



**unl**

Universidad  
Nacional  
de Loja

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**

**FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA**

**CARRERA DE DERECHO**

**“LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN  
OBJETIVA EN EL DESARROLLO DEL DERECHO PENAL  
SUSTANTIVO, COMO INFLUENCIA DEL FUNCIONALISMO  
SISTÉMICO”**

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL  
GRADO DE LICENCIADO EN  
JURISPRUDENCIA Y TÍTULO DE  
ABOGADO.

**AUTOR:**

Salvador David Merino Muñoz

**DIRECTOR DE TESIS:**

Dra. Rosario Paulina Moncayo Cuenca. Mg. Sc.

**Loja, Ecuador**

**2022**

## **Certificación**

Loja, 26 de mayo de 2022.

Dra. Rosario Paulina Moncayo Cuenca. Ph. D.

**DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA FACULTAD JURÍDICA  
SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**

### **CERTIFICO:**

Que he revisado y orientado todo proceso de la elaboración de tesis de grado titulado: **“LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DESARROLLO DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO, COMO INFLUENCIA DEL FUNCIONALISMO SISTÉMICO”** de autoría del estudiante Salvador David Merino Muñoz, previa a la obtención del grado de licenciado en jurisprudencia y título de abogado, una vez que el trabajo cumple con todos los requisitos exigidos por la Universidad Nacional de Loja para el efecto, autorizo la presentación para la respectiva sustentación y defensa.



Firmado electrónicamente por:

**ROSARIO  
PAULINA  
MONCAYO  
CUENCA**

**Dra. Rosario Paulina Moncayo Cuenca. Ph. D.**

**DIRECTORA DE TESIS**

## **Autoría**

Yo, Salvador David Merino Muñoz, declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma. Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional – Biblioteca Virtual.

**Firma:**

**Cédula:** 1105772949

**Fecha:** Loja, Loja, 22 de junio de 2022

**Correo electrónico:** [abg.salvadormerino@gmail.com](mailto:abg.salvadormerino@gmail.com) – [salvador.merino@unl.edu.ec](mailto:salvador.merino@unl.edu.ec)

**Celular:** 0987827685

**Carta de autorización de tesis por parte del autor para la consulta de reproducción parcial o total, y publicación de texto completo**

Yo, Salvador David Merino Muñoz, declaro ser el autor de la tesis titulada: **“LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DESARROLLO DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO, COMO INFLUENCIA DEL FUNCIONALISMO SISTÉMICO”**, como requisito para optar al grado de licenciado en jurisprudencia y título de abogado; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos muestre la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el Repositorio Institucional, en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los veintidós días del mes de junio de dos mil veinte y dos.

**Firma:**

**Autor:** Salvador David Merino Muñoz

**Cédula N°:** 1105772949

**Dirección:** Lauro Guerrero y Azuay; parroquia El Sagrario; del Cantón y Provincia de Loja

**Correo Electrónico:** [abg.salvadormerino@gmail.com](mailto:abg.salvadormerino@gmail.com) – [salvador.merino@unl.edu.ec](mailto:salvador.merino@unl.edu.ec)

**Celular:** 0987827685

**DATOS COMPLEMENTARIOS**

**Director de Tesis:** Dra. Rosario Paulina Moncayo Cuenca. Ph. D.

**Tribunal de Grado:**

**Presidente:** Dr. Diósgrafo Tulio Chamba Villavicencio. Ph. D.

**Vocal:** Dra. Johana Cristina Sarmiento Vélez. Mg. Sc.

**Vocal:** Dra. Gladys Beatríz Reátegui Cueva. Mg. Sc.

## **Dedicatoria**

A, Mercedes Carmelina Guzmán Ordoñez.

El destino fue cruel y despiadado al separarme de tu corporalidad abuela mía, momentos antes de que presencias el cumplimiento de uno de mis objetivos de vida; pero ten la certeza absoluta que vivirás siempre en mí, a través de los idílicos recuerdos que me regalaste antes de tu partida. Siempre preguntaré al cielo, sin resignación alguna ¿Por qué ya no estas a mi lado? Consiente que no recibiré respuesta alguna, me apego férreamente a la idea que hoy el cielo se viste de gala, porque llegó al paraíso la dama más esplendorosa de esta vida terrenal.

*Salvador David Merino Muñoz*

## **Agradecimiento**

En primer lugar, como teísta que soy, agradezco a Dios por la inexplicable bondad y piedad que tiene con este servidor. Estoy seguro de que la vida sin ti no es más que banalidad absoluta y un sinsentido constante.

Asimismo, agradezco al lucero de mis ojos, brillo de mi vida, la mujer idílica, señora Nancy Raquel Muñoz Guzmán, no me alcanzará la existencia entera para regresar tanto amor y confianza en mí. A mi padre, Fredy Salvador Merino Ochoa, por inculcar en esta persona los valores de lealtad, rectitud y resiliencia. A mi encantadora hermana, Carol Cristina Merino Muñoz, por ser mi confidente y cómplice en cada etapa de mi vida.

A la Universidad Nacional de Loja, todo lo que soy hoy se lo debo a la educación pública; y, a todos aquellos catedráticos que se esmeraban por impartir conocimientos de calidad, en especial atención a la Dra. Rosario Paulina Moncayo Cuenca, quien además de ser mi tutora en el presente trabajo investigativo, ha sido mi reconforte dentro de mi etapa universitaria y mi lumbre de saberes. De igual forma a la Dra. Johana Cristina Sarmiento Vélez; quedo en deuda con ustedes.

De igual forma mi agradecimiento a Camilo Alejandro Febres Contento y Carlos Ramon Saraguro Pacheco, por los acertados y errados consejos que me han brindado, los cuales me han permitido crecer como persona.

Con incalculable afecto a David Alejandro Samaniego Rojas, María Gabriela Paz Jaramillo, Cristian Andrés Jaramillo Ordoñez, Juan Diego Samaniego Ordoñez y César Augusto Guerrero Cueva por permitirme aprender de sus vastos conocimientos.

Finalmente, pido las disculpas que amerita el caso a cada una de las personas que de alguna manera u otra han contribuido en mi formación académica, estoy seguro que tenían merecido un espacio en el presente apartado.

*Salvador David Merino Muñoz.*

## Índice de contenido

Portada.....	i
Certificación .....	ii
Autoría.....	iii
Carta de autorización.....	iv
Dedicatoria .....	v
Agradecimiento .....	vi
Índice de contenido .....	vii
1. Título.....	1
2. Resumen.....	2
2.1 Abstract.....	4
3. Introducción .....	5
4. Revisión de literatura .....	7
4.1. Marco conceptual .....	7
4.1.1. <i>Derecho penal</i> .....	7
4.1.2. <i>Garantismo penal</i> .....	8
4.1.3. <i>Seguridad jurídica</i> .....	11
4.1.4. <i>Delito</i> .....	13
4.1.5. <i>Funcionalismo</i> .....	15
4.1.6. <i>Funcionalismo normativo</i> .....	17
4.1.7. <i>Nexo causal</i> .....	19
4.1.8. <i>Imputación</i> .....	21
4.1.9. <i>Tipo penal</i> .....	22
4.1.10. <i>Víctima</i> .....	24
4.2 Marco doctrinario .....	26

4.2.1	<i>Teoría general del delito</i> .....	26
4.2.2	<i>Teoría de la imputación objetiva</i> .....	44
4.2.3	<i>El funcionalismo Normativo Sistémico y la imputación objetiva</i> .....	53
4.2.4	<i>Exclusión de la imputación objetiva</i> .....	66
4.2.5	<i>Responsabilidad de la víctima</i> .....	73
4.3	Marco jurídico .....	76
4.3.1	<i>Constitución de la República del Ecuador</i> .....	77
4.3.2	<i>Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José)</i> .....	81
4.3.3	<i>Código Orgánico Integral Penal</i> .....	83
4.3.4	<i>Derecho comparado</i> .....	91
5.	Metodología .....	102
5.1.	Materiales utilizados.....	102
5.2.	Métodos .....	102
5.3.	Técnicas.....	105
5.4	Observación Documental .....	105
6.	Resultados .....	106
6.1	Resultados de las encuestas a profesionales del derecho .....	106
6.2	Resultados de las entrevistas .....	124
6.3	Estudio de casos .....	140
7.	Discusión.....	157
7.1	Verificación de objetivos.....	157
7.1.1	<i>Objetivo general</i> .....	157
7.1.2	<i>Objetivos específicos</i> .....	158
7.2	Contrastación de la hipótesis .....	162
8.	Conclusiones .....	165
9.	Recomendaciones.....	167
9.1	Proyecto de reforma legal.....	168



