusta pero se acepta por una cuestión de política criminal: no dejar impunes estas muertes o estas heridas. Obviamente, para que se aplique, la riña debe ser espontánea y no planeada.

Tal vez; en un intento de que la injusticia sea menor, se reduce todo lo posible el círculo de autores a aquellos que ejercieron violencia sobre la víctima por el solo hecho de ejercerla. En otras palabras por haber puesto mano sobre ella. Pero las dudas se multiplican. ¿Es equivalente la situación del contrincante que dio un golpe mortal con la de aquel que solo dio un pellizco? ¿No es ilegal penar a quien no es el autor?

De allí la importancia de la derogación del homicidio y lesiones en riña, porque la responsabilidad es personal, por el hecho propio, es decir por la realización consciente y voluntaria de un delito. No es una responsabilidad ética sino jurídica. Este es el principio de culpabilidad consagrado por la Constitución y este es el principio que el homicidio en riña no respeta.

Además, al no saber quién mató o hirió, lo que queda es que la presunción de

inocencia de los participantes de la pelea no pudo ser destruida.

Otra cuestión importante es que tampoco se sabe cuál fue la intención del autor desconocido. Por ejemplo, en el calor de la pelea, la defensa y el ataque se suelen confundir. ¿Se quiso herir para defenderse; se quiso lesionar en pleno ataque?

Pero parece razonable, como dicen muchos teóricos del derecho penal, reconocer siempre que la persona es un fin en sí mismo y que no se le puede atribuir lo que no hizo ni aun por razones de estado.

Si se le atribuye un resultado sólo porque el resultado se produjo, es decir se mató a un hombre durante una riña, se abre la puerta para que se pueda acusar por casos fortuitos. De tal forma, la persona sería reducida sólo a una cosa, a una cosa que causa cosas. Y esto es incivilizado y arbitrario y sobre todo alegado a un estado de derecho.

Esta misma discusión recientemente en Colombia, país vecino y muy cercano a nuestras realidades jurídicas, agregando que en su constitución se garantiza principios tales como: Principio de inocencia, legalidad, in dubio pro reo, responsabilidad y proporcionalidad de la aplicación de la pena. Todos estos vulnerados por la tipificación del homicidio en riña. Mas lo antes expuesto, dio como resultado la eliminación de este delito en la esfera jurídica de este país.

CAPITULO III

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA QUE ESTABLECE EL HOMICIDIO EN RINA

1.1 Inconstitucionalidad de la norma del Art. 461 del Código Penal

El presente capítulo sin duda es el más importante de todos, pues, el delito de homicidio en riña estipulado en nuestro ordenamiento jurídico contradice principios y garantías básicas consagradas en nuestra constitución y tratados internacionales ratificados por nuestro país.

Es por esta razón, que procederemos a analizar cada uno de estos preceptos constitucionales vulnerados por esta norma jurídica, para demostrar que gracias a este tipo penal vivimos en un estado inquisitivo; ya que se presume la responsabilidad del imputado, y el proceso penal se erige como la mera formula que tiene el acusado para

demostrar su inocencia.

1.1.1 Debido proceso

En todo estado social de derecho supone, el reconocimiento y protección de derechos fundamentales incorporando nuevos derechos , para lo cual intervienen los poderes públicos, que están subordinados a la normativa legal, en especial a la constitución, y al interés general que esta persigue.

Por ello, tomo lo señalado por TOME GARCÍA⁴⁵, que nos aclara de mejor forma este punto.

“La efectividad de los derechos humanos requiere, no sólo su reconocimiento en el Derecho positivo, sino la incorporación al mismo de un conjunto de garantías que permitan su adecuada tutela y posibiliten su pacífico ejercicio. Así, escribe Michel DRAN, "las libertades no valen en la práctica sino lo que valen son sus garantías... un régimen de Derecho positivo de las libertades debe conllevar garantías y sanciones efectivas, bajo pena de convertirse en teórico””.

En un estado social de derecho, no se tiene a la libertad como una exigencia de la dignidad humana, sino que tal dignidad es imprescindible condición para la concreción de la libertad y la igualdad. De modo que la dignidad del ser humano deja de ser un fin para convertirse en una condición.

Los derechos fundamentales protegen al individuo en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a la participación en la elaboración de las normas que regulan conductas punibles, sanciones y procedimientos para la aplicación de las penas, o a cualquier otro aspecto fundamental que por razón del ius puniendi afecte el desarrollo del individuo como persona al margen de sus condiciones materiales de existencia, pues en términos generales de los derechos fundamentales se ha dicho que son "un conjunto

⁴⁵ L. DE BERNARDIS. *La garantía del debido proceso*. Lima. Cultural Cuzco. 1995. p. 359.

de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad.

Ahora bien, nuestro país según el art. 1 de la nueva constitución del estado, nos dice: “El Ecuador es un estado constitucional de derecho y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”. Podemos observar, que nuestra carta magna va más allá del estado social de derecho y lo declara constitucional, con las implicaciones legales que lleva este precepto, donde no solo se garantiza la supremacía de esta norma; sino que se da la potestad a las autoridades y los ciudadanos hacer respetar la constitución en cualquier momento o instancia.

Los preceptos constitucionales tampoco pueden ser contradichos o ignorados por la acción u omisión de los poderes públicos, pues si ello ocurriera todas las actuaciones serían inconstitucionales y susceptibles, por ende, de la correspondiente sanción, como la inexistencia o nulidad. La Constitución es norma fundamental, porque sus mandatos quedan fuera de la disponibilidad de las fuerzas políticas, al ser básicos, en cuanto intocables, y se constituyen en límite a los poderes del Estado.

La Constitución, por otra parte, es un sistema de valores, porque no es una norma neutral que simplemente tenga el papel de fijar procedimientos hacia determinado fin, sino que da respuesta a la concepción axiológica de la vida social, al trazar un marco de principios que sientan las directrices y que han de ser respetados por todo el ordenamiento.

De ahí la importancia de este capítulo, pues; se busca hacer un llamado de advertencia que el art. 46 de nuestro código penal, afecta al estado constitucional de derecho, pues vulnera el debido proceso y sus principales principios, consagrado en el capítulo octavo, art. 76 de la normativa constitucional.

Porque decimos esto, el debido proceso se nutre de los siguientes derechos fundamentales: legalidad del juicio, juez natural, igualdad ante la ley, favorabilidad en materia penal, presunción de inocencia, derecho de defensa, proceso público, celeridad del proceso, controversia de la prueba, impugnación, non bis in ídem, prohibición de la reformatio in pejus, segunda instancia, acceso a la justicia y responsabilidad de los

poderes públicos, entre otros. Con la normativa penal que es materia de nuestro estudio se vulnera muchos de estos principios como veremos a continuación.

Principio de igualdad ante la ley, conforme al principio que analizamos, en el proceso penal no se admiten tratos diferenciales, porque todos los sujetos procesales deben gozar de las mismas prerrogativas, pues si alguno de ellos está en ventaja sobre los demás sin duda se viola el principio de la igualdad⁴⁶. Como podemos hablar de igualdad ante la ley para el imputado del delito de homicidio que ya va condenado como culpable por la propia ley, perjudicando a este frente al proceso penal que se le sigue en su contra.

Principio de responsabilidad de los poderes públicos, que establece que todos los poderes y sus funcionarios responden por su actuación⁴⁷. En el presente caso hasta el momento pese a que no solo en la actual constitución, sino en la anterior se consagraba la capacidad de los jueces para aplicar el control difuso por propia cuenta o por solicitud de parte, no existe un solo caso donde se haya solicitado la inconstitucionalidad de esta norma.

La tutela judicial efectiva, que es una garantía de la administración de justicia que, integrada por diversos conceptos de origen eminentemente procesal constitucionalizados, por todo lo antes expuesto se ve vulnerado, al igual que otros principios fundamentales que trataremos a continuación.

1.1.2 Principio de inocencia.

La presunción de inocencia es, en primer lugar, el concepto fundamental en torno al cual se construye el modelo de proceso penal, concretamente el proceso penal de corte liberal, en el que establecen garantías para el imputado. Este es el significado que tiene la presunción de inocencia en el debate doctrinal en torno a las distintas concepciones del proceso penal defendidas por las diferentes escuelas penales italianas.⁴⁸

La presunción de inocencia también puede entenderse como un postulado

⁴⁶ A. SUÁREZ SÁNCHEZ. *El debido proceso penal*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2001. P. 85.

⁴⁷ E. GARCÍA. *Revista Española de Derecho Constitucional*. El Principio de la responsabilidad de los poderes públicos. año 23. Numero 67. Enero-abril 2003, pág. 15-48.

⁴⁸ M. MONTAÑÉS PARDO. *La presunción de inocencia*. Navarra. ARANZANDI. 1999. p 38.

directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la idea de que el imputado es inocente y, en consecuencia, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos del imputado en el proceso.⁴⁹

La principal vertiente del derecho a la presunción de inocencia es su significado como regla probatoria del proceso penal. La presunción de inocencia, en este sentido, puede considerarse como una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.⁵⁰

Esto debido a que la responsabilidad se deriva de lo que hace el sujeto agente queriéndolo hacer, y no sólo de lo que es o piensa o simplemente hace sin ningún contenido lesivo y volitivo. Por esta razón, la culpabilidad se deduce a partir de la demostración de que con conciencia y voluntad se ha lesionado o puesto en peligro el interés jurídico penalmente tutelado, sin que baste ni la idea criminal ni la exteriorización de actos que no comprometan el respectivo bien jurídico. Hasta tanto no se pruebe por lo menos la puesta en peligro del interés jurídico, la conducta que se le imputa al agente no tiene relevancia jurídica penal alguna.⁵¹

Este principio universal está garantizado en nuestra actual constitución política, en su art. 76 numeral 2, que establece claramente lo siguiente: “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”.

