

José Sebastián Cornejo Aguiar
Iván Pedro Guevara Vásquez
Directores

Gianni Egidio Piva Torres
Coordinador

SELECCIONES DE **DOGMÁTICA PENAL** LATINOAMERICANA

Presente y futuro

Eugenio Raúl Zaffaroni
Carlos Parma
Gustavo Alberto Arocena
José María Peláez Mejía
José Sebastián Cornejo Aguiar
Gianni Egidio Piva Torres

Alfonso Zambrano Pasquel
Rubén E. Figari
Iván Pedro Guevara Vásquez
Miguel Abel Souto
Eduardo Franco Loor

Con la presente obra titulada «Selecciones de Dogmática Penal Latinoamericana» damos inicio a una serie de abordajes en doctrina teórica y aplicada en el derecho penal de la Patria Grande, Latinoamérica, sede máxima de nuestras reflexiones y preocupaciones, por dos motivos principales: En primer lugar, por haber nacido en algunos de los países de Sudamérica, Centroamérica y el Caribe, de habla española o lengua romance. Y, en segundo lugar, por buscar un digno y mejor destino para la región latinoamericana en uno de sus sistemas más complicados que posee, como es el sistema penal, sin que ello signifique dejar de lado contribuciones de autores provenientes de la órbita hispana, o inclusive, de autores que pertenecen a sistemas jurídicos distintos al *civil law*.

Si bien los intentos de un Código Penal Tipo para Iberoamérica no resultan viables desde el nivel de la jurisdicción propia de una unidad política nacional, al ser Latinoamérica actualmente un conglomerado de países diversos e independientes entre sí, unidos básicamente por lazos de idioma y sistemas sociales con similares características y dificultades, es en el terreno dogmático y doctrinario en donde podemos encontrar las bases de solución para nuestros problemas y conflictos jurídico-sociales, teniendo en cuenta que en el sistema jurídico del *civil law* la doctrina se constituye como la primera fuente material del derecho, como la cantera de fértiles campos desde la cual se extraen las creaciones y recreaciones conceptuales que iluminan todo el edificio teórico de la dogmática, proyectando su luz cognitiva hacia el sistema jurídico en su integridad, toda vez que las creaciones y/o recreaciones doctrinarias pueden ser acogidas por la legislación, y ésta, al admitir tales creaciones y/o recreaciones, tras ser aplicada por los tribunales de justicia, se puede convertir en jurisprudencia.

José Sebastián Cornejo Aguiar
Iván Pedro Guevara Vásquez
DIRECTORES

Gianni Egidio Piva Torres
COORDINADOR

SELECCIONES DE DOGMÁTICA PENAL LATINOAMERICANA

PRESENTE Y FUTURO

Eugenio Raúl Zaffaroni
Carlos Parma
Gustavo Alberto Arocena
José María Peláez Mejía
José Sebastián Cornejo Aguiar
Gianni Egidio Piva Torres

Alfonso Zambrano Pasquel
Rubén E. Figari
Iván Pedro Guevara Vásquez
Miguel Abel Souto
Eduardo Franco Looor.

Barcelona
2020


BOSCH EDITOR

© DICIEMBRE 2020 JOSÉ SEBASTIÁN CORNEJO AGUIAR
IVÁN PEDRO GUEVARA VÁSQUEZ
Directores
GIANNI EGIDIO PIVA TORRES
Coordinador

© DICIEMBRE 2020



Librería Bosch, S.L.
<http://www.jmboscheditor.com>
<http://www.librieriabosch.com>
E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-122700-6-8
ISBN digital: 978-84-122700-7-5
D.L.: B 21508-2020

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

Índice

| | |
|--|----|
| Presentación. Msc. José Sebastián Cornejo Aguiar | 15 |
| Introducción. Iván Pedro Guevara Vásquez | 17 |
| Siglas y abreviaturas | 21 |