10.	Bibliografía.....	172
11.	Anexos.....	178
11.1.	Oficio de designación de director de trabajo de titulación .....	178
11.2.	Oficio de aprobación .....	179
11.3.	Certificación de traducción del abstract .....	180
11.4.	Formato de encuesta a profesionales del derecho .....	181
11.5.	Formato de entrevista a profesionales del tema.....	184

## Índice de figuras

### Resultados

#### Resultados De Las Encuestas

##### 1. Encuestas A Profesionales Del Derecho

Tabla 1. Cuadro Estadístico Nro. 1 .....	105
Tabla 2. Cuadro Estadístico Nro. 2... ..	107
Tabla 3. Cuadro Estadístico Nro. 3... ..	110
Tabla 4. Cuadro Estadístico Nro. 4 .....	112
Tabla 5. Cuadro Estadístico Nro. 5 .....	115
Tabla 6. Cuadro Estadístico Nro. 6 .....	117
Tabla 7. Cuadro Estadístico Nro. 7 .....	120
Tabla 8. Cuadro Comparativo Nro. 1 .....	131
Tabla 9. Cuadro Comparativo Nro. 2 .....	145

## Índice de figuras

Resultados

### Resultados de las encuestas

#### 1. Encuestas A Profesionales Del Derecho

Figura 1. Gráfica Nro. 1 .....	106
Figura 2. Gráfica Nro. 2... ..	108
Figura 3. Gráfica Nro. 3 .....	110
Figura 4. Gráfica Nro. 4 .....	113
Figura 5. Gráfica Nro. 5 .....	115
Figura 6. Gráfica Nro. 6 .....	118
Figura 7. Gráfica Nro. 7 .....	121

## **Índice De Anexos**

Anexo 1. Formato de Encuesta a Profesionales del Derecho.....	192
Anexo 2. Formato de Entrevista a Profesionales del Derecho .....	195

## **1. Título.**

“LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DESARROLLO DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO, COMO INFLUENCIA DEL FUNCIONALISMO SISTÉMICO”.

## 2. Resumen.

Sírvase usted, distinguido lector, adentrarse en el presente trabajo investigativo intitulado: **“LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DESARROLLO DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO, COMO INFLUENCIA DEL FUNCIONALISMO SISTÉMICO”**. Las relaciones humanas como núcleo esencial -razón de ser- del Derecho, siempre han estado en constante cambio y evolución con el objeto de acoplarse a las necesidades que los diferentes escenarios históricos exige para su supervivencia, pues, ya lo decía Aristóteles: “Solo un Dios o una bestia pueden vivir alejados de la sociedad”. En este sentido, el Derecho no ha sido indiferente a estas transmutaciones de los diversos grupos sociales, por ello, en la presente tesis se realiza un estudio pormenorizado de las tendencias dogmáticas creadas a partir de una nueva configuración social, en la cual, las relaciones entre semejantes se tornan cada vez más complejas; y, por ende, la necesidad de nuevos estándares de justicia es imperativa.

En este sentido, la presente tesis se constriñe al análisis exhaustivo de las causales de exclusión de la imputación objetiva en lo que respecta a la autopuesta en peligro y consentimiento de la víctima como influencia de los Funcionalismo Normativo Sistémico, puesto que, estas figuras doctrinarias han sido creadas para responder a las actuales exigencias que pregona el nuevo paradigma constitucional, en el cual, el Estado abandona su papel paternalista y proclama el respeto a las libertades individuales y autonomía de la personas, de tal manera que, cualquier intromisión de este en determinados escenarios donde la víctima ha decidido incorporarse voluntariamente en un contexto dentro del cual su seguridad no puede ser garantizada, significaría una injerencia ilegítima y abusiva.

Asimismo, podrá usted dilucidar que existe un carente conocimiento teórico de la autopuesta en peligro y consentimiento de la víctima por parte de todas las personas que formamos parte del aparataje jurídico, a lo cual se suma la falta de desarrollo normativo de las mencionadas causales; producto de todo esto, tenemos que la confianza y certeza que tienen los ciudadanos respecto a los poderes públicos es realmente exigua.

Finalmente, el estudio realizado a través de la técnica de encuestas, entrevistas, y análisis de casos, demuestra la inquietante dispersión de criterios jurisdiccionales a nivel nacional respecto a la procedencia de la autopuesta en peligro y consentimiento de la víctima, como también los abismados errores en la interpretación de los parámetros de aplicación de estas causales, lo cual, corrobora de forma fehaciente que el sistema judicial, en estos supuestos, se entrega a la absoluta

discreción del juzgador.

## 2.1 Abstract.

Please, distinguished reader, take a closer look at the present research work entitled: "**THE CAUSES OF EXCLUSION OF OBJECTIVE IMPUNITION IN THE DEVELOPMENT OF SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW, AS AN INFLUENCE OF SYSTEMIC FUNCTIONALISM**". Human relations as the essential core - *raison d'être* - of Law, have always been in constant change and evolution with the aim of adapting to the needs that the different historical scenarios demand for their survival, because, as Aristotle said: "Only a God or a beast can live apart from society". In this sense, Law has not been indifferent to these transmutations of the different social groups; therefore, in this thesis a detailed study of the dogmatic tendencies created from a new social configuration is carried out, in which, the relationships between equals become more and more complex; and, thus, the need for new standards of justice is imperative.

In this regard, the present thesis is limited to the exhaustive analysis of the grounds for exclusion of the objective imputation with regard to the victim's self-endangerment and consent as an influence of the Systemic Normative Functionalism, since these doctrinal figures have been created to correspond in which the state abandons its paternalistic role and proclaims respect for the individual liberties and autonomy of people, in such a way that any interference by the state in certain scenarios where the victim has decided to voluntarily join a context in which their safety cannot be guaranteed, would be an illegitimate and abusive interference.

Likewise, you will be able to elucidate that there is a lack of theoretical knowledge of self-endangerment and consent of the victim on the part of all of us who form part of the legal apparatus, to which is added the lack of normative development of the aforementioned grounds; as a result of all of this, the trust and certainty that citizens have with respect to the public authorities is really meagre.

Lastly, the study carried out through the technique of surveys, interviews and case analysis shows the disturbing dispersion of jurisdictional criteria at the national level with regard to the applicability of self-injury and consent of the victim, as well as the abysmal errors in the interpretation of the parameters of application of these grounds, which corroborates the fact that the judicial system, in these cases, is given over to the absolute discretion of the judge.



### **3. Introducción.**

El trabajo investigativo que presento ante el más crítico público tiene como objeto principal, demostrar la importancia del estudio teórico de las diferentes corrientes y teorías penales en la construcción y afianzamiento de la seguridad jurídica dentro de nuestro país. Como estudiante y practicante de esta hermosa ciencia social, he podido apreciar de forma directa el carente conocimiento doctrinario de los presupuestos de exclusión de la imputación objetiva dentro de los diferentes procesos penales, en los cuales, de forma inquietante se han desestimado la procedencia de estos mediante el escueto argumento de: “no están debidamente positivizados en la norma”, como si de una muletilla se tratase.

Por estas razones, la presente tesis, ha sido estructurada en diferentes capítulos con el fin de realizar una secuencia ordenada y entendible de los conceptos y teorías en estudio, es así que, usted, estimado lector, podrá encontrar en el primer capítulo, una serie de definiciones abarcadas por diferentes autores respecto a tópicos introductorios del tema planteado. En lo principal se ha desarrollado conceptos como delito, nexos causal, imputación y víctima desde diferentes perspectivas, las cuales progresivamente terminan vinculándose con las causales de exclusión de la imputación objetiva en lo que respecta a la autopuesta en peligro y consentimiento de la víctima.