Además; lo encontramos en el art. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que dispone “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se pre-suma su inocencia mientras que no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su

⁴⁹ *Ibíd.* p. 39.

⁵⁰ M. MONTAÑÉS PARDO. *La presunción de inocencia*. Navarra. ARANZANDI. 1999. p 42.

⁵¹ A. SUÁREZ SÁNCHEZ. *El debido proceso penal*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2001. p. 137.

defensa”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, establece en su artículo 14.2 que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

Debemos recordar que los preceptos internacionales citados forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, pues; han sido debidamente aprobados y ratificados por nuestro país, además que vinculan a todos los funcionarios públicos y de manera especial a los funcionarios de sistema judicial, estas normas deben ser directamente aplicadas por los Jueces y Tribunales. Tal como lo estipula el art. 11 en su numeral 3 de nuestra constitución que estipula lo siguiente: “Los derechos y garantías en la constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o petición de parte”.

La constitucionalización del derecho a la presunción de inocencia no es la mera enunciación formal de un principio básico en el proceso penal y otros. Las consecuencias que acarrea entre las más importantes son las siguientes:

1.- El carácter normativo de la Constitución comporta que los derechos fundamentales, entre ellos el de la presunción de inocencia, sean de aplicación directa e inmediata y que vinculen a todos los poderes públicos, como pudimos observar con anterioridad.

2.- El derecho a la presunción de inocencia debe interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por Ecuador.

3.- En cuanto derecho fundamental, la presunción de inocencia debe ser tutelada por los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial mediante el control difuso, competencia otorgada a estos funcionarios en la constitución en su art. 11 numeral 3.

4.- Su contenido no es disponible por el legislador, que en todo caso ha de respetarlo y desarrollarlo por medio de ley secundarias correspondiente.

5.- La presunción de inocencia es un elemento esencial conforme al cual deben ser interpretadas todas las normas que componen nuestro ordenamiento.

Por todo lo antes expuesto, podemos afirmar que cualquier juez debe proponer la declaratoria de inconstitucionalidad de la esta norma, por violar el principio de inocencia, además, de que el acusado podría interponer el recurso extraordinario de protección, en cuanto se ha violado varias de las garantías y derecho consagrados en la constitución, tal como lo permite el art. 94 de la carta magna de nuestro país.

1.1.3 In dubio pro reo.

La presunción de inocencia se concreta en el aforismo *in dubio pro reo*, porque ante la imposibilidad para el funcionario judicial de eliminar el estado de escepticismo, en el momento de tomar decisiones que afecten la libertad y, como es natural, otros derechos fundamentales del procesado, se debe resolver la duda en favor de éste.

La razón de ser del *in dubio pro reo* se encuentra en el principio ontológico que consagra la máxima de que todo hombre se presume inocente mientras no se demuestre que no lo es. De modo que si se duda sobre su responsabilidad se debe dictar preclusión en la calificación o absolución en la sentencia, pues es principio universal de rectitud y prudencia que es preferible absolver al culpable que condenar al inocente, por los perjuicios y daños graves e irreparables que se le causan al inocente condenado y por la cruel incertidumbre de los demás miembros de la sociedad que temen ser presas de fallos injustos.⁵²

Este principio se considera aplicable a todo el Derecho penal, además de que la interpretación de las normas debería siempre ser a favor del reo por ejemplo, ante dos posibles interpretaciones de la ley, debería elegirse aquella que suponga una menor pena para el reo.

⁵² M. MONTAÑÉS PARDO. *La presunción de inocencia*. Navarra. ARANZANDI. 1999. p 38.

Las reglas interpretativas del Derecho penal no son iguales a las del resto de ramas del Derecho, esto debido que se juega con unos de los derechos más importante que tiene el hombre como es la libertad, por esta razón no está permitida la analogía extensiva que amplíe los supuestos penados por la ley, por lo general, el juez tiene libertad para optar por la interpretación que más se acerque, dentro de la literalidad, a la voluntad del legislador, teniendo siempre en cuenta que está sujeto a la norma *in dubio pro reo*.

En nuestro país encontramos este principio en el art. 75 numeral 5 de nuestra constitución que manda lo siguiente: “En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga” sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora”.

Así mismo en nuestro código penal, encontramos en el art. 4 la norma que se refiere a este principio y que dice lo siguiente: “Prohíbese en materia penal la interpretación extensiva. El juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la ley. En los casos de duda se la interpretará en el sentido más favorable al reo”.

Es claro que este principio está lo suficientemente respaldado en la normativa legal vigente en nuestro país, como para que no se lo tome en cuenta y se deje pasar su finalidad, por parte del juez que le compete conocer la materia penal, así mismo, por parte de los abogados que no han hecho nada o casi nada para proteger a sus clientes y al ciudadano en general, que por culpa de una norma con defectos, vulnera principios básicos para toda persona. Por eso, la importancia de alertar sobre los daños que ocasiona el art. 461 del código penal, para tomar las medidas necesarias para corregir y remediar el desgaste del sistema judicial.

2.1 Reglas generales de la prueba y la carga de la prueba en el proceso penal

La presunción de inocencia consagrada en la de la Constitución se asienta, sobre dos ideas esenciales: de un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el

proceso penal, que corresponde efectuar a los Jueces y Tribunales y, de otro, que la Sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba y que la actividad probatoria sea suficiente para desvirtuarla, para lo cual se hace necesario que la evidencia que origine su resultado lo sea, tanto con respecto a la existencia del hecho punible, como en todo lo atinente a la participación que en él tuvo el acusado.

Entonces la prueba es el medio que tiene el Estado y sus instituciones, además del acusador; para establecer el nexo entre el acto sancionado y el imputado.

La prueba en el proceso penal puede definirse como la actividad procesal de las partes y del juzgador, dirigida a formar la convicción de este último sobre la verdad o certeza de los hechos afirmados por las partes, que se desarrolla en el juicio. A Continuación veremos las normas que reafirman estos preceptos en nuestra normativa penal, art. 84 nos dice: “Se deben probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta investigación del caso, por cualquiera de los medios previstos en este Código”. Finalmente el Artículo 85 del mismo código establece: “La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del imputado”.

Conforme a este concepto general, es preciso advertir, en primer término, que la prueba tiende a la comprobación de los hechos objeto del proceso y que su finalidad principal es la de poder formar la convicción del órgano judicial. En segundo término, por prueba hay que entender única y exclusivamente la practicada en el juicio.

Con base en la definición de la prueba, antes apuntada, es posible extraer los principios básicos de la actividad probatoria en el proceso penal, que es el objeto de estudio de esta parte de la obra. Estos principios y garantías son, resumidamente expuestos, los siguientes:

La prueba es actividad procesal de las partes y del juzgador.⁵³

A diferencia del proceso civil, en el que como regla general las partes son dueñas de la actividad probatoria, pues a ellas les corresponde pedir o no que se reciba el pleito a prueba y la proposición de las pruebas, en el proceso penal rige el principio de oficialidad, se persigue la verdad material de los hechos y la actividad probatoria no es

⁵³ M. MONTAÑÉS PARDO. *La presunción de inocencia*. Navarra. ARANZANDI. 1999. p 75.

exclusiva de las partes. Esta afirmación, no obstante, debe ser necesariamente matizada, pues, mientras en la fase de investigación corresponde al fiscal ordenar de oficio, las diligencias necesarias para la averiguación de los hechos, en la fase de juicio esta posibilidad está limitada y condicionada por el principio acusatorio.

En el proceso penal rige el principio de libre valoración de la prueba.

El Tribunal debe dictar sentencia apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio. Libre valoración de las pruebas no significa, en modo alguno, discrecionalidad ni arbitrariedad, pues la valoración ha de hacerse según las reglas de la lógica con exteriorización de la motivación fáctica, a fin de poder comprobar su razonabilidad y para permitir, en su caso, la fiscalización de la misma vía recurso. El art. 86 del código de procedimiento penal establece: “Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica.

Exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales.

Para poder entender válidamente enervada la presunción constitucional de inocencia, la convicción del juzgador debe basarse en pruebas lícitas, excluyendo de la valoración judicial, por imperativo del artículo 76 en su numeral 4 de la constitución del estado, las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. El artículo 80 del código de procedimiento penal establece también lo siguiente: “Toda acción pre-procesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías”.

Con todo lo expuesto se esclarece la importancia de la prueba, pero lo más importante, es que se reafirma que la carga de la prueba siempre y especialmente en materia penal, recae sobre el estado y sus agentes o el acusador, nunca sobre el imputado, como sucede en la norma 461 de nuestro código penal, donde se invierte la carga de la prueba en contra del acusado.