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

SECCIÓN I

| | |
|---|----|
| Penas ilícitas: Un desafío a la dogmática penal. Eugenio Raúl Zaffaroni . | 25 |
| I. Poder punitivo lícito e ilícito..... | 26 |
| II. La situación fáctica en Latinoamérica: los hechos | 28 |
| 1. Poder punitivo ilícito ejercido por agencias administrativas | 28 |
| 2. Poder punitivo ilícito habilitado por jueces..... | 30 |
| 2.1. Continuo aumento del número de presos..... | 30 |
| 2.2. Selectividad discriminatoria..... | 32 |
| 2.3. El estado de las prisiones | 33 |
| 2.4. El efecto reproductor de violencia..... | 35 |

| | | |
|------|---|----|
| 2.5. | La muerte violenta en la sociedad | 36 |
| 2.6. | La prisión como tortura | 37 |
| III. | El desafío sin respuesta | 38 |
| 1. | Las penas ilícitas son penas..... | 38 |
| 2. | Las objeciones formales..... | 40 |
| 3. | La respuesta punitiva limitada a funcionarios | 41 |
| 4. | El silencio doctrinario ante los jueces como autores mediatos de torturas..... | 42 |
| 5. | Las preguntas sin respuesta: los jueces en la contradicción y nadie es responsable de las muertes y torturas .. | 43 |
| 5.1. | Las preguntas se dirigen a la doctrina penal .. | 43 |
| 5.2. | La respuesta del derecho penal también la exige la jurisprudencia suprema | 45 |
| 5.3. | Los libros y el juez preocupado | 46 |
| 5.4. | La <i>compartimentalización</i> del sistema penal | 49 |
| 5.5. | ¿Una respuesta jurídica idealista? | 50 |
| IV. | Una necesaria respuesta dogmática | 51 |
| 1. | La dogmática penal tiene capacidad para proporcionar una respuesta dentro del positivismo jurídico ... | 51 |
| 2. | El principio de proporcionalidad de las penas | 54 |
| 3. | El problema de las penas de prisión en ejecución | 56 |
| 4. | Las penas de prisión que no hubiesen comenzado a ejecutarse | 58 |
| 5. | No se trata de una eximente de responsabilidad de los jueces..... | 59 |
| V. | Conclusión | 61 |

SECCIÓN II

| | | |
|----|---|----|
| | En busca del futuro del derecho penal. Carlos Parma | 63 |
| I. | El futuro del «ahora» | 63 |

| | | |
|------|---|----|
| II. | El pasado y el presente | 65 |
| III. | Volver al futuro. Neurociencias e inteligencia artificial..... | 68 |
| IV. | La respuesta del derecho penal posmoderno frente a la dogmática | 71 |

SECCIÓN III

| | | |
|--|---|----|
| | Reflexiones mínimas sobre los principales aportes de las neurociencias a la teoría del delito. Gustavo A. Arocena | 73 |
|--|---|----|

SECCIÓN IV

| | | |
|--|---|-----|
| | Fundamentos constitucionales de la imputación objetiva. José María Peláez Mejía | 107 |
|--|---|-----|

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Los orígenes y desarrollos de la Teoría de la Imputación Objetiva: unos breves apuntes | 108 |
| II. | Los límites al <i>ius puniendi</i> | 123 |
| 1. | En cuanto al delito | 124 |
| 1.1. | Límite 1: ¿Qué se debe prohibir penalmente? . | 124 |
| 1.2. | Límite 2: ¿Cómo se debe prohibir penalmente? | 127 |
| 1.3. | Límite 3: ¿A quiénes se les debe prohibir?..... | 129 |
| 1.4. | Límite 4: ¿Cuándo y cuánto se debe prohibir? | 131 |
| 2. | En cuanto a la pena..... | 132 |
| 2.1. | Límite 1: ¿Cómo se debe sancionar? | 132 |
| 2.2. | Límite 2: ¿Con qué finalidad se debe sancionar?, o ¿por qué se debe castigar? | 132 |
| III. | Toma de postura: los fundamentos de la imputación objetiva derivados a partir de los principios constitucionales .. | 133 |
| 1. | La imputación objetiva como elemento general del injusto..... | 137 |
| 2. | El posicionamiento de la imputación objetiva en el esquema general del delito | 139 |