En el segundo capítulo, podrá deleitarse del análisis deductivo de las diversas corrientes penales, abarcadas desde su origen, desarrollo y transmutaciones a lo largo de la historia a fin de establecer diferencias con las actuales posturas. Asimismo, a través del uso de ejemplificaciones, el presente autor, ha intentado no abrumar de excesivo contenido técnico la presente investigación con el objeto de que todo estudiante de Derecho, indiferente del ciclo que este cursando, pueda entender de una forma dinámica la procedencia y aplicación de estas causales.

Por su parte, el tercer capítulo se zanjó al estudio y análisis de las referidas causales en comparación con las diferentes legislaciones que si contemplan dentro de su ordenamiento jurídico correspondiente las figuras de la autopuesta en peligro y consentimiento de la víctima como causales de exclusión y atenuación de la responsabilidad penal, lo cual permitió verificar en parte, la procedencia de la incorporación normativa de las causales objeto de este trabajo investigativo dentro de

nuestra legislación; como también, se resolvió el planteamiento de si estos presupuestos deberían atenuar o eximir la pena.

Finalmente, a través del acopio empírico y casuística analizada, el presente autor, recogió diversas opiniones de prestigiosas y prestigiosos juristas de la localidad y osadamente planteó una serie de problemas jurídicos con el fin de que el estimado lector realice un ejercicio mental en la resolución de casos a partir de los conocimientos adquiridos a lo largo de la lectura de esta tesis. Estoy seguro que la el estudio de esta tesis será más amena y dinámica con los ejemplos citados.

Espero que el presente trabajo investigativo despierte en los estudiantes de Derecho la pasión por esta ciencia social; y, ante todo, pueda comprender, explicar y compartir los conocimientos aquí plasmados.

## 4. Marco Teórico

### 4.1. Marco conceptual

#### 4.1.1. *Derecho penal*

El Derecho Penal como rama del Derecho Público ha sido escindido por gran parte de la doctrina en dos dimensiones: objetivo y subjetivo, razón por la cual, zanjándonos estrictamente a los objetivos planteados en el presente proyecto de investigación, abarcaremos únicamente la conceptualización del Derecho Penal Objetivo.

Al respecto, y con la lucidez que lo caracteriza, el Dr. Ernesto Albán Gómez, define al Derecho Penal de la siguiente manera: “Derecho Penal Objetivo sería entonces el conjunto de normas expedidas por el órgano legislativo del estado, a través de las cuales se regula el ejercicio del ius puniendi, estableciendo delitos, como presupuesto jurídico esencial, y penas, como consecuencia necesaria.” (Albán Gomez, 2018, pág. 4)

Para este autor, el Derecho penal, al igual que las otras ramas del Derecho, es un conjunto de normas jurídicas emitidas por los legisladores una vez superado el trámite legal previsto para este tipo de leyes con carácter orgánico (en el caso de Ecuador). Este conjunto de normas jurídicas tiene como particularidad exclusiva normar el poder punitivo del Estado, es decir, regular la potestad de sancionar o castigar ciertas conductas que el propio Estado cataloga como lesivas de bienes jurídicos. Las mencionadas conductas se tipifican en la ley penal como presupuestos de hecho denominados delitos y se le impone una pena o medida de seguridad como consecuencia jurídica de la conducta delictiva.

En similar sentido, el Maestro Santiago Momethiano, conceptualiza al Derecho Penal en los siguientes términos:

Conjunto de prescripciones jurídicas emanadas de un órgano legítimo que definen comportamientos valorados negativamente dentro de una sociedad determinada y que disponen su consecuencia jurídica, por lo que es un medio de control social que impone sanciones en ultima ratio, siempre que el sujeto cometa acciones u omisiones que atenten bienes jurídicos de relevante valor para la sociedad, asegurando su convivencia. (Momethiano Santiago, 2015, pág. 6)

A diferencia de Alban, el citado autor utiliza la palabra prescripción, término que abarca conceptualmente un conglomerado ordenado y coherente de normas, valoraciones y principios, que de igual manera son expedidas por el órgano legislativo. No obstante, Momethiano, en su definición agrega el carácter de ultima ratio que ostenta el Derecho Penal, mismo que tiene como principios base la subsidiariedad y fragmentariedad por cuanto el Derecho Penal es el último instrumento al que se recurre para proteger los bienes jurídicos de una sociedad determinada. Además, añade como uno de sus fines la convivencia de la sociedad, el cual responden a la teleología del Derecho per se.

Por su parte, Luzón Peña, sostiene que el Derecho Penal: “es una parcela del Derecho que se define como el conjunto de normas jurídicas que prevén delitos y determinadas circunstancias para el delincuente” (Luzon Peña, 1999, pág. 48). Del aporte realizado por el mencionado autor, se puede destacar su parte final, pues el Derecho penal, como se hacía alusión en líneas anteriores, es un conjunto no solo de normas, sino, de principios, los cuales limitan el poder punitivo del Estado y a la par delimita las garantías básicas que detenta todo delincuente.

Asimismo, Sainz Cantero, puntualiza que el Derecho Penal “es el conjunto de norma jurídicas que determinan las conductas humanas que constituyen delitos y como consecuencia, establecen sanciones penales para quienes la realizan” (Sainz Cantero, 1985, pág. 13). En este sentido, se puede apreciar que Sainz centra su definición en los componentes de la norma penal (supuesto de hecho y su consecuencia), ya que, se limita a indicar que el Derecho penal se encarga únicamente de tipificar las conductas delictivas, es decir, positivizar los supuestos de hecho que constituyen delitos; y, la consecuencia jurídica de los mismos, lo que se traduce en la imposición de penas.

#### ***4.1.2. Garantismo penal***

Para inaugurar este apartado, es menester citar al maestro Luigi Ferrajoli a quien se le asigna la creación de las teorías garantistas, razón por la cual, en el ámbito penal lo ha conceptualizado de la siguiente manera:

El garantismo como justificación del derecho penal, se da en el sentido de que se reduzca o minimice la violencia en la sociedad, este contexto no se enmarca en los delitos propiamente dichos, sino trasciende también a la respuesta social de estos delitos preponderando la mínima violencia en los dos sentidos, en esta

perspectiva es como se desarrolla el derecho penal mínimo, teniendo como objetivo incidir en los dos sentidos, la prevención teniendo una menor cantidad de delitos y la prevención de las reacciones subversivas y violentas a estos. (Ferrajoli, 1999, pág. 216)

Ferrajoli, es consciente que el Derecho Penal es violencia, tal como lo afirmaría de igual manera Muñoz Conde (2015), por tal razón, desarrolla la teoría garantista dentro del Derecho Penal a efectos de limitar el poder punitivo del Estado mediante una serie de principios y axiomas. Tan fino como de costumbre, habla de la dualidad del Derecho penal, en el sentido de que éste se ocupa de los casos más violentos y para solucionarlos, su respuesta también es violenta (privación de libertad, medidas de seguridad, etc). Por ello, la víctima en el Derecho Penal no solo es el individuo que ha sido ultrajado de sus bienes jurídicos, sino, de igual forma lo es la persona que ha cometido el ilícito, pues, en cierto momento, la víctima del delito estará protegida y amparado por el aparato estatal, mientras que por su parte, el delincuente se encontrará en una situación de desventaja y desigualdad, por ende, el garantismo penal busca el aseguramiento y respeto de las garantías básicas del delincuente ante quien ostenta la pretensión punitiva.