CAPÍTULO IV
DEFECTOS EN LA ESTRUCTURACION DEL TIPO PENAL

1.1 Hecho punible

El concepto formal del hecho punible sirve como punto de partida para su análisis estructural o normativo. Si el delito, es la conducta expresamente prevista como punible por la ley y sometida a pena, entonces, el delito sería Hecho o conducta típica = pena criminal.

Esta ecuación representa la forma más simple y llana del delito. Se parte del concepto de que en el término "conducta típica" se incluye todo acontecer humano, positivo o negativo, correspondiente a una descripción legislativa, violatorio de una prohibición o incumplidor de un mandato penales, que acarrea una consecuencia jurídica consistente en una pena criminal, o sea, la más fuerte disminución de bienes jurídicos que existe en el ordenamiento legal del Estado para los que se rebelan contra la disciplina social en la forma como ha sido concebida en el ordenamiento positivo.

La ecuación simple que hemos señalado, nos sirve para llegar a otra más compleja que vamos a plantear, en la cual se comprenda sin residuos todos los requisitos y presupuestos del ilícito penal (hecho punible), para poder construir la arquitectura y el esquema del delito y para ofrecer un sistema conceptual que permita un análisis completo, a fin de desentrañar el contenido profundo de cada uno de los elementos normativos que lo componen.

Tales elementos normativos, comienzan con las disposiciones que establecen los siguientes principios:

- 1) para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable;
- 2) la ley debe definir el hecho punible de manera inequívoca;
- 3) para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley;
- 4) para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad;
- 5) nadie puede ser penado por un hecho si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintencional;

- 6) el hecho punible puede ser realizado por acción u omisión;
- 7) el resultado del cual depende la existencia del hecho punible debe ser consecuencia de la acción u omisión del sujeto y cuando éste tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo⁵⁴

Estos elementos nos servirán para demostrar que el tipo penal estudiado, no tome en cuenta las bases o los elementos primordiales del delito, además; de vulnerar las garantías constitucionales consagradas en nuestra legislación. Más adelante profundizaremos en varios de estos temas.

1.1.1 Delito

Sin lugar a duda, la definición de delito ha diferido y difiere todavía en la actualidad entre cada uno de los diversos autores del derecho penal. Por lo que se ha intentado en diversas ocasiones realizar un concepto unitario y que sea aceptado por la mayoría de los jurisprudentes en esta materia, alejando así; las paradojas y diferencias culturales que dificultan un concepto universal.

En los tratadistas modernos no existe mayor problema pues, casi hay un criterio unificado, mientras que en los tratadistas antiguos si podemos observar diferencias significativas entre sus definiciones.

Ahora bien; en primer lugar debemos distinguir entre aquellos autores formales, “aquellos que creen o conciben al delito como el acto que la ley tipifica y sanciona con una pena determinada”⁵⁵ y los que creen en el concepto real del delito, que son aquellos que “pretenden descubrir las calidades intrínsecas del hecho delictivo, determinar cuáles son las características de una conducta para ser incriminada y bajo qué consideraciones éticas o culturales, ese acto ha sido recogido por la ley penal para ser sancionado.”⁵⁶

Además; existe también la noción sustancial “el delito es una acción o una

⁵⁴T. RUÍZ. *Teoría del hecho punible*. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. Segunda Edición. 1981. p. 151.

⁵⁵E. ALBÁN GÓMEZ. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito. Ediciones Legales. Colección Profesional Ecuatoriana, p. 107.

⁵⁶Ibid. p. 108.

omisión, imputable a una persona, lesiva o peligrosa para un interés penalmente tutelado, constituida por determinados elementos, y eventualmente subordinada a ciertas condiciones de punibilidad o acompañada de determinadas circunstancias”⁵⁷.

Pero, para poder superar las diferentes clases de divergencias existentes entre las definiciones, citaremos a Carrara que dice: "Delito es la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso."⁵⁸

No obstante, personalmente creo que no hay concepto que defina mejor al delito como el dado por la doctrina alemana, que dice “que es una conducta típica, antijurídica y culpable, que origina la sanción penal.”⁵⁹ Y es que en esta definición podemos encontrar todos los elementos más importantes del delito.

Pero es importante establecer que en el acontecimiento de un delito, siempre estarán implicados dos sujetos, es decir; el sujeto activo quien es el que ejecuta el acto delictivo y el sujeto pasivo, quien es el titular del bien jurídico tutelado afectado⁶⁰.

La concurrencia de un delito sin lugar a duda, siempre traerá consigo consecuencias, ya sea de naturaleza social, moral o la que interesa a nuestro estudio que es la jurídica. La pena debe ser entendida como la consecuencia jurídica del delito. Es decir es “el castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien, tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho, y a causa de dicha infracción.”⁶¹

1.1.2 Elementos del delito

El delito es ante todo un acto humano externo, y es el derecho por medio del

⁵⁷ V. MANZINI. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Buenos Aires. Ediar Soc. Anon. Editores. p.4.

⁵⁸ E. ALBÁN GÓMEZ. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Op. Cit. p. 109.

⁵⁹ J. GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del delito*. Bogotá. Doctrina y Ley. 2003, p. 67.

⁶⁰ A. GÓMEZ MÉNDEZ. *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1998.p.25-26.

⁶¹ M. COBO DEL ROSAL. M, VIVES ANTÓN. *Derecho Penal Parte General*. Valencia. Tirant lo Blanch. 1999. p. 797.

legislador el que determinará cuáles actos serán considerados delitos.

1.1.2.1 Acto

El primer elemento del delito es la conducta humana, “pues solo el hombre en cuanto posee capacidad y voluntad de conducir sus movimientos o actitudes, según la normas, se le puede ordenar hacer o no hacer algo; el tipo es una determinación legal de un acto prohibido, pero el delito es el acto humano en cuanto realizador del tipo.”⁶²

Para que exista delito, debemos en primer lugar determinar la corporeidad material y tangible de este ente jurídico, para luego verificar su adecuación a la descripción hecha por la ley para que se realicen los diferentes juicios de valor, objetivos y subjetivos, que constituyen los otros elementos del delito.⁶³

Como hemos podido observar en el acto, el elemento principal es la voluntad, pues sin ésta no se puede sancionar a una persona, pues nadie puede ser condenado por un hecho involuntario.

El concepto personal propuesto por ROXIN, “ve el acto como el fundamento general de todas las formas de delito, tanto la acción como la omisión, la acción dolosa o culposa son manifestaciones de la personalidad en tanto se puedan imputar o atribuir al hombre como obra suya por estar sometida al control del yo.”⁶⁴

El acto tiene dos clases de modalidades que son: acción y omisión; y de igual forma los delitos se dividen de la misma forma.

La acción (o la comisión, de la que hablan algunos autores) es la modalidad ética de la gran mayoría de delitos. Se manifiesta como un movimiento externo, como un hacer perceptible sensorialmente, que causa el resultado dañoso. Se puede decir que estos delitos presuponen una prohibición implícita.⁶⁵

La omisión, en cambio, se manifiesta como un voluntario de no hacer algo, que

⁶² J. GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del delito*. Bogotá. Doctrina y Ley. 2003, p. 118.

⁶³ E. ALBÁN GÓMEZ. *Manual de derecho penal ecuatoriano*. Quito. Ediciones. Colección Profesional Ecuatoriana, p. 133.

⁶⁴ J. GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del delito*. Bogotá. Doctrina y Ley. 2003, p. 140.

⁶⁵ E. ALBÁN GÓMEZ. *Manual de derecho penal ecuatoriano*. Op.cit. pág. 135

debía haberse hecho y que se exterioriza con un resultado lesionador de un bien jurídico, que no debía haberse producido si se actuaba.⁶⁶

1.1.2.2 Tipicidad

Ya sabemos que solo el legislador, a través de la ley (hipótesis abstractas), puede determinar que actos son un delito. Así pues; el acto concreto ejecutado por el sujeto activo, debe acomodarse plenamente a esa descripción hipotética.

La tipicidad entonces es el segundo elemento esencial del delito, es precisamente la identificación plena de la conducta humana con la hipótesis prevista y descrita en la ley. En ese caso estaremos frente a un acto típico.⁶⁷

Este elemento del delito cumple una varias funciones importantes, pues gracias a el podemos aplicar el principio de legalidad, es decir; no hay delito, sino está en la norma penal. Para que esta función se cumpla de manera adecuada, hace falta que la tipicidad sea una verdadera descripción, que a través de ella se especifique concretamente cuál es la conducta prohibida, con todos sus elementos y requisitos.

Así mismo la tipicidad, se interrelaciona de manera especial con los demás elementos entre ellos con la antijuricidad, pues delimita el acto. Con la culpabilidad de igual manera, pues; debe hacerse referencia de que manera debe realizarse el acto para ser punible.

En el ámbito procesal, cumple una importante participación, ya que se debe comprobar la tipicidad del acto, para que se pueda comenzar con el proceso penal.

En el caso de ausencia de tipicidad, es innecesario referirse en forma particular a este asunto, pues es absolutamente claro que si una conducta no está tipificada en la ley, es penalmente irrelevante y no hay para que preocuparse de ella, “Principio de Legalidad”.⁶⁸

⁶⁶ Ibid. pág. 135.