| | | |
|------|---|-----|
| 3. | Los fundamentos de la imputación objetiva..... | 141 |
| 3.1. | Fundamentos a partir del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos..... | 142 |
| 3.2. | Fundamentos a partir del principio de culpabilidad | 152 |
| 3.3. | Fundamentos a partir del principio de lesividad | 157 |
| 3.4. | Fundamentos a partir del principio de legalidad | 160 |
| IV. | Conclusiones..... | 165 |

SECCIÓN V

| | | |
|------|---|-----|
| | Mecanismos de justicia transicional en los delitos de graves violaciones de los derechos humanos en el Ecuador. José Sebastián Cornejo Aguiar | 169 |
| 1. | Introito..... | 170 |
| 2. | Antecedentes de la justicia transicional | 173 |
| 2.1. | Justicia transicional en el Ecuador..... | 176 |
| 3. | Judicialización de los casos obtenidos por la Comisión de la Verdad en el Ecuador..... | 181 |
| 3.1. | Caso Vaca, Cajas, Jarrín | 182 |
| 3.2. | Caso Arturo Jarrín | 184 |
| 3.3. | Caso Lema y otros | 186 |
| 3.4. | Caso González y otros..... | 187 |
| 4. | La imprescriptibilidad de los casos obtenidos por la comisión de la verdad en el Ecuador el momento de su judicialización | 189 |
| 5. | Medidas de reparación a las víctimas de los casos de graves violaciones de derechos humanos adoptadas en el Ecuador | 193 |
| 6. | La razonabilidad del plazo y el acceso a la justicia como cumplimiento de los procesos de justicia transicional..... | 195 |

SECCIÓN VI

Estructura de la teoría del delito, en el derecho penal chileno.

| | |
|--|-----|
| Gianni Egidio Piva Torres | 199 |
| 1. Definición de delito | 200 |
| 2. Noción formal y real de delito | 204 |
| 3. Posiciones doctrinaria sobre la definición de delito . | 210 |
| 3.1. Definición de delito en la Doctrina Alemana/ WELZEL HANS..... | 210 |
| 3.2. Delito como injusto merecedor de pena/JESH- CHECK HANS HEINRICH..... | 211 |
| 4. Definición de delito en la doctrina Española | 213 |
| 4.1. Definición de delito conforme a MIR PUIG SANTIAGO..... | 213 |
| 4.2. Definición de delito conforme a PUIG PEÑA FEDRICO..... | 214 |
| 4.3. Definición de delito conforme a CALON CUE- LLO | 214 |
| 5. Definición de delito en la Doctrina Argentina..... | 215 |
| 5.1. Definición de delito SEBASTIAN SOLER | 215 |
| 6. Definición de delito en la Doctrina Italiana | 216 |
| 6.1. Definición de delito ANTOLISEI | 216 |
| 7. Definición de delito en la Doctrina Colombiana | 217 |
| 7.1. Definición de delito FERNADEZ CARRAS- QUILLA..... | 217 |
| 7.2. Definición de delito REYES ECHANDIA..... | 218 |
| 7.3. Definición de delito SALZAR MARIN | 218 |
| 8. Nuestra posición/Delito típico, antijurídico y culpable. | 219 |
| 9. Criterio de la Corte Constitucional sobre la defini- ción tripartita del delito..... | 221 |
| 10. La tipicidad penal y el principio de legalidad..... | 221 |

| | | |
|-----|---|-----|
| 11. | Delito y contravención | 223 |
| 12. | Delitos penales en blanco criterio Corte Constitucional | 224 |
| 13. | Tipo Penal En Blanco-Requisitos para que remisión a normas de rango administrativo sea constitucional | 225 |
| 14. | Delito en la teoría general del derecho | 227 |
| 15. | Hechos no voluntarios o naturales..... | 228 |
| | 15.1. Hechos voluntarios | 228 |
| | 15.2. El delito como hecho jurídico voluntario..... | 228 |
| 16. | Teoría del delito y sus divisiones | 230 |
| 17. | Aspectos del delito | 231 |
| 18. | Especie de delito | 235 |

DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL

SECCIÓN I

| | |
|---|-----|
| Responsabilidad del abogado por lavado de activos en cobro de honorarios. Alfonso Zambrano Pasquel..... | 239 |
| 1. El rol del abogado | 239 |
| 2. Planteamiento del caso..... | 241 |
| 3. Lavado de activos y derecho penal del enemigo..... | 245 |
| 4. Lavado de activos e imputación objetiva | 249 |
| 5. El caso de los abogados en Alemania..... | 265 |
| 6. El § 261 del StGB y el defensor penal | 268 |
| 7. El abogado defensor en USA y blanqueo de capitales. | 278 |
| 8. La inconstitucionalidad del procesamiento por lavado de activos en contra del abogado defensor | 283 |
| 9. Conclusiones..... | 285 |

SECCIÓN II

| | |
|---|-----|
| Femicidio/Feminicidio. Travesticidio. Rubén E. Figari..... | 287 |
| I. Introducción | 288 |
| II. Femicidio de acuerdo al art. 80 inc. 11 del C.P.A..... | 303 |
| III. Travesticidio..... | 311 |
| IV. Homicidio transversal | 318 |
| V. Circunstancias extraordinarias de atenuación (último párr. del art. 80) | 322 |
| VI. El tipo de femicidio/feminicidio en el derecho comparado latinoamericano de habla hispana | 337 |

SECCIÓN III

| | |
|---|-----|
| Hacia el nuevo bien jurídico: Vida No Humana. Iván Pedro Guevara Vásquez..... | 351 |
| I. Introducción | 352 |
| II. La protección de la vida de naturaleza humana frente a la vida de naturaleza animal | 353 |
| III. Un nuevo bien jurídico a partir de la potenciación del bien jurídico protegido en el Art. 206-A del Código Penal | 356 |
| 1. Un nuevo tipo penal: El Art. 206-A del Código Penal..... | 356 |
| 1.1. Los problemas de aplicación..... | 358 |
| 1.2. El animal como bien mueble para el derecho penal..... | 358 |
| 2. El problema del animus..... | 361 |
| IV. La comisión de actos de crueldad contra el animal..... | 361 |
| 1. Sujetos | 362 |
| 2. Conducta | 363 |
| 3. Tipo subjetivo | 363 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 4. | Grados de desarrollo del delito | 364 |
| V. | El acto del abandono del animal..... | 364 |
| 1. | Conducta | 365 |
| 2. | Tipo subjetivo | 365 |
| 3. | Grados de desarrollo del delito | 366 |
| VI. | El problema de la muerte subsiguiente del animal doméstico o silvestre | 366 |
| VII. | Una involuntaria e inconcebible discriminación entre los seres vivientes | 367 |
| VIII. | Un potencial y nuevo bien jurídico: Vida no humana | 370 |
| IX. | Conclusiones | 376 |

SECCIÓN IV

| | |
|---|-----|
| Expansión española del blanqueo de dinero en la última década de reformas penales. Miguel Abel Souto..... | 381 |
|---|-----|

EXCURSO

SECCIÓN I

| | |
|--|-----|
| La motivación de las sentencias en materia penal como garantía del debido proceso. Eduardo Franco Looz | 425 |
|--|-----|

Presentación

Constituye un verdadero orgullo y placer poder escribir la presentación de esta obra titulada: «*Selecciones de Dogmática Penal Latinoamericana: Presente y Futuro*», dirigida conjuntamente con un gran amigo el Dr. Iván Pedro Guevara Vásquez, con quien hemos afrontado esta dura tarea, con el apoyo de grandes juristas y excelentes amigos como lo son el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni; Carlos Parma; Gustavo Alberto Arocena; José María Pe-láez Mejía; Alfonso Zambrano Pasquel; Rubén E. Figari; Miguel Abel Souto; Eduardo Franco Loor y Gianni Piva.