Bajo esta misma línea argumentativa, Calamendri, vincula la idea de garantismo penal con la corriente clásica liberal penal en los siguientes términos:

el garantismo se conecta con la tradición clásica del pensamiento penal liberal. Y expresa la instancia, que fue propia del iluminismo jurídico, de la minimización de aquel “poder terrible” –tal como lo llamó Montesquieu– que es el poder punitivo, a través de su rígida sujeción al derecho: precisamente, a través de la sujeción a la ley del poder penal judicial y a través de la sujeción a normas constitucionales del poder penal legislativo. (Calamendri, 2007, pág. 182)

En este sentido, el garantismo debe entenderse como aquellos mecanismos jurídicos tendientes a limitar el abuso de los poderes públicos que, en materia criminal se ciñe al uso del Derecho Penal de ultima ratio, con el objeto de garantizar los derechos subjetivos de cada uno de los integrantes de una sociedad, por ello, el autor hace mención al pensamiento liberal, por cuanto, este tiene su fundamento en la mínima intervención estatal en las diversas y complejas relaciones jurídicas que presenten sus mandantes dentro de la convivencia social. Por ello, precisa de forma acertada que el ius puniendi

debe ser empleado de forma excepcional y regulado en estricta sujeción de los mandatos constitucionales y legales (principio de legalidad), ya que, estos prevén las garantías sustanciales y procesales básicas que le asisten a todo ciudadano dentro de cualquier proceso, eliminando con ello un verdadero Estado de Policía.

En consonancia con lo antes citado, la doctrinaria María Vílchez, sostiene que: “El garantismo en materia penal le corresponde con la noción de un derecho penal mínimo que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado” (Vílchez, 2019, pág. 6)

De lo antes citado, podemos dilucidar que su pensamiento es tendiente a relacionar al garantismo y al derecho penal de ultima ratio como sinónimos, lo cual es plausible, por cuanto ambos conceptos tienen como fin la limitación de la intervención estatal y el respeto de los derechos constitucionales. En adición a lo dicho, la última ratio del Derecho Penal tiene su génesis en los postulados de un estado ideal, donde la violencia estatal está justificada únicamente como último recurso cuando se ha quebrantado de forma muy grave los valores fundamentales (bienes jurídicos) de una sociedad que permiten la convivencia y supervivencia de la misma. Lo cual no significa que el Derecho Penal deba ocuparse de toda transgresión a bienes jurídicos, al contrario, únicamente se empleará cuando la trasgresión jurídica de alta relevancia social sea muy grave.

Por su parte, De los Santos, trae a colación el carácter disgregativo del ius puniendi y como el garantismo se refiere respecto a este:

Una de las ideas principales que se ha desarrollado en cuanto a garantismo, es el desapego a todo tipo de concentración de poder, pues en ellos no nace que exista bondad en el poder, por tanto, prepondera un límite a este para que se puede cumplir y garantizar los principios y derechos y equiparar a los grupos sociales disgregados, esto por medio de enlaces jurídicos que bajo fundamentos objetivos se puedan defender los derechos subjetivos, más aún si se encuentran fundamentalizados. (De los Santos, 2005, pág. 317)

De acuerdo con lo antes transcrito, se puede aseverar sin vacilación alguna, que en Latinoamérica el Derecho Penal es selectivo, pues, los estratos sociales carentes de recursos económicos son los más propensos a cometer ilícitos, debido precisamente a la falta de condiciones para un desarrollado adecuado. Es así que, el garantismo penal

prepondera el ejercicio de los derechos en igualdad de circunstancias, mediante una serie de principios (ultima ratio, legalidad, pro homine), limitantes del ius puniendi y con ello se tutele; y, garantice los derechos fundamentales que goza toda persona. Si bien es cierto el poder sancionador del Estado es una amarga realidad de la cual no podemos desprendernos, no es menos que, la necesidad de limitarlo es imperativa en nuestro modelo Constitucional, por cuanto de no hacerlo, este se transformaría en un poder meramente represivo y perpetuador del status quo del modelo de Estado que sirve. Aquí radica la gran relevancia del respeto a los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad jurídica por cuanto constituyen las piedras angulares de un Estado Garantista.

#### ***4.1.3. Seguridad jurídica***

La seguridad jurídica en nuestro país ha sido consagrada como uno de los derechos fundamentales de mayor connotación dentro de la esfera constitucional, por cuanto constituye las expectativas razonables que los ciudadanos esperamos por parte de las personas que actúan bajo una potestad estatal. En tal virtud, Manuel Ossorio sostiene que la seguridad jurídica es la:

Condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes puedan causarles perjuicio. (Ossorio, 2006, pág. 906)

De esta definición, es menester recalcar la importancia transcendental que se le da a la seguridad y con justa razón, pues un Estado Constitucional de Derechos como el nuestro, cimientan sus bases en el respeto de los derechos individuales de cada persona y lo consigue a través del cumplimiento estricto de las disposiciones jurídicas que rigen una nación. Es así que, la seguridad jurídica tiene como punto de partida el respeto a las “reglas del juego” que el mismo Estado ha impuesto, de tal manera que, el ciudadano en todo momento sepa cuál será el actuar de los funcionarios públicos en determinada circunstancia, limitando con ello la arbitrariedad que se pueda presentar por parte de estos. En definitiva, se puede decir que la seguridad jurídica es la sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico vigente.

En adición a lo antes dicho, el Dr. Miguel Hernández conceptualiza a la seguridad jurídica de la siguiente manera:

A la certeza que tiene todo sujeto de derecho sobre la aplicación efectiva del ordenamiento jurídico del Estado, o reconocido por éste con eficacia jurídica, y la garantía de que, en caso de violación de dicho ordenamiento, la institucionalidad del país impulsa la materialización de la responsabilidad correspondiente. (Hernández Terán, 2004, pág. 93)

La certeza de que se aplicará lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, se traduce en la confianza o expectativas que tiene todo ciudadano respecto a las actuaciones de los servidores públicos en razón de sus funciones, de tal manera que, toda persona tiene la certidumbre que su situación jurídica solo podrá ser modificada en los términos previstos en la norma y bajo el proceso señalado para el efecto, caso contrario, el Estado será responsable por las actuaciones arbitrarias de sus funcionarios. Por ello, las decisiones judiciales deben guardar uniformidad cuando se presentan fundamentos facticos y normativos similares, ya que, únicamente de esta manera se crea la confianza y previsibilidad que caracteriza a la seguridad jurídica.

Por su parte, el catedrático ecuatoriano García Falconi se refiere a la seguridad desde una perspectiva finalista:

“La finalidad del derecho tiene que ser la supresión de toda situación dudosa o imprecisa y su sustitución por situaciones netas y definidas. A procurarlas en casos concretos irán dirigidas normas determinadas, pero la finalidad de creación de seguridad jurídica para el particular está representada por una porción de principios de carácter general existente en todo ordenamiento jurídico. (Falconí Garcia, 2012)

En este sentido, el desarrollo normativo por parte del legislador juega un papel fundamental para la materialización de la seguridad jurídica, pues, la carencia de normas claras, previas y públicas, producen vacíos o lagunas jurídicas. Ahora bien, la presencia de lagunas jurídicas generan incertidumbre de cómo será aplicado e interpretado el Derecho en una situación singular, por ende, una de las causas que originan inseguridad jurídica es precisamente la falta de producción normativa, razón por la cual, los administradores de justicia recurren a otras fuentes del Derecho para resolver los



problemas jurídicos que se les presentan, sin que estas remisiones sean vinculantes, hecho que se vería subsanado con la expedición de leyes aplicables a tales casos y de esta manera todo juzgador tendría la obligación de aplicarla.

En un sentido un tanto distinto, Pérez Luño, conceptualiza a la seguridad jurídica, así:

Un valor estrechamente ligado a los Estados de derecho que se concretan en exigencias objetivas de corrección estructural (formulación adecuada de las normas en el ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de su aplicación). Junto con esa dimensión objetiva, la seguridad jurídica se presenta, en su acepción subjetiva, encarnada por la certeza del derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales. (Perez, 2000, pág. 93)

Con la brillantez que caracteriza a Pérez Luño, este nos expresa de forma acertada sobre la dimensión objetiva del derecho a la seguridad jurídica, misma que doctrinariamente tiene tres aristas: orden, seguridad y certeza. En referencia al orden y seguridad, estos se encuentran materializados sencillamente cuando la norma forma parte del ordenamiento jurídico y consecuentemente de aquello ha sido expedida bajo las solemnidades que prevean las leyes vigentes a la época (previa, clara y pública). Mientras que, por su parte, la certeza se encuentra supeditada a la eficacia que el sistema le dé a la norma expedida, es decir, si realmente es aplicada e interpretada en el sentido que ella prescribe por parte de los destinatarios y en especial por los funcionarios que ostenta los poderes públicos. Si se cumplen estos presupuestos, estamos frente a una efectiva realización objetiva del derecho a la seguridad jurídica. Ahora bien, la certeza también contiene una dimensión subjetiva, misma que se ve reflejada en las expectativas concretas de quien es titular del derecho a la seguridad jurídica en una determinada situación. En conclusión, la seguridad jurídica se imputa plenamente materializada cuando concurren sus dos dimensiones.