⁶⁷ E. ALBÁN GÓMEZ. *Manual de derecho penal ecuatoriano*. Quito. Ediciones Legales. Colección Profesional Ecuatoriana, p. 149.

⁶⁸ Ibid. pág. 155.

1.1.2.3 Antijuricidad

Primero, antes de entrar a fondo al presente tema, debemos hacer un análisis de que es lo jurídico, “es un orden de valores objetivos, debemos expresar que el derecho como obra humana expresa juicios de valor políticos, económicos, culturales, étnicos, etc., por lo tanto el orden jurídico es eminentemente valorativo, histórico y social. El orden jurídico expresa lo valioso que son aquellos bienes e intereses y valores que hacen parte de la vida humana y su comunidad, de ahí el concepto de bien jurídico.”⁶⁹

Para que el hecho típico sea punible, debe además tener él carácter de antijurídico, es decir, que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley. Como señaló el profesor ALFONSO REYES, “para que el juez pueda calificar de antijurídica una conducta referida a un tipo de lesión se requiere que el bien jurídico cuya protección ha causado el legislador sea efectivamente destruido o disminuido en su integridad.”⁷⁰

El delito tiene que ser con lógica un comportamiento injusto en cuanto la acción que lesiona los bienes más esenciales del hombre y de la comunidad; la antijuridicidad se concreta cuando la afectación a ese bien jurídico no encuentra ninguna norma permisiva que autorice la realización del acto, lo injusto entonces se define como un acto lesivo de bienes jurídicos desaprobado jurídicamente.⁷¹

Una vez precisado lo anterior, debemos dar un vistazo a los diferentes puntos de vista, concebido de la antijuricidad. Fundamentalmente se ha mostrado posturas en el carácter formal o material, objetivo o subjetivo, que examinaremos enseguida.

La antijuricidad formal, es aquella donde se da la contradicción del hecho con la ley, y por antijuricidad material, su contraste con los intereses sociales, es decir, su lesividad social.⁷²

Ahora bien, consecuentemente con la concepción general del Derecho que se

⁶⁹ J. GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del delito*. Bogotá. Doctrina y Ley. 2003, p. 505-506.

⁷⁰ A. GÓMEZ MÉNDEZ. *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1998.p.44.

⁷¹ J. GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del delito*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá. 2003, p. 507.

⁷² COBO DEL ROSAL. M. VIVES ANTÓN. *Derecho penal parte general*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999. p. 294.

sustente, la antijuridicidad puede ser entendida objetivamente (como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico) o subjetivamente (como voluntad contraria a los mandatos del Derecho).⁷³

También es importante no confundir la tipicidad y antijuridicidad. Pues, aunque la tipicidad es un indicio de antijuridicidad, puede darse el caso de que una conducta típica no sea antijurídica. Esto ocurre cuando se presenta una de las llamadas causas de justificación, es decir situaciones en que la lesión del bien jurídico se halla legitimada, justificada por el propio orden jurídico. En este caso, el acto, aunque típico, ya no será contrario al Derecho sino conforme a él.⁷⁴

Las causas de justificación han sido estudiadas ampliamente por la doctrina y son conocidas desde épocas muy antiguas. Tradicionalmente son consideradas como tales: la legítima defensa, el estado de necesidad, el mandato de la ley y la orden de autoridad u obediencia debida. Además suele agregarse, aunque con limitaciones y debates, el consentimiento del titular del derecho lesionado.⁷⁵

1.1.2.4 Culpabilidad

La culpabilidad penal tiene su fundamento en que el autor del injusto típico tiene capacidad psíquica para dirigir su comportamiento conforme a las exigencias del Derecho. Los mandatos y prohibiciones del orden jurídico, lo mismo que las prohibiciones típicas se dirigen a seres humanos capaces de comprender el sentido de la prohibición penal y capaces de regirse por las normas; el derecho punitivo del Estado democrático social de derecho, no puede declarar culpable de delito a quien carece por escaso desarrollo psíquico, o padecer grave perturbación de sus funciones psíquicas superiores de la capacidad para comprender la ilicitud de la conducta o para dirigirla según las normas.⁷⁶

⁷³ *Ibíd.* pág. 296.

⁷⁴ E. ALBÁN GÓMEZ. *Manual de derecho penal ecuatoriano*. Quito. Ediciones Legales. Colección Profesional Ecuatoriana. p. 157.

⁷⁵ *Ibíd.* p. 158.

⁷⁶ J. GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del delito*. Bogotá Doctrina y Ley. 2003, p. 905.

La teoría de las formas de la culpabilidad analiza, en definitiva, la relación existente entre el autor y el hecho por él realizado. Sin la presencia de un nexo psicológico o normativo entre el hecho y su autor no debería, ni poder fundamentarse, ni tener lugar el juicio de reproche, como dijera Del Rosal, "estas formas de la culpabilidad no son, a fin de cuentas, más que la concreción de una determinada actitud del agente con respecto a su acción."⁷⁷

En virtud de esa exigencia, la culpabilidad adopta dos formas fundamentales: la forma principal y más grave de culpabilidad, denominada dolo, y la forma subsidiaria y menos grave de culpabilidad, llamada culpa.

Es decir; para que la acción típica y antijurídica constituya fundamento para la imposición de una sanción, debe realizarse con Dolo o Culpa⁷⁸; la primera que consiste en cometer un injusto cuando se obra con deliberación y voluntariamente, es decir conociendo lo que se hace.

Carrara definió al dolo como " la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce contrario a la ley," por su parte Luis Carlos Pérez entendió el dolo como el obrar con conciencia del hecho punible y voluntad de ejecutarlo. De lo anterior podemos inferir en la tradición jurídica, que actúa dolosamente quien se decide a realizar el acto legalmente previsto como infracción.⁷⁹

El dolo, por lo general, es exigido para el hecho delictivo como previsto en su noción típica, esto es, para el delito simple.⁸⁰

El tipo culposo describe el comportamiento humano mediante la violación de un "deber objetivo de cuidado", produce un resultado típico no querido pero que era previsible y evitable por el autor, si hubiese observado el cuidado debido en el ámbito de relación. En la culpa hay necesariamente una conducta voluntaria pero no intencional del resultado, esto es, el autor realiza voluntariamente un acto, conducir, cazar, tomar puntería, competir, practicar una intervención quirúrgica, etc., en el

⁷⁷ COBO DEL ROSAL. M. VIVES ANTÓN. *Derecho penal parte general*. Valencia. Tirant lo Blanch. 1999. p. 615.

⁷⁸ A. GÓMEZ MÉNDEZ. *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Bogotá Universidad Externado de Colombia. 1998.p.66.

⁷⁹ J. GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del delito*, Bogotá. Doctrina y Ley. 2003, p. 263.

⁸⁰ V. MANZINI. *Tratado de derecho penal*, Tomo II. Buenos Aires. Ediar Soc. Anon. Editores. P.12.

desarrollo de esa actividad viola un deber de cuidado que debía observar, a consecuencia de lo cual deviene el resultado típico⁸¹.

Como se aprecia, en la culpa hay acto voluntario, pero no intención de producir el resultado típico, la acción imprudente es también una actividad voluntaria, esto es encaminada a un objetivo previsto, pero no hay actividad final de lesionar el bien jurídico tutelado.

Necesariamente en este capítulo, debemos hacer referencia a la imputabilidad, que no es otra cosa que la posibilidad de atribuir algo a alguien. En el orden jurídico penal debe entenderse como la posibilidad de atribuir a una persona la culpabilidad penal; o, si se quiere, la capacidad que tiene una persona de realizar actos por los cuales se le puede formular un reproche de carácter penal.⁸²

La imputabilidad, según los clásicos radica en la libertad moral, en el libre albedrío. Será imputable la persona que es moralmente libre y capaz de decidirse entre el cumplimiento de la ley y su violación. Para ello deberá tener inteligencia y voluntad, suficientes para conocer y decidir, o si se quiere, capacidad para comprender el medio circundante y su propia realidad en relación con ese medio, y para decidirse en conformidad con esa comprensión. En definitiva debe ser una persona con madurez y normalidad psicológica. La imputabilidad penal entonces no será otra cosa que la imputabilidad moral aplicada al delito.

En términos generales de Derecho, la capacidad es la regla general y la incapacidad es la excepción. Así mismo en el orden penal, la regla general es que las personas son imputables y sólo por excepción no lo serán aquellas que la ley penal considera inimputables.⁸³

Entre las causas de inimputabilidad tenemos las siguientes:

- 1) Menor de Edad.
- 2) Perturbación Mental.
- 3) Trastorno Mental Transitorio.

⁸¹ J. GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del delito*. Op.cit. pág. 305.

⁸² E. ALBÁN GÓMEZ. *Manual de derecho penal ecuatoriano*. Quito. Ediciones Legales S.A., Colección Profesional Ecuatoriana, p. 186.

⁸³ *Ibid.* Pág. 187.

- 4) Sordomudez.
- 5) La Embriaguez y la Toxicomanía.

1.1.2.5 Causalidad

Causalidad es el nexo que une al acto o conducta con el resultado, el cual puede ser formal o material. Es indispensable que entre el acto y el resultado exista una relación de causalidad, pues; sin este vínculo no puede existir sanción.