Con la finalidad de poner a disposición de los lectores la presente obra, la cual cuenta con el enfoque de estudio del Derecho Penal Parte General, Derecho Penal Parte Especial y un Excurso de Derecho Procesal Penal.

Distribuido en secciones que como veremos son desarrollados de una manera secuencial y lógica a tal punto que en la selección de artículos de Derecho Penal parte general se estudia las secciones referentes a las penas ilícitas: Un desafío a la dogmática penal; En busca del futuro del derecho penal; Reflexiones mínimas sobre los principales aportes de las neurociencias a la teoría del delito; Fundamentos constitucionales de la imputación objetiva; Mecanismos de justicia transicional en los delitos de graves violaciones de los derechos humanos en el Ecuador.

Por otra parte en la selección de artículos de Derecho Penal – Parte Especial, se estudia las secciones referentes a la Responsabilidad del aboga-

do por lavado de activos en cobro de honorarios; Femicidio/Feminicidio. Travesticidio; Hacia el nuevo bien jurídico Vida No Humana; Expansión española del blanqueo de dinero en la última década de reformas penales.

De igual manera en la selección de artículos denominada excursus, se estudia la sección denominada: La motivación de las sentencias en materia penal como garantía del debido proceso.

Por todo lo antes anunciado es que sin lugar a equivocarme recomendando a todos los lectores que consideren en la presente obra una fuente de consulta obligatoria, ya que sin lugar a dudas resulta un excelente aporte académico que en esta ocasión entregamos conjuntamente con el Dr. Iván Pedro Guevara Vásquez, al público lector para su análisis y reflexión.

Quito- Ecuador, noviembre de 2020

Msc. José Sebastián Cornejo Aguiar

Docente de Postgrado en Derecho Penal en las Universidades Técnica del Norte, Regional Autónoma de los Andes, Universidad del Alto en Bolivia y Universidad Católica Santa Catarina de Arequipa.

Introducción

Toda obra colectiva tiene determinados propósitos comunes. Algunas tienen un propósito compartido más teórico y otras, una finalidad más práctica. Algunas tienen alcances locales; esto es, para un determinado país o nación; y otras poseen alcances regionales, como puede ser para la región latinoamericana o europa.

En nuestro caso, con la presente obra titulada «Selecciones de Dogmática Penal Latinoamericana» damos inicio a una serie de abordajes en doctrina teórica y aplicada en el derecho penal de la Patria Grande, Latinoamérica, sede máxima de nuestras reflexiones y preocupaciones, por dos motivos principales: En primer lugar, por haber nacido en algunos de los países de Sudamérica, Centroamérica y el Caribe, de habla española o lengua romance. Y, en segundo lugar, por buscar un digno y mejor destino para la región latinoamericana en uno de sus sistemas más complicados que posee, como es el sistema penal, sin que ello signifique dejar de lado contribuciones de autores provenientes de la órbita hispana, o inclusive, de autores que pertenecen a sistemas jurídicos distintos al *civil law*.

Si bien los intentos de un Código Penal Tipo para Iberoamérica no resultan viables desde el nivel de la jurisdicción propia de una unidad política nacional, al ser Latinoamérica actualmente un conglomerado de países diversos e independientes entre sí, unidos básicamente por lazos de idioma y sistemas sociales con similares características y dificultades, es en el te-

rreno dogmático y doctrinario en donde podemos encontrar las bases de solución para nuestros problemas y conflictos jurídico-sociales, teniendo en cuenta que en el sistema jurídico del *civil law* la doctrina se constituye como la primera fuente material del derecho, como la cantera de fértiles campos desde la cual se extraen las creaciones y recreaciones conceptuales que iluminan todo el edificio teórico de la dogmática, proyectando su luz cognitiva hacia el sistema jurídico en su integridad, toda vez que las creaciones y/o recreaciones doctrinarias pueden ser acogidas por la legislación, y ésta, al admitir tales creaciones y/o recreaciones, tras ser aplicada por los tribunales de justicia, se puede convertir en jurisprudencia.