#### **4.1.4. Delito**

Como consecuencia evidente del desarrollo argumentativo de los apartados anteriores, es necesario abarcar la definición de delito, para lo cual me serviré de la

conceptualización brindada por el jurista Francisco Carrara: “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 y socialmente dañoso”. (Carrara F. , 1971, pág. 21)

Al respecto, Carrara puntualiza que el delito es la trasgresión de la ley que el mismo Estado ha creado, con el fin de resguardar los intereses comunes de una sociedad. Asimismo, esta definición de forma implícita nos expresa que el delito consiste en una exteriorización de la voluntad, materializada en un acto u omisión que lesiona los valores más relevantes de una comunidad. Finalmente expresa sobre la capacidad que debe poseer una persona para poder reprocharle su conducta dañosa.

En armonía con lo antes anotado, Romagnosi conceptualiza al delito así: “es la agresión al bienestar, si queda impune destruiría a la sociedad. Para que no ocurra tal cosa, la sociedad y el Derecho deben eliminar la impunidad.” (Romagnosi, 1956, pág. 21)

Ahora bien, a diferencia de Carrara, Rogmanosi inicia su definición resaltando que el delito es la transgresión al orden social, por cuanto, todo ciudadano de un Estado mediante el denominado contrato social ha cedido una parte de su libre albedrío para poder convivir en armonía con sus semejantes, misma que se ve perturbada con la perpetración de un delito. En adición a esto, el mencionado autor se enfoca en los efectos que acarrearía la inactividad estatal al momento de presentarse este tipo de conductas delictivas, ya que el delincuente mediante ese acto comunica que no desea vivir en sociedad, de tal manera que, si no existe una respuesta (sanción) que mitigue el problema, probamente la sociedad entraría en un estado de Anarquía, que conllevaría inevitablemente a su fatídica destrucción.

Por su parte, Muñoz Conde, define al delito de forma muy concisa de la siguiente manera: “Delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena (...) todo intento de definir al delito al margen del Derecho Penal vigente es situarse fuera del ámbito jurídico” (Muñoz Conde, 2015, pág. 215)

Como punto de partida, Muñoz Conde, refiere que es el legislador quien cataloga que conducta es delictual, para lo cual se sirve de la ley, esto es, consecuencia jurídica del principio nullun crimen sine lege, el cual exige que toda conducta delictiva debe constar como delito en la ley penal para ser considerada como tal. Además, señala que,

para llamar delito a cierta conducta, la ley debe obligatoriamente imponer una pena, lo cual va de la mano con el principio de nullum pena sine lege, el cual impone de igual manera que toda pena debe constar en la ley penal con su debido presupuesto de hecho. En conclusión, para que una conducta humana sea considerada como delito, debe estrictamente respetar el principio de nullum crimen, nullum pena, sine lege.

Por otro lado, el abogado litigante y catedrático Felipe Rodríguez, habla sobre la complejidad que conlleva la configuración del delito, en los siguientes términos:

Hablar de delito significa mucho más que la mera descripción de una conducta, por cuanto, para que una conducta sea delito, debe cumplir la unión seriada de instituciones que consiguen que tal o cual conducta pueda ser denominada como tal. (Rodríguez Moreno, Curso de Derecho Penal, Parte General, Teoría del Delito, 2020, pág. 36)

En este sentido, la definición que nos brinda Rodríguez, si bien es cierto a prima facie podría confundirnos, no es menos cierto que su espíritu abarca una cierta realidad, pues, el delito es la suma de ciertos presupuestos que deben concurrir de forma ordenada para que pueda configurarse. Es así que, el delito inicia con una conducta (acción u omisión), la misma que debe estar tipificada en la ley (típica), esta conducta debe lesionar o amenazar bienes jurídicos relevantes para una comunidad; (antijuridicidad); además, la persona que adecua su conducta al tipo penal debe tener la capacidad absoluta para comprender la ilicitud de su actuar (culpabilidad); y, finalmente la confluencia de todos estos presupuestos debe tener como resultado la imposición de una pena (punible). En definitiva, tal como lo conceptúa la doctrina, el delito es la conducta, típica, antijurídica y culpable, que tiene como consecuencia jurídica la punibilidad de la misma, esto es, la sanción de carácter penal.

#### **4.1.5. Funcionalismo**

El funcionalismo tiene su punto de partida en las teorías sociológicas planteadas por Niklas Luhmann quien sostiene que la base de toda ciencia social que estudie a la sociedad es comunicar:

No existe la comunicación de conciencia a conciencia y no existe ninguna comunicación entre el individuo y la sociedad. Si se quiere comprender con

suficiente precisión la comunicación, es necesario excluir tales posibilidades (aun la que consiste en concebir la sociedad como un espíritu colectivo). Solamente una conciencia puede pensar (pero no puede pensar con pensamientos propios dentro de otra conciencia) solamente la sociedad puede comunicar. Y en los dos casos se trata de operaciones propias de un sistema operacionalmente cerrado, determinado por la estructura. (Luhmann, Teoría de Sistemas y Derecho Penal, fundamentos y posibilidad de aplicación, 2007, pág. 104)

En este orden de ideas, partimos con la premisa de que la comunicación es el elemento vital para esta teoría, como lo es de igual forma para el Derecho y la sociedad per se. Por ello, es válido preguntarse ¿Por qué la comunicación es elemento clave para el funcionalismo? Porque la sociedad expresa sus necesidades a partir de la comunicación, en este sentido, es inconcebible la existencia de la sociedad sin comunicación alguna. Ahora bien, para esta teoría, la sociedad no es la suma de sujetos que la integran, sino, el sistema mediante el cual se transmite las referidas comunicaciones. Las mencionadas comunicaciones se ven reflejados tanto en actos como en expectativas que la sociedad mantiene frente a sus semejantes.

Bajo esta línea de ideas, es necesario nuevamente citar a Luhmann a efectos de poder distinguir entre expectativas cognitivas o meramente sociales y las normativas: “Las expectativas cognitivas implican una preparación para aprender de la decepción, en contraste, las expectativas normativas significan rehusarse a aprender en caso de ser decepcionadas”. (Luhmann, La Paradoja de los Derechos Humanos, 2014, pág. 21).

Las expectativas cognitivas son aquellas que no causan una mayor relevancia social dentro de una comunidad, basta con aceptar o no la defraudación cometida, quedando al arbitrio de la persona aprender de la mencionada defraudación a futuro. Mientras que las expectativas normativas son aquellas donde la defraudación cometida no se mitiga con una simple aceptación o no, al contrario, necesita de la intervención de los órganos de control formal para poder mitigar la situación, porque dicha acción es intolerable en la sociedad, ya que, lo que realmente cobra relevancia es el acto comunicativo de esta defraudación, pues la defraudación realizada expresa que se desea cambiar la forma en que se desarrolla el mundo desde la perspectiva del defraudador.

En similar criterio, Polaino-Orts, manifiesta que “Sociedad es comunicación. Es decir, la sociedad se compone de comunicaciones, de expresiones de sentido con relevancia comunicativa. La comunicación es el mecanismo autopoiético u operación específica de los sistemas sociales” (Polaino-Orts, *Funcionalismo Normativo*, 2014, pág. 49)

Nuevamente se vuelve a reafirmar que la función principal de los sistemas sociales es comunicar, por cuanto, este se convierte en el factor imprescindible para la subsistencia de estos. No obstante, el citado autor, menciona la palabra “autopoiético”, término relacionado con la biología y que resulta idóneo para explicar la sociedad funcionalista. En biología la autopoiesis se refiere a la capacidad de auto reproducción de una célula, en este sentido, dentro del ámbito social, Polaino nos explica que las expectativas sociales como intrínseca de la comunicación se producen, reproducen, regeneran y sustituyen en la misma sociedad, Por la tanto, el sistema es auto suficiente para poder subsistir siempre y cuando la comunicación este presente.