Por esta razón es que en el Código Penal ecuatoriano en su Art.11 establece que “Nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción no es consecuencia de su acción u omisión”. Esta disposición se complementa con el Art.12, según el cual no impedir un acontecimiento equivale a ocasionarlo, siempre que se tenga la obligación jurídica de impedirlo.

Existen tres tipos de Teorías, que son Teoría de la equivalencia de las causas que dice “son causas todas las condiciones, factores y requisitos positivos o negativos que han confluído en la producción de un fenómeno”⁸⁴.

Teoría de la Causalidad adecuada “se caracteriza por escoger una sola causa y desechar todas las demás que pudieron haber intervenido en la producción del resultado”⁸⁵, en esta teoría se puede perder muchas causas ligadas directamente al efecto-resultado, ya que se debe mantener solo una causa y con esto se puede ignorar la realidad de los acontecimientos.

Teoría de la causalidad eficiente “se queda con una sola y elimina las demás; pero en este caso la causa que se escoge es aquella que, luego de una análisis a posteriori de los hechos, se considera que fue la determinante para la producción del resultado”⁸⁶

Como hemos podido observar en las dos últimas teorías de la causalidad, el resultado dañoso converge en diferentes causas o concausas, por lo que dar

⁸⁴ E. ALBÁN GÓMEZ. *Régimen penal ecuatoriano*. Quito. Ediciones Legales, p.94.

⁸⁵ *Ibid.* pág.94.

⁸⁶ *Ibid.* Pág. 95.

importancia a una sola de éstas descartando las demás es peligroso y alejado de la realidad. El factor determinante para moderar la responsabilidad está sin duda en el establecimiento de la culpabilidad.

1.1.2.6 Responsabilidad

Un individuo es responsable cuando de acuerdo con el orden jurídico, es susceptible de ser sancionado. La responsabilidad es la obligación o deber legal que tiene cada persona de responder de lo que hace y de sufrir las consecuencias jurídicas de sus actos, puesto que todo individuo es responsable de lo que ocasiona. La responsabilidad recae sobre un individuo una vez que se ha comprobado que violó la ley, esta persona es responsable por lo cual debe de pagar una pena por su falta. Aquí hay que diferenciar entre la responsabilidad penal y la civil, ya que en la primera se trata de castigar a la persona, en cambio en la civil se trata de resarcir el daño causado.

Responsabilidad Penal, es el juicio en donde el resultado ilícito cometido por una persona, es sancionado o castigado en las formas previstas y reconocidas por la ley.

1.1.2.7 Pena

La pena es un elemento indispensable del delito, que a su vez tiene que estar establecida por la ley. Es decir la pena es la sanción jurídica que determina la norma para quien incurre en una conducta antijurídica.

“El principio de legalidad sirve para delimitar el concepto de la pena, así pues ésta deberá reunir cuatro requisitos esenciales que son:

Estar establecido por la ley.

Debe corresponder a un delito tipificado así mismo por la ley.

Debe haberse impuesto una sentencia condenatoria.

La sentencia debe haberse pronunciado luego de un juicio legal.

Si se reúne estos cuatro caracteres, habrá sanción penal, en cualquier otro caso no lo habrá”⁸⁷.

⁸⁷ G. ALBÁN GÓMEZ. *Manual de derecho penal ecuatoriano*. Segunda Edición, colección Profesional Ecuatoriana. Quito. Pág. 264.

De Ahí, que la pena tenga su fundamento en la facultad que tiene el estado de castigar, para conservar la convivencia social y el orden jurídico.

En cambio establecer la finalidad de la misma es un poco mas complejo, pues; existe dos clases de teorías, la primera que está dirigida a la prevención, es decir, se le atribuye a la pena la función de evitar que en el futuro se cometan delitos por parte de los ciudadanos, y la segunda fundada en la retribución; que es la vinculación de la pena con el delito cometido.

Condiciones de la Pena.

La pena no debe ser ilegal, solo puede haber pena si está estipulada en la ley.

La pena no debe ser aberrante, no debe ser lesiva a la integridad del imputado.

La pena no debe ser excesiva, no debe nunca superar el mal causado en el delito.

La pena no debe ser desigual, la misma pena se aplica para el mismo delito.

La pena debe ser divisible, es decir; fraccionable de manera que corresponda a los distintos grados de imputación.

La pena, en lo posible, debe ser reparable, ya que es muy fácil un error judicial, y fatales sus consecuencias.

Es importante recalcar que ninguna pena podrá ejecutarse mientras esté pendiente un recurso de aclaratoria de la sentencia, ésta es una regla general en materia penal. Ya que el recurso puede significar el cambio total de un resultado puesto que el superior está facultado a revocar o alterar una sentencia.

2.1 Sujetos del delito

Para que sea posible hablar de la existencia de un delito, es necesaria la existencia de un sujeto que realice la acción delictiva y otro que la sufra, es decir, la comisión de un delito implica necesariamente la concurrencia de dos sujetos uno activo y otro pasivo.

Así entendemos que son las personas cuyos intereses colisionan en la acción delictiva.

Los sujetos pueden ser:

- Indeterminados, cuando la ley no requiere una característica específica, como es en el caso del homicidio en riña.
- Determinados, cuando se requiere de una calidad especial para poder cometer el delito como :ser servidor público para poder cometer uno de los delitos cometidos por los servidores públicos, por ejemplo, o ser mayor de doce años y menor de dieciocho para poder sufrir el delito de estupro.

Sujeto activo es el agente que ejecuta el acto delictivo y que debe, en consecuencia, sufrir la pena correspondiente. El sujeto activo es, en muchos casos, un solo individuo; pero en otros casos serán varios los que realizan el acto en conjunto o que cooperan a su realización, el último de éstos es el que nos interesa y puede ser llevado por cualquier persona; además; de ser uno de los requisitos exigidos en el homicidio en riña. En tales situaciones deberán establecerse el grado en que cada uno intervino en la ejecución del delito, lo cual determinará la pena que deba recibir, cosa que no sucede en el delito que nos preocupa.

Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado por la comisión del delito. También puede ser una sola persona o varias. Aunque en el lenguaje criminológico suele llamársele a la víctima. En nuestro caso el sujeto pasivo es la víctima que tras varios golpes mortales recibió muerte, por parte de diferentes sujetos.

En el orden procesal, el sujeto activo es el enjuiciado en el proceso mientras que el sujeto pasivo es el agraviado que puede presentarse como acusador particular.

3.1 Objeto del delito

Así como se necesita de un sujeto, es importante el objeto en que recaiga la acción delictiva y un interés que esté jurídicamente protegido. El objeto implica la persona, cosa, bien o interés penalmente protegido. En el caso del homicidio en riña el bien jurídico es la vida, la dignidad del ser humano como tal.

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

el objeto material.

3.1.1 Objeto jurídico

Así se conoce, en la teoría del delito, al bien jurídico penalmente protegido (Vida), que resulta lesionado por el acto delictivo y sobre el cual recae el efecto jurídico del delito. Necesariamente en todo delito debe haber un bien jurídico afectado y en algunos casos puede haber más de uno.

La determinación exacta del bien jurídico es de gran importancia para poder establecer con absoluta precisión el propósito de la ley.

3.1.2 Objeto material

Es la persona o cosa sobre la cual se ejecuta o recae la acción material del delito (persona agredida, dada muerte). En algunos casos cuando se tratan de delitos contra las personas, el objeto material se confunde con el sujeto pasivo de la infracción, pero hay otros casos en que el objeto material es una cosa o donde no exista objeto material.

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

Se expresa también como sobre quien recaen los resultados de la acción delictiva, puede ser el propio sujeto pasivo, y las cosas animadas o inanimadas que se afectan con la acción del sujeto activo.

4.1 Autoría, coautoría y participación

4.1.1 Tipos de autoría: coautoría y participación

En el delito pueden presentarse, en principio, los mismos problemas propios de

la participación, como las relaciones entre autor y cómplice o autor material, frente al autor intelectual. Es por esta razón; que debemos dejar en claro cada uno de estos preceptos, para evitar cualquier confusión entre sí.⁸⁸

Hay teorías que tratan de distinguir autoría de participación:

Objetiva - formal: según la cual el autor es quién ejecuta el hecho delictivo; y, partícipe, es quien presta colaboración para que el hecho típico lo ejecute el otro (Esta es la solución argentina).

Objetiva - materialista: sostiene que la diferencia entre autoría y participación se puede hallar aplicando la teoría de la equivalencia de las condiciones, afirma que autor es aquél que aporta una condición para que se concrete el resultado ilícito sin la cual éste no se hubiera producido, partícipe es el que aporta una colaboración que no es causa del resultado ilícito.

Subjetiva.- tanto el autor como el partícipe intervienen en el hecho delictivo, pero la distinción entre ambos se basa en el ánimo de cada uno de ellos, el autor es el que quiere el hecho como propio y partícipe es el que quiere cooperar con el hecho delictivo del otro.

El problema se ha agravado a raíz de la percepción de la tesis del dominio de hecho como nota del autor, que lo distingue de otros partícipes. Según esta doctrina, domina el hecho Del que tiene en sus manos el proceso por medio del cual se desarrolla la conducta en el mundo exterior desde su iniciación hasta la consumación, pudiendo detenerlo si quiere.