Más allá de las clásicas fuentes formales del derecho en un sistema jurídico continental o romano germánico, en donde la legislación tiene primacía, al punto que en algunos países predomina más el Estado Legal de Derecho, que el Estado Constitucional de Derecho, es en el ámbito de las fuentes materiales del derecho en donde encontramos el papel relevante de la doctrina. Por ello, hemos emprendido la presente obra, rescatando las funciones de la doctrina, de manera general, y de la dogmática, de manera especial, pues el sistema penal se ilumina y al fin de cuentas se orienta y guía en su núcleo a partir de las creaciones y recreaciones teóricas, teniendo en cuenta la relación dialéctica que se detecta entre la teoría y la práctica.

Se ha dividido la obra en tres partes considerando la perspectiva del análisis del derecho positivo vigente, como son el nivel referido a la parte general del derecho penal, el nivel relacionado a la parte especial del derecho punitivo y un espacio referido a los excursus respectivos, que se pueden presentar por la propia dinámica del conocimiento, sin negar la presencia y pertinencia de estudios iusfilosóficos en materia penal cuando el caso estrictamente lo requiera.

En esta oportunidad en la Parte General de la obra contamos con la participación de muy destacados maestros en derecho penal, como Eugenio Raúl Zaffaroni, con su trabajo «Penas ilícitas: un desafío a la dogmática penal»; Carlos Parma, con su contribución «En busca del futuro del derecho penal». También en derecho penal general participan en el presente volumen Gustavo Arocena con su ensayo «Reflexiones mínimas sobre los

principales aportes de las neurociencias a la teoría del delito»; José María Peláez Mejía con su obra «Fundamentos constitucionales de la imputación objetiva», y José Sebastián Cornejo Aguiar con su artículo «Mecanismos de justicia transicional en los delitos de graves violaciones de los derechos humanos en el Ecuador».

En la Parte Especial de la obra en el presente volumen contamos con la participación de los muy destacados maestros en derecho penal como Alfonso Zambrano Pasquel, con su trabajo «Responsabilidad del abogado por lavado de activos en cobro de honorarios»; Rubén Figari con su contribución «Femicidio/Feminicidio. Travesticidio». También participan en derecho penal especial en el presente volumen Iván Pedro Guevara Vásquez con su ensayo «Hacia el nuevo bien jurídico vida no humana»; y Miguel Abel Souto con su artículo «Expansión española del blanqueo de dinero en la última década de reformas penales». Por último, dentro de la sección de Excurso tenemos la participación de Eduardo Franco Loor con su obra «La motivación de las sentencias en materia penal como garantía del debido proceso».

En la presente obra Argentina se hace presente a través de Eugenio Raúl Zaffaroni, Carlos Parma, Gustavo Arocena y Rubén Figari; Ecuador hace lo mismo por medio de Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loor y José Sebastián Cornejo Aguiar; Colombia es representada a través de José María Peláez Mejía; Perú, en la persona de Iván Pedro Guevara Vásquez; Venezuela en la persona de Gianni Pivay, finalmente, España se encuentra presente por medio de Miguel Abel Souto.

Entregamos la presente obra a la comunidad jurídica latinoamericana siendo conscientes que en materia del conocimiento jurídico se ha de asistir a un cambio de posta –más temprano que tarde– desde los centros fundacionales europeos hacia los márgenes del sur nuestro. Tenemos una firme convicción en ello a partir del arduo esfuerzo cotidiano

Lima, Latinoamérica. Noviembre de 2020

Iván Pedro Guevara Vásquez