Por su parte, y en un sentido totalmente diferente Malinowski, sostenía que “El Funcionalismo se basa en la idea de que cada uno de los componentes e instituciones sociales se relacionan entre sí dentro de un sistema en el que cada uno tiene una función” (Malinowsky, 1939, pág. 938).

A este tipo de funcionalismo se lo conoció como absoluto, por cuanto, tenía su fundamento en que, cada una de las costumbres, ideas, instituciones, objetos materiales, rituales y creencias (cultura) forman parte indispensable de una totalidad orgánica, en el desempeño de la función comunicativa de una sociedad. De esta manera se opone al postulado de Luhmann (2007) consistente en que únicamente la sociedad puede comunicar; afirmando que cada uno de esos elementos son el fundamento de la integración de la sociedad, ya que, en su conjunto, establecen una identidad cultural

#### ***4.1.6. Funcionalismo normativo***

El Funcionalismo Normativo es la teoría del Derecho Penal que ha sido desarrollada a partir de los postulados de Luhman abarcados anteriormente en la presente investigación, por lo tanto, se deslinda de ser una teoría meramente dogmática por cuanto estudia una realidad palpable de la sociedad. Su precursor fue el catedrático de la Universidad de Bonn, Gunter Jakobs, quien la definió de la siguiente manera: “aquella

teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”. (Jakobs G. , ZStw, 1995, pág. 843)

Al respecto, Jakobs, refiere como identidad normativa al conjunto de expectativas sobre el comportamiento que debe mantener una sociedad, las cuales deben estar asentadas o postuladas en la constitución y demás normas jurídicas con el fin de alcanzar la armonía social.

En similar criterio, Polaino Navarrete, sostiene que el: “El funcionalismo normativo le atribuye a la norma un rol de indicador social de expectativas sociales y por lo tanto un conglomerado de garantías ciudadanas” (Polaino-Orts, Funcionalismo Normativo, 2014, pág. 73).

Como se puede evidenciar, Polaino, asignan a la norma, la manifestación de expectativas sociales en una determinada sociedad, por cuanto la ley es la expresión de la voluntad soberana, que tiene como fin la convivencia social. En este sentido, si la norma es cumplida, se percibe como una verdadera caución de que la sociedad cumple con las expectativas impuestas por sus semejantes, lo cual genera seguridad jurídica.

Bajo esta misma línea argumentativa pero abarcada desde otra óptica, Alonso Salazar, señala que:

El funcionalismo normativo parte de una idea básica de que lo realmente interesante desde el punto de vista jurídico penal, no es la afectación de lo que la teoría dominante llama “bienes jurídicos”, sino, más bien trata de delimitar lo que es un comportamiento socialmente adecuado o inadecuado. (Salazar , 2016, pág. 4)

Lo aseverado por este autor, es acertado con la teoría planteado por Jakobs por cuanto, el funcionalismo normativo se aleja de la clásica concepción sobre que el Derecho Penal funge como protector de bienes jurídicos, al contrario, el funcionalismo normativo sostiene que el Derecho Penal interviene una vez se han lesionado los mencionados bienes jurídicos; es así que, esta teoría tiene como fin reafirmar las expectativas de una sociedad.

Por su parte y en un sentido diferente, Roxin considerado como funcionalista moderado explica que “la estructura del delito en el funcionalismo debe ir encaminado hacia un propósito, en el que no puede separarse de la política criminal, del Estado con la

Constitución y el bloque de constitucionalidad que ella integra y en tal caso ningún principio debería ir en contra de esta.” (Roxin, Derecho Penal Parte General, 2008, pág. 73)

En este sentido, Roxin, pretende complementar la estructura clásica de la teoría del delito, es decir, acción, típica, antijurídica y culpable en función de fines político-criminales y añadiendo una dimensión garantista. De esta manera, Roxin busca la unidad sistemática del Derecho Penal con las valoraciones político-criminales, hecho que se ve reflejado precisamente en la pena y sus fines, pues, este autor no descarta su carácter preventivo y plantea sustituciones a la pena privativa de libertad en aplicación del principio de ultima ratio, como también, en la imputación objetiva al momento de excluir de responsabilidad penal al agente productor de un resultado no protegido por la norma penal. Ahora bien, en este punto, es válido recalcar que no existe contradicción entre el funcionalismo planteado por Jakobs y el garantismo penal como ha sido alegado por una gran parte de juristas como Ferrajoli<sup>1</sup>, al contrario, la identidad normativa de una sociedad se ve plasmada en estricto cumplimiento de los principios constitucionales, tema al que me referiré a profundidad en el marco doctrinario.

#### ***4.1.7. Nexo causal***

El afamado nexo causal es un presupuesto normativo relacionado con varias ramas del Derecho como lo son el civil, penal y administrativo, el cual consiste de forma muy genérica en la fórmula causa-efecto, no obstante, en la presente investigación corresponde el estudio de esta institución jurídica dentro del ámbito penal. Es así que, a criterio de Héctor Patiño, por nexo causal “se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado” (Patiño, 2008, pág. 193)

En este sentido, este autor nos manifiesta que el nexo causal radica en el hilo conductor que debe existir entre la conducta creadora del perjuicio y efectivamente el agravio ocasionado a raíz de esa conducta, es decir, causa y efecto, entendiendo a la causa como el origen productor de un suceso y al efecto como consecuencia directa de este.

Asimismo, Esparza nos refiere que el nexo causal supone: “La existencia de una relación de causalidad o nexo causal entre la actividad de un sujeto (activa u omisiva) y

---

<sup>1</sup> Luigi Ferrjoli en Derechos y Garantías

el resultado dañoso ha constituido tradicionalmente una exigencia ineludible para el nacimiento de la responsabilidad.” (Pastrana, 2018, pág. 73)

Al respecto, Esparza sostiene que, imperiosamente se debe demostrar la correspondencia del sujeto creador de una conducta lesiva como efecto directo de la consumación del daño ocasionado para poder determinar una responsabilidad penal, sin tomar en cuenta que ésta conlleva un problema más complejo que engloba la subjetividad de la conducta.

En consonancia con los autores antes citados, Navarrete Frías, explica respecto al nexo causal:

“que el daño debe ser efecto o resultado de aquella actuación. Para que exista esa relación de causalidad, el hecho o actuación debe ser actual o próximo, debe ser determinante del daño y debe ser apto o idóneo para causar dicho daño.” (Navarrete, 2009, pág. 340)

Navarrete coincide en que el perjuicio ocasionado debe estar directamente relacionado con la conducta generada por determinada persona; y, además, fija a dicha conducta un ámbito de temporalidad, es decir, la conducta debe generar efectos inmediatos o mediatos. Finalmente, el acto generador debe contener una buena disposición o suficiencia para provocar el daño (apta o idónea).

Por su parte, Eberhad Struense, nos brinda una definición muy completa, argumentando que:

El nexo causal permite la atribución jurídica del daño, en tanto, una vez establecida la causa se atribuyen jurídicamente los daños al agente causante, y, acto seguido, es palmario analizar el fundamento, si dicho agente actuó con culpa o dolo, si la inclinación a seguir se levanta en el régimen de responsabilidad subjetiva o la simple realización del riesgo es suficiente para endilgar responsabilidad, bajo la óptica de un régimen objetivo. (Struensee, 2010, pág. 768)

A diferencia de los tres autores antes citados, Struense, de forma acertada va más allá de la descripción común de nexo causal y abarca el elemento subjetivo de la conducta generadora del daño, analizando si el sujeto (creador de la conducta) ha actuado con dolo



o culpa, para posteriormente poder o no, imputarle el resultado lesivo que se ha desprendido como consecuencia de su actuar (nexo causal), pues, en Derecho Penal, existen las causales de exclusión (de la conducta, antijuridicidad, culpabilidad) las cuales, como su nombre lo indica, excluyen la responsabilidad penal.