5.1 Autor

En muchos casos, el proceso delictivo es llevado a cabo por una sola persona, que asume la totalidad de la preparación y ejecución de un delito a través de sus distintas fases. Esa persona es el autor del delito y debe ser sancionado con la pena

⁸⁸ A.GÓMEZ MÉNDEZ. *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Bogotá Universidad Externado de Colombia..1998.p.323.

establecida para el mismo.⁸⁹

Distingue la doctrina, según cuál sea el criterio selectivo, un tipo criminológico de autor, un tipo legal de autor y un tipo normativo de autor (MEZGER, YON DAHM, WELZEL, SCHO'NKE)⁹⁰.

- a) El "tipo criminológico" importa una diferenciación ajena al derecho penal, basada en un criterio biológico, caracterológico o sociológico.
- b) La denominación "tipo legal de autor" se reserva para el conjunto de condiciones y circunstancias requeridas por la ley para que un individuo pueda ser considerado de un modo distinto como sujeto de derecho penal (tal el reincidente), o bien parcial o totalmente responsable (menores, sordomudos, etc.).
- c) Por último, hemos traducido como "tipo normativo de autor" constituidos por las particulares exigencias contenidas respecto del autor en las distintas figuras delictivas.

Creemos que estos trabajos no pasan de ser un intento de sistematización de los diversos tipos de delincuentes, sin mayor interés práctico para el derecho penal.

En nuestro código penal en su Art. 42, define al autor de un delito como:

“Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin”

5.1.2 Coautoría

Puede ser que en un delito concurren varios autores. Si los varios autores concurren en forma que cada uno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica,

⁸⁹ E. ALBÁN GÓMEZ. *Manual de derecho penal ecuatoriano*. Quito. Ediciones Legales. Colección Profesional Ecuatoriana, p. 241.

⁹⁰ C. BALESTRA FONTÀN. *Derecho penal*. Parte Especial. Buenos Aires. ABELEDO-PERROT. Pág. 58

como si cinco personas descargan puñetazos contra una sexta causándole todas lesiones, habrá una co-autoría que no admite dudas, pues cada uno tiene el dominio del hecho en cuanto al delito de lesiones que le es propio. Pero también puede acontecer que los hechos no se desarrollen de esta manera, sino que haya una división de la tarea.⁹¹

La explicación para estos casos se da por el llamado "dominio funcional del hecho", es decir, cuando el aporte al hecho que cada uno hace es de naturaleza tal que, sin ese aporte el hecho no podría haberse realizado.

El chofer del automóvil será co-autor cuando se trate de un robo en que se opera por sorpresa y es menester desaparecer antes de que la gente reaccione.

En cambio, el chofer será un mero partícipe si solo acude por comodidad de los autores o del autor, si se limita a facilitarles la empresa delictiva que bien podía desarrollarse sin su cooperación.

En la coautoría, cada uno de los coautores debe reunir los requisitos típicos exigidos para ser autor.⁹²

5.1.3 Autoría dolosa y autoría culposa

La autoría culposa se basa exclusivamente en la causación: recordemos que autor culposo es el que causa un resultado (determinado por la violación de un deber de cuidado) no pudiéndose hablar allí de dominio del hecho.

La autoría dolosa se basa en el dominio del hecho, la culposa lo hace en la causación del resultado.⁹³

La diferente fundamentación que tiene la autoría dolosa (en el dominio del hecho) y la culposa (en la causación del resultado) tienen consecuencias muy diferentes con respecto a la participación: la participación sólo es concebible en la autoría dolosa.⁹⁴

⁹¹ MAURACH, REINHART. *Derecho penal*, Parte General. II. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1994. p 366.

⁹² E. ZAFFARONI. *Derecho penal*, Parte general. Buenos Aires EDIAR.. 2000. p. 752.

⁹³ MAURACH, REINHART. *Derecho Penal*, Parte general. II. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1994. p 287.

⁹⁴Ibíd. Pág 320.

Todo el que pone una causa para el resultado, en la tipicidad culposa es autor.

El autor culposo es básicamente el causante y el autor doloso es el que tiene el dominio del hecho.

A continuación veremos las siguientes clases de autoría:

Los autores materiales o autoría directa:

Son los que han perpetrado personalmente la totalidad de la conducta descrita en el tipo. Este es el caso más evidente y claro de autoría, pues se refiere a quien ejecuta directamente la acción u omisión, a quien tiene por sí mismo el dominio del acto.⁹⁵

También, existe la autoría mediata, es la que realiza quien se vale de otro que no comete injusto, sea porque actúa sin dolo, atípicamente o justificadamente. El que se vale del actor mediante el revólver cargado, asegurándole que contiene balas de fogeo, indiscutiblemente que tiene en sus manos el dominio del hecho, pues el actor "no sabe lo que hace", ya que cree que está representando cuando en realidad está causando la muerte.

5.1.4 Autores intelectuales

Hay ciertamente imprecisión en cuanto a la denominación de esta clase de autores, pues también han sido llamados autores morales, mediatos o motores. Muchos tratadistas los consideran simplemente instigadores. Lo importante aquí, es establecer cuáles son los requisitos que deben cumplir:⁹⁶

- 1) que haya decidido o determinado la realización del delito; es decir, que tenga el dominio de la voluntad; y,
- 2) que no lo haya ejecutado por sí mismo, sino que haya utilizado a otra persona para su realización; es decir, que no tenga el dominio del acto.

Los instigadores:

Instigador es el que determina dolosamente a otro a la comisión de un injusto

⁹⁵E. ALBÁN GÓMEZ. *Manual de derecho penal ecuatoriano*, Quito. Ediciones Legales. Colección Profesional Ecuatoriana, p. 245.

⁹⁶E. ALBÁN GÓMEZ. *Manual de derecho penal ecuatoriano*. Quito. Ediciones Legales. Colección Profesional Ecuatoriana, p. 246.

doloso. Consecuentemente, el hecho del instigado (autor) debe ser una conducta típica y antijurídica.

Debe cometerse mediante un medio psíquico, por el cual no solo debe entenderse solo la palabra clara y determinante, sino que puede ser cualquier otro medio simbólico: gestos, actitudes, palabra escrita, claves, etc.

La instigación debe tener como resultado haber decidido al autor a realizar el hecho. Cuando el autor ya está decidido a realizarlo no hay instigación

De todas maneras es indispensable recalcar que el Código exige, para que se pueda considerar al instigador como autor, que el consejo haya sido "determinante", es decir, que haya sido el factor decisivo en la voluntad del instigado, por lo cual si no hubiera mediado la instigación, el instigado no habría llegado a la ejecución del acto. Parece además, por el texto de la ley, que hace falta que la instigación haya sido seguida de la ejecución del delito, por lo menos en el grado de tentativa.⁹⁷

5.1.5 Autoría mediata

Es el caso en el que el sujeto, dominando el hecho y teniendo todas las características especiales de la autoría, se sirve de otro para la ejecución de la acción típica. Hay una subordinación del instrumento al autor mediato.

Aquí, se pueden distinguir varios supuestos: Instrumento que obra sin dolo, porque sufre un error de tipo. Si el error es invencible, no hay duda (impune); por el contrario, si el error es vencible se trataría de un autor inmediato imprudente (autoría accesoria: no hay acuerdo entre los partícipes, ni siquiera tácito); Instrumento que obra conforme a derecho.; Instrumento que obra coaccionado. El que coacciona está creando dolo en otro.

Hay un sector de la doctrina que opina que el sujeto que está siendo coaccionado, podría obrar de otra manera, por lo que se daría el caso de una inducción por parte del hombre de atrás; si la coacción llega hasta el punto de que el coaccionado

⁹⁷ Ibid. pág. 248.

pierda la última decisión, sería una autoría mediata (estado de necesidad disculpante).

Instrumento que obra sin culpabilidad. El instrumento es inimputable (si conserva el dominio del hecho sería inducción) u obra bajo un error de prohibición (si el error es vencible, también sería un caso de inducción).

Instrumento que no obra típicamente. Ej.: inducción al suicidio (en España está tipificado expresamente).

Instrumento que obra dentro de un aparato de poder. (Ej.: mafia). Cuando el sujeto pertenece a una organización jerárquica de poder. Las posibles soluciones serían: coautoría (si el hombre de atrás no participa en la ejecución), autoría mediata (plantea el problema de que el ejecutor es plenamente responsable y el hombre de atrás controla el hecho (cuando el ejecutor no obra ni coaccionado ni con engaño, pero es fácilmente reemplazable). Jackobs defiende la coautoría. Conviene destacar la figura de autor detrás de autor que define la dependencia psíquica del ejecutor hacia el hombre de atrás.

Tentativa de la autoría mediata: hay tentativa cuando el instrumento escapa ya del control del autor mediato; suele ser cuando el instrumento da comienzo a la ejecución.

6.1 La participación

La participación en sus dos formas (instigación y complicidad), es el aporte doloso que se hace al injusto doloso de otro.

La participación debe ser siempre accesoria de un injusto ajeno. No puede haber participación criminal (sea instigación o complicidad) en la conducta de otro, si la conducta del otro no es típica y antijurídica.⁹⁸

Otras opiniones acerca de su naturaleza.

La participación es accesoria del hecho principal, es decir, si el hecho principal se intenta, el partícipe es penado conforme a la escala del delito en grado de tentativa con

⁹⁸ E. ZAFFARONI. *Derecho penal*, PARTE GENERAL. Buenos Aires. EDIAR. 2000. p. 758.

la que le corresponde con la escala de participación (pena del autor o pena reducida).⁹⁹

Tiene carácter accesorio en nuestra ley penal, pero dentro de las opiniones que sostienen su naturaleza accesorio, hay distintas teorías:

La teoría de la accesoriedad mínima: la participación es accesorio de una conducta típica.

La teoría de la accesoriedad limitada: lo es de una conducta típica y antijurídica (injusto).

Según la accesoriedad extrema: lo es de una conducta típica, antijurídica y culpable.

Es una conducta que tiene lugar cuando ya se ha ejecutado el delito, no puede considerarse una forma de participación en el delito, sino una cooperación posterior al autor, lo que hizo paulatinamente.¹⁰⁰

El principio general es que solo puede haber participación mientras el injusto no se ha ejecutado; cuando termina la ejecución del injusto, ya no es posible la participación y solo es posible contemplar la posibilidad de que la conducta encuadre dentro de algunos de los supuestos típicos de encubrimiento.

Así, quien da treinta golpes para lesionar comete el delito, desde que da el primer golpe que causa lesión, y sigue ejecutando el delito hasta que da el último golpe que lesiona.

En síntesis, la participación puede tener lugar mientras no se ha agotado la ejecución del injusto, aún cuando ya se halle consumado.

6.1.1 Requisitos de la participación

1) Aspecto interno de la accesoriedad.

La participación requiere el dolo de contribuir a un injusto doloso.

2) Aspecto externo.

⁹⁹ MAURACH, REINHART. *Derecho penal*, PARTE GENERAL II. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1994. p 409.

¹⁰⁰ *Ibíd.* p. 435.

Requiere que el hecho principal se halle en una etapa ejecutiva para que la participación sea punible, es decir, que por lo menos el injusto se haya intentado.

6.1.2 Problemas particulares de la participación.

Formas especiales de participación.

La participación puede darse en forma eslabonada, es decir, la llamada participación en cadena, que tiene lugar cuando se instiga a instigar, se instiga a la complicidad, se es cómplice de la instigación y se es cómplice del cómplice. Así, hay participación en cadena cuando se decide a alguien para que convenza a otro de la conveniencia de que elimine a su enemigo.

6.1.3 Error en la participación

Se da, cuando el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar".¹⁰¹

Esta disposición revela la naturaleza dolosa de la participación: se pena al cómplice sólo en la medida de su dolo, es decir, de la voluntad de magnitud de injusto que quería contribuir a que el autor realizase, y no en la medida del que objetivamente cometió el autor.

6.1.4 Comunicabilidad de las circunstancias

En algunos códigos se establece que las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia

¹⁰¹ MAURACH, REINHART. DERECHO PENAL, PARTE GENERAL II. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1994. p 451.

aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.

Entendemos que se refieren exclusivamente a todas las relaciones, circunstancias y calidades personales que hacen a la culpabilidad, a la peligrosidad y a las causas personales de exclusión de pena.

Así por ejemplo; el que coopera con otro que se halla en un estado de emoción violenta, no puede ser penado sino se encuentra él mismo en estado de emoción violenta. El estado de emoción violenta sólo podrá tomarse en cuenta para el autor, coautor o cómplice que lo presente.

Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.

7.1 Encubrimiento

Para la gran mayoría de autores el encubrimiento no es una forma de verdadera participación sino, más bien, un delito autónomo. El fundamento de tal punto de vista es obvio: la actividad del encubridor se produce una vez consumado el delito. Sin duda, es inaceptable considerar a los encubridores como partícipes del delito cometido por la persona a la que encubren y, por tanto, responsables de ese delito, como lo hace el Código ecuatoriano.

7.1.1 Requisitos del encubrimiento

Delito anterior; este es el requisito que le da al encubrimiento su fundamental característica y le distingue cronológicamente de la complicidad o participación. Ahora bien, si hubo acuerdo previo y actuación posterior, esta conducta tendría que ser

calificada como complicidad.¹⁰²

No haber sido el encubridor autor ni cómplice; pues si alguien, tuviere una de estas calidades, realizará también algún acto de encubrimiento, condición de autor o cómplice, que es más grave, absorbería a la de encubridor que es menos grave.

Conocimiento por parte del encubridor de la conducta punible; aun cuando no hace falta que el encubridor conozca los detalles del delito cometido.

Actos de favorecimiento; así se concreta, en cambio, el requisito objetivo de la participación. El acto de encubrimiento favorece al delincuente, ya sea permitiéndole que aproveche de los resultados del delito, ya ayudándolo a escapar de la acción de la justicia.

8.1 Complicidad

La complicidad está cualitativamente situada inmediatamente después de la autoría. En nuestra legislación, su ámbito queda bastante reducido pues es correlativamente de la autoría.

La complicidad se produce cuando se suman los siguientes elementos:

Cooperación indirecta y secundaria en la ejecución de un acto punible ajeno. Hemos señalado que, precisamente, este tipo de cooperación sirve de límite entre la complicidad y la cooperación principal que la ley considera coautoría;

Con actos anteriores o simultáneos. Este segundo elemento, que es de orden cronológico, deslinda en cambio los actos de complicidad de los de encubrimiento, que son posteriores a la consumación de la infracción.¹⁰³

Habrá que entender, por supuesto, que los actos pueden consistir en acciones o en omisiones.

9.1 La cooperación.

¹⁰² E. ALBÁN GÓMEZ. *Manual de derecho penal ecuatoriano*, Quito. Ediciones Legales. Colección Profesional Ecuatoriana, p. 252.

¹⁰³ E. ALBÁN GÓMEZ. *Manual de derecho penal ecuatoriano*, Quito. Ediciones Legales. Colección Profesional Ecuatoriana, p. 251.

El Código los define como aquellos que han coadyuvado a la ejecución del hecho de un modo principal, es decir, con actos sin los cuales la infracción no habría podido cometerse. Aquí tenemos claramente el caso de aquellos a quienes la ley los reputa como coautores, siendo en realidad partícipes propiamente tales, que no han realizado la acción típica, ni tampoco han determinado su ejecución, ni han instigado, sino que han colaborado de muy diversa manera en el delito de otro.

Doctrinariamente, estos actos de colaboración, ayuda o cooperación en el acto de otro, han sido calificados como actos de complicidad. Sin embargo, el Código considera que no todos los actos de cooperación tienen la misma importancia ni deben ser encasillados en el mismo molde. Por esta razón distingue aquellos actos de cooperación que pueden ser calificados como principales o necesarios de aquellos otros que solamente serían secundarios o no necesarios. Si el que colabora lo hace con actos principales se le reputará coautor; si lo hace con actos secundarios será cómplice.¹⁰⁴

Por supuesto que se deberá, en cada caso, establecer si un acto es principal o secundario en el proceso de ejecución de un hecho punible.¹⁰⁵

10.1 Problemas especiales

10.1.1 Delitos culposos

Hemos dicho, al iniciar este capítulo, que el requisito subjetivo del concurso de personas en el delito consiste en la intención de intervenir en la preparación o ejecución de un delito. Bajo esta consideración se puede concluir que no puede haber concurso de personas en los delitos culposos, en los cuales por definición está excluido el elemento intencional.

Sin embargo, algunos autores sostienen que sí es posible el concurso delitos

¹⁰⁴ MAURACH, REINHART. *Derecho penal*, PARTE GENERAL II. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1994. p 437.

¹⁰⁵E. ALBÁN GÓMEZ. *Manual de derecho penal ecuatoriano*, Ediciones Legales. Colección Profesional Ecuatoriana, Quito-Ecuador, p. 249.

culposos, cuando a un resultado dañoso confluyen culpas simultáneas sucesivas de dos o más sujetos.

Como no ha habido un acuerdo de voluntad para la comisión de un delito, pudo haber un acuerdo para la realización de un acto imprudente o negligente y, en ocasiones, ni siquiera eso sino una coincidencia en la falta del debido cuidado. ¿Cómo considerar entonces estas situaciones? En rigor la falta de intención delictiva impediría considerar a dos o más personas coautores en sentido estricto, y tampoco se podría decir que alguien participa en el delito de otro si no hay la intención de participar en tal delito. Hay ciertamente una concurrencia de hecho, pero no una concurrencia delictiva, por lo cual la mejor solución será que cada una de las personas que actuó culposamente responda por su acto, en conformidad con el daño produjo.¹⁰⁶

10.1.2 Delitos de omisión

No hay razón alguna para eliminar la posibilidad de que exista un concurso de personas en este tipo de delitos: varias personas, que tienen la obligación jurídica de actuar, se conciertan para omitir todas ellas la conducta debida. El resultado se produce entonces como consecuencia de las omisiones de todas aquellas personas.¹⁰⁷

10.1.3 Tentativa

Indudablemente que sí es admisible el concurso de personas en la tentativa. El hecho de que el resultado no se produzca por causa ajena a la voluntad del autor y de los partícipes nada tiene que ver con la posibilidad de que en el proceso de preparación y ejecución hayan intervenido varias personas, al menos en los grados de coautoría y complicidad.¹⁰⁸

¹⁰⁶ E. ALBÁN GÓMEZ. *Manual de derecho penal ecuatoriano*, Ediciones Legales S.A., Colección Profesional Ecuatoriana, Quito-Ecuador, p. 258.