#### ***4.1.8. Imputación***

Para inaugurar este apartado, es preciso citar la definición de Paul Ricoeur, quien lo hace partiendo desde el punto más básico: “Imputar es atribuir a alguien una acción reprochable, una falta y, por ende, una acción confrontada y previa a una obligación o una prohibición que esta acción infringe.” (Ricoeur, 1990, pág. 51). De esta definición, podemos colegir que, la imputación se va gestando paso a paso, es así que, primeramente, para realizar una imputación, es necesario que determinada persona realice una acción prohibida por la ley; una vez realizada dicha conducta, el aparataje estatal aparece para reprochar el actuar desalineado con el ordenamiento jurídico; y ese reproche consiste en la imputación, es decir, asignarle el cometimiento de cierta conducta proscrita por la ley.

En similar sentido, Julio Maier, conceptualiza a la imputación de la siguiente manera: “imputar es un hecho que significa recriminarlo con todas sus circunstancias y elementos tanto materiales como normativos, físicos o psíquicos” (Maier, 1989, pág. 336)

Maier al igual que Ricour, parten de la premisa que la imputación consiste en el acto de reprochar una conducta, en ese sentido, el reproche no es más que asignar a un sujeto el papel participativo que tiene un hecho que se le endosa, para lo cual, el ente imputador, debe asistirse de elementos normativos que se traduce en la adecuación de la conducta al tipo y materiales respecto a los indicios físicos que verifiquen el cometimiento de un acto prohibitivo por la ley.

Por su parte Francisco Carrara, afirma que la imputación: “es un acto práctico de la autoridad, mediante el cual, previendo la posibilidad de una acción humana la declara imputable como delito a su autor por razones de convivencia social” (Betancourt, 1988, pág. 35).

La definición de Carrara destaca de las anteriormente citadas, por cuanto delimita algo muy básico que los demás autores no lo hacen, y es el hecho, que la imputación es el acto de reproche a una conducta humana, y agrega que la misma es realizada por un

órgano que ostenta el poder público. Esta conducta humana imperiosamente debe transgredir el orden y el bienestar social para que la autoridad pública pueda reprochársela, caso contrario, no existiría fundamento alguno para recriminar un acto.

Finalmente, Giovanni Leone, en la misma línea argumentativa sostiene que: “la imputación es la atribución y recriminar a una persona de un hecho determinado que constituye delito” (Leone, 1963, pág. 256)

Los cuatro autores antes citados, han vertido sus conceptos a través de dos palabras claves: atribución y recriminación. La atribución ha quedado detallada en líneas anteriores, mientras el reproche, refieren los autores que esto consiste en la facultad de realizar un juicio de reproche a la persona a quien se le exige cierto comportamiento, empero, para la reprochabilidad, no es suficiente el simple cometimiento de una conducta prohibida por la ley, sino, necesita que el sujeto imputado posea la capacidad para entender la ilicitud de su comportamiento, ya que, esta es la única manera de exigir su conducta apegada a Derecho.

#### ***4.1.9. Tipo penal***

El tipo penal a lo largo de la historia ha sido objeto de estudio por la dogmática penal debido a la importancia que tiene cada uno de sus elementos en la determinación de la responsabilidad penal. En este sentido, doctrinarios de la talla de Zaffaroni lo han definido de la siguiente manera: “El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes.” (Zaffaroni, 2006, pág. 101)

Zaffaroni inicia su definición, señalando que el tipo penal es una institución jurídica por cuanto esta contenido dentro de una ley y forma parte de la norma penal, asimismo afirma que es necesaria, pues, los tipos penales describen las conductas que la sociedad cataloga como lesivas, ergo, merecen una pena, además agrega que, los tipos penales deben describir sustancialmente (no detalladamente) la conducta penalmente relevante a efectos de individualizar que hecho constituye un delito, lo cual tiene correspondencia con el principio de taxatividad en materia penal.

Por su parte, Fernández Carrasquilla, nos brinda un concepto más completo y con matices diferentes al dado por Zaffaroni:

El tipo penal no es propiamente un contenido o una parte del contenido del delito, sino un continente técnico formal de la conducta antijurídica amenazada con pena criminal y está formado por la conducta en la integridad de sus elementos objetivos y subjetivos. El contenido es la conducta lesiva y el tipo es un expediente técnico del legislador penal para satisfacer la exigencia político-criminal y constitucional de estricta y previa legalidad de infracciones y sanciones penales. (Arnanque, 2012, pág. 36)

En este sentido, el autor nos refiere que tipo penal constituye la descripción técnica del ilícito penal, misma que tiene dos dimensiones: objetiva y subjetiva. El tipo objetivo consiste la gramática normativa del delito, como lo es su verbo rector, complemento, sanción, etc. Mientras que, por su parte, el elemento subjetivo consiste en la parte psíquica del sujeto que realiza la acción, es decir, el dolo o la culpa. Fernández, finaliza recalando que el tipo penal obedece a la exigencia de que las conductas delictivas y su pena debe estar debidamente tipificadas en la ley. (principio de legalidad y tipicidad).

En un sentido diferente Barbosa Castillo sostiene que los tipos penales deben describir de forma exhaustiva la conducta delictiva:

El tipo penal debe de describir la conducta reprochable de la manera más precisa, detallada y clara posible, se da por entendido que ello supone el empleo de una fórmula gramatical que contenga uno o varios verbos delimitadores de la conducta, uno o varios sujetos que la ejecuten, y algo sobre lo que recaiga la misma (oración completa con sujeto, verbo y predicado). De allí que ordinariamente se les asigna a los componentes gramaticales de la descripción típica la calidad de “elementos” del tipo penal, situación que no es compartida hoy por la doctrina. (Barbosa, 2011, pág. 217)

A diferencia de Zaffaroni, Barbosa, argumenta que los tipos penales deben estar descritos de forma detallada e inteligible, de tal manera que, se describan de forma explícita y minuciosa los elementos objetivos del tipo, hecho que, parte de la doctrina difiere de lo aseverado por el autor, por cuanto, es imposible que el legislador prevea de

forma íntegra la complejidad de ciertas modalidades delictuales, por tal razón es que existen los tipos penales en blanco, Más bien, el tipo penal debe contener de forma abstracta la descripción de cada uno de los elementos del tipo, ya sea forma explícita o razonablemente implícita, todo esto a efectos de que cualquier tipo de modalidad delictual quede subsumida al tipo penal.

Para finalizar este apartado, me permito citar al maestro Muñoz Conde, quien de forma muy concisa define al tipo penal en los siguientes términos: “Tipo es por tanto, la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de una norma penal” (Muñoz Conde, 2015, pág. 216)

De lo anotado, podemos colegir que Muñoz Conde se maneja bajo similares postulados que los anteriores autores, no obstante, con esa conceptualización este autor pretende explicar la triple función del tipo penal: selección, garantía, motivación. La función seleccionadora, por cuanto el tipo selecciona que conducta comporta un accionar penalmente relevante; función de garantía, pues, solo los comportamientos subsumibles al tipo son merecedores de una pena y finalmente una función motivadora, vinculado con los fines de la pena, ya que, a criterio de este autor, con la sola descripción del tipo, la sociedad en general se abstendrá de realizar conductas proscritas por la ley penal.

#### ***4.1.10. Víctima***

Finalmente, abarcaremos los conceptos de víctima dentro del Derecho Penal, pues, es un tema que a prima facie no aparenta mayor controversia, no obstante, actualmente existe una pugna entre juristas que considera que la víctima del Derecho Penal no es la persona que ha sido transgredida de sus bienes jurídicos, sino, la sociedad en si, por cuanto el delito es una acción tendiente a desestabilizar la identidad normativa de una comunidad determinada. Controversia que no será analizada en este apartado, pues, no es objeto del presente trabajo investigativo, simplemente referiré los conceptos genéricos de víctima para el cumplimiento de los objetivos planteados. Al respecto, Henry Pratt Farchild, define a la víctima de la siguiente manera: “Víctima sería la persona sobre quien recae la acción criminal o sufre en sí misma, en sus bienes o en sus derechos, las consecuencias nocivas de dicha acción.” (Fairchild, 1980, pág. 311)

Este autor, nos manifiesta como punto de partida que víctima es aquel ser humano en quien recae la acción criminal, hecho que es bastante debatible, pues en los delitos

contra la propiedad, la acción recae sobre los bienes de una persona, los cuales no son titulares de bienes jurídicos, sino, el individuo que ostenta su propiedad. Además, víctima no es solo el ser humano o persona, sino, el sujeto dotado de derechos, como lo podría ser la naturaleza. En definitiva, podríamos concluir que la definición dada por Pratt, es por lo menos imprecisa.