¹⁰⁷ *Ibíd.* pág. 259.

¹⁰⁸ *Ibíd.* pág. 259.

10.1.4 Delitos de la muchedumbre

JIMÉNEZ DE ASÚA considera que el tema debe ser examinado desde el punto de vista de la psicología de la muchedumbre, muy distinta a la psicología individual, y sostiene que los individuos inmersos en la multitud son inimputables, pues es como si sufrieran en aquellos momentos un verdadero trastorno mental transitorio, en que predominan los motivos ambientales que dirigen a la muchedumbre sobre sus propias decisiones. Distingue, por supuesto, la situación de los conductores y la de los individuos sumergidos en la muchedumbre. Los primeros sí deben ser responsabilizados penalmente; aunque muchas veces la muchedumbre no tiene conductores propiamente tales, o son tan oscuros que se confunden con los conducidos, o todos integran una multitud arrastrada por los motivos que la impulsan.¹⁰⁹

CONCLUSIONES

¹⁰⁹ ALBAN GÓMEZ, ERNESTO. *Manual de derecho penal ecuatoriano*, Ediciones Legales S.A., Colección Profesional Ecuatoriana, Quito-Ecuador, p. 260.

1. Que, a pesar que el Ecuador se consagra como un Estado constitucional de Derecho, seguimos viviendo en un sistema inquisitivo medieval, donde el imputado se lo considera culpable antes de que el proceso judicial así lo determine.
2. Que el Derecho es una institución, que avanza en conjunto con los requerimientos y necesidades de la sociedad a la que esta busca influir, pero que en el caso presente, no hemos quedado estancados en la era donde el ser humano era considerado a una mera cosa, sin que se observe el debido proceso al momento de ser juzgado.
3. Que en todo estado moderno, su principal norma, según el tratadista Kelsen, es la Constitución, y la demás leyes deben estar acorde a su texto legal, respetando los principios en ella consagrada, cosa que no cumple el Art. 461 del Código Penal.
4. Que el principio de inocencia, que se puede resumir en que toda persona es inocente, hasta que se demuestre lo contrario, enunciado en el Art. 76 numeral 2 de la Constitución, se ve vilmente maltratado, gracias a la norma declarada en nuestro código penal, pues al no saberse con certeza quién es el culpable de la muerte ocasionada en la riña, se presume la culpabilidad de todos los involucrados.
5. De la misma manera el principio *in dubio pro reo*, que consiste en que se debe imponer la norma más favorable al reo y en caso de duda se debe absolver al imputado, se ve gravemente perjudicado, pues en el caso de homicidio en riña, pasa lo contrario a lo que manda este principio, castigando con la sanción mayor que prevé nuestra legislación, la cual consiste en la privación de la libertad.

6. Que, el Estado y su función judicial son los que tienen la carga de la prueba, y si la fiscalía no logra probar la culpabilidad de los imputados, estos simplemente deben recobrar su libertad y se debe ordenar el archivo del juicio correspondiente. Pero en el caso del art. 461 del Código Penal, la carga de la prueba se invierte en perjuicio del imputado.
7. Que es obligación de todo juez del país, realizar el control difuso en todos los juicios que estos lleven, y, esta realidad ajena no pueden excluir los juicios penales, y al atentar el Art. 461 con los principios del debido proceso garantizado en la constitución actual, simplemente debe solicitarse la declaratoria de inconstitucionalidad de dicha norma.
8. Que en países de cercana realidad para el Ecuador, como lo son Colombia y Perú, este proceso de análisis del perjuicio al debido proceso que ocasiona el art. 461 del código penal, ya se ha dado, tomando en cuenta los preceptos antes mencionado; ¿porque nuestro país no puede realizarlo?
9. Que si en los casos de delitos de muchedumbres por su complejidad, y por la difícil individualización de la imputabilidad del hecho, simplemente no se pueden aplicar una pena, lo mismo debería ocurrir en el delito de homicidio en riña.
10. Que el delito está constituido por varios elementos, y si uno de esto falta no hay delito, como la imputabilidad del delito es individual, y no se puede en este caso establecer el nexo del hecho ocurrido con uno de los imputados, este delito carece de este elemento y por ende no puede ser considerado como tal.
11. Por todo lo antes expuesto concluyo, que es importante que se despenalice el Homicidio en Riña en nuestra legislación, por respeto a la normativa constitucional y todas las garantías jurisdiccionales que esta consagra, y; además porque nadie debe ser condenado por sospechas, porque es mejor que se deje impune un delito de un culpable que condenar a un inocente.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALBÁN GÓMEZ, ERNESTO: *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, Quito. Ediciones Legales. Colección Profesional Ecuatoriana.

2. C. BALESTRA FONTÀN: *Derecho penal. Parte Especial*. Buenos Aires. ABELEDO-PERROT.
3. BERNAL PINZÓN, JESÚS. *El Homicidio*. Bogotá. Editorial TEMIS. 1978.
4. BOBBIO, NOBERTO: *Teoría General del Derecho*, segunda edición. Bogotá, Temis, 2002.
5. CARRARA, FRANCHESCO. *Programa del curso de Derecho Criminal*, tomo I. Buenos Aires. Depalma. 1944.
6. CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS. *Derecho Penal: Concepto y Principios Cosntitucionales*. Valencia. Tirant de lo Blanch. 1999.
7. COBO DEL ROSAL, M. VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal, Parte General*. Valencia. Tirant lo Blanch. 1999.
8. CORRAL BURBANO, FABIÁN. “*Los Principios*”. El Comercio. 02 de marzo de 2007.
9. CORRAL BURBANO, FABIÁN. “*El Debido Proceso*”. El Comercio. 09 de noviembre de 2006.
10. CUELLO CALÓN, EUGENIO. *Derecho Penal, Parte Especial II*. Barcelona, Edit. Bosch. 1943.
11. CUELLO CALÒN, EUGENIO. *Derecho Penal*. Tomo II. Décima edición. Barcelona. BOSCH. 1982.
12. ESCOBAR LÓPEZ, EDGAR. *La Presunción o Estado de Inocencia en el Proceso Penal*. Bogotá. Editorial Leyer. 1999.
13. GÓMEZ, EUSEBIO. *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial II*, Buenos Aires. Edit. Argentina Editores 1937.
14. El universo. “*Historia Universal: Grandes Imperios de la Antigüedad*” Tomo II. Barcelona. Editorial Sol. 90. 2004.
15. Fontàn Palestra, C. *Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires. ABELEDO PERROT. 1987.
16. FERRI, ENRRICO. *Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*. Madrid. Centro Editorial de Góngora. 1887.

17. GARCÍA MANÍES, EDUARDO. *Introducción al Estudio del Derecho*. México. Editorial PORRUA. 2003.
18. Gran Enciclopedia Ilustrada Círculo. Círculo de lectores. Volumen II. Barcelona. 1987.
19. GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO. *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1998.
20. GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS. *Teoría del Delito*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá.-Colombia, 2003.
21. LARA, F. *Código de Hammurabi*, Madrid. Editora Nacional. 1982, p. 18.
22. “Historia Universal: Grandes Imperios de la Antigüedad”, El universo. Tomo II. Barcelona. Editorial Sol 90, 2004, p.35.
23. MAURACH, REINHART. *Derecho Penal, Parte General II*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1994.
24. MOMMSEN, TEODORO. *Derecho Penal Romano*. Bogotá. TEMIS. 1998.
25. MANZINI, VICENIO. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II. Buenos Aires. Ediar Soc. Anon. Editores.
26. MAIR, JORGE. *Derecho Procesal Penal Argentino, Fundamentos*. Argentina. Editorial La Plata. 1998.
27. MONTAÑES, MIGUEL ÁNGEL. *La Presunción de Inocencia*. Aranzandi editorial. Pamplona. 1999.
28. W, MOLL. “El Código de Hammurabi”, en *Arqueólogos*. publicado el 30 de junio del 2006. Fecha de Consulta: 29 de octubre del 2008. Disponible en: (http://www.arqueologos.org/article.php?id_article=229, 2003)
29. RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO. *La autoría, la tipicidad*. Bogotá. Editorial Jurídica Bolivariana. 1997.
30. RODRÍGUEZ, ORLANDO ALFONSO. *La presunción de inocencia*. Medellín. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2000.
31. ROSENBERG, LEO. *La carga de la prueba*. Buenos Aires. B de f editorial. 2002.
32. SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino III*, Buenos Aires, Edit, La Ley 1945.

33. TINAJERO MIÑO, JOSÉ. *El homicidio en riña o agresión*. Universidad Central del Ecuador. 1993.
34. VALLEJO, MANUEL JAEN. *Los principios de la prueba en el proceso penal español*. España. Universidad de las Palmas de Gran Canaria.
35. VESCOVI, ENRIQUE. *Teoría General del Proceso*. Bogotá. TEMIS. 1999.
36. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: *Derecho Penal, PARTE GENERAL*. Buenos Aires. EDIAR. 2000.