En un sentido similar, Hoyo Sierra, se refiere a las víctimas como: “las personas que han sido lesionadas objetivamente en alguno de sus bienes jurídicamente protegidos, y que experimentan subjetivamente el daño con malestar y dolor.” (Hoyo , 2004, pág. 142)

Hoyo Sierra replica la falacia de Pratt, no obstante, acierta (para la teoría clásica) en el sentido que víctima es quien ha sido ultrajado de sus bienes jurídicos de forma objetiva y sufre las consecuencias físicas o psicológicas como resultado a la transgresión de los mismos. Ahora bien, los bienes jurídicos, consisten en aquellos intereses o condiciones mínimas que deben respetarse para el desarrollo de los individuos en una sociedad.

Por su parte, Stanciu, sostiene que: “La víctima es un ser que sufre de una manera injusta, aclarando que lo injusto no es necesariamente ilegal.” (Mendelson, 2009, pág. 166)

A diferencia de los citados autores, Stanciu, apunta a un concepto más filosófico, pues si bien, de forma apropiada con nuestro paradigma constitucional, amplía el concepto de víctima a un “ser”, ( tomando en cuenta que la naturaleza tiene reconocimiento de derechos y por ende, es titular de bienes jurídicos) desatina, al momento de considerar víctima al “ser” de una injusticia que no precisamente es ilegal, ya que, esta se escapa del ámbito penal, por cuanto, para que la víctima sea considerada como tal en esta rama del Derecho público, debe imperiosamente haberse transgredido en primer lugar la norma penal.

Hilda Marchiori, a diferencia de los autores antes citados, rompe paradigmas y sostiene que la víctima no siempre es víctima:

Se comienza hablar de la víctima del delito a partir de 1946, de la necesidad de conocer la relación entre delincuente y la víctima, y a plantear que no todas las

víctimas son inocentes en la dinámica, modos y circunstancias del hecho delictivo.  
(Marchori, 2006, pág. 15)

De esta acepción, se destaca la precisa aseveración que la víctima en ciertas circunstancias y condiciones abandona su papel de tal en el momento que ésta ha decidido conscientemente incorporarse a un contexto en el que la seguridad de sus intereses no se encuentra garantizada, sin necesariamente consentir en la lesión de sus bienes jurídicos. Este planteamiento ha sido motivo del presente proyecto investigativo, por lo cual, se desarrollará en el marco doctrinario.

## **4.2 Marco doctrinario**

### ***4.2.1 Teoría general del delito***

El presente trabajo de investigación tiene como uno de sus objetivos específicos, incorporar dentro del ordenamiento jurídico dos causas de exclusión de la imputación objetiva, esto es, auto puesta en peligro de la víctima y consentimiento de esta; para lo cual es necesario ejecutar un estudio de la teoría general de delito, ya que, analizando minuciosamente cada una de sus categorías dogmáticas, se determinará la procedencia de incorporación dentro de la prenombrada Teoría, como también, la sección en la cual deben ser añadidas.

La Teoría General del Delito ha ido variando conforme las corrientes penales imperantes en la época, es así que, para Franz Von Liszt (1999) -padre del causalismo-, quien consideraba a la acción como un movimiento físico que genera una modificación en el mundo exterior- el delito posee elementos objetivos y subjetivos, siendo estos, la tipicidad y la antijuridicidad como objetivos y la culpabilidad como subjetivos, por ello, la intencionalidad del autor (subjetividad), es decir, el dolo o la culpa, formaban parte del análisis de la culpabilidad. No obstante, es Wetzel (1964) -padre del Finalismo- que fiel a su concepto de conducta, ubica al dolo y la culpa en la categoría de la tipicidad, puesto que, la teoría desarrollada por este sostiene que la acción humana siempre esta investida de un fin o intención, por tanto, comporta un elemento subjetivo. Todas estas corrientes penales y el estudio de sus singularidades son tratados a profundidad más adelante en el presente capítulo.

Ahora bien, esta teoría dogmática, tal como su nombre lo indica, se basa en la identificación de los elementos necesarios que deben concurrir para que una conducta humana sea merecedora de una consecuencia jurídica de carácter penal. En líneas anteriores se realizó un análisis somero del delito en sí, no obstante, en el presente capítulo se detallará cada una de sus categorías y la conceptualización del delito dentro de esta teoría.

En este orden de ideas, delito significa mucho más que la simple transgresión de la ley que el propio Estado ha creado con el fin de proteger sus intereses, por cuanto, para la dogmática, el delito es la concurrencia de una serie de características o presupuestos que deben presentarse al momento de catalogar una conducta como tal. Estas características constituyen el primer desafío de la Teoría General del Delito, pues, las categorías que de ella se desprendan deben ser comunes a todos los delitos (es decir los delitos parten de esta base y luego se diferencian por sus elementos autónomos), es así que, sin más dilación, expresaré a continuación los elementos dogmáticos del delito: Conducta, Típica, Antijurídica, Culpable y Punible.

Las categorías antes detalladas, tienen un génesis netamente dogmático a partir de una doble perspectiva jurídica penal, la cual responde a: el juicio de desvalor que recae sobre la conducta y el juicio de desvalor que recae sobre el autor. Al primer juicio le pertenece los elementos de conducta, típica y antijurídica por cuanto se califica la desaprobación del acto u omisión delictiva, mientras que, al segundo juicio, le pertenece la culpabilidad, ya que, a este apartado le corresponde reprochar el cometimiento de esa conducta, sea acción u omisión, a un determinado autor.

Felipe Rodríguez, tan acertado como de costumbre, ejemplifica las mentadas categorías, de forma muy didáctica a través de una pirámide, pues, a palabras del autor: “los elementos del delito se organizan en una pirámide, ya que, uno sostiene al otro. (Rodríguez Moreno, Curso de Derecho Penal, Parte General, Teoría del Delito, 2020, pág. 36). Es decir, la conducta (como primer elemento) es la base de la pirámide, sin ella, el estudio de los demás elementos sería absurdo, pues, el delito parte de una acción u omisión humana; en este sentido, si suprimimos esta, no existe teoría que desarrollar. Una vez verificado que estamos frente a una conducta humana, podemos ascender al próximo escalón, denominado tipicidad, donde deberemos constatar que esa conducta humana esta

descrita en la ley penal; y, así sucesivamente con la antijuridicidad y la culpabilidad. La confluencia de todos estos elementos da como resultado el delito.

Por todo lo antes expresado, una vez enunciado el origen y las categorías que forman parte de la Teoría General del Delito es menester desarrollar argumentativamente cada una de ellas, para lo cual, iniciaré con la base de todo delito: la conducta.

#### **4.2.1.1 Conducta.**

La conducta, como se lo ha venido enunciado en líneas anteriores, constituye el cimiento de las demás categorías donde se erige la Teoría General del Delito, pues, sin conducta no se puede avanzar al análisis de las demás categorías, por ello, los elementos del delito han sido organizados de forma escalonada, es decir, una vez verificada una conducta, se puede examinar si esa conducta es típica (está tipificada en la ley) y así sucesivamente hasta llegar a la cúspide de la culpabilidad.

Ahora bien, doctrinariamente a esta categoría se la ha llamado como acto, no obstante, esta definición es imprecisa, ya que, la conducta humana puede reflejarse a través de un acto u omisión, por tal motivo, el término conducta es la denominación acertada.

Entonces, tenemos que, la conducta en su expresión de acto ha sido tema de discusión por varios filósofos y doctrinarios, al respecto Hegel ha manifestado que: “como fin ubicado en la exterioridad es entregado a merced de las fuerzas externas esto es, la imagen que tiene por animo el fin de la acción.” (Hegel, 1968, pág. 120). La postura del renombrado autor acarrea una serie de problemas jurídicos, por cuanto, la distinción entre dolo o culpa no existiría, pues, para Hegel, la acción es la exteriorización de la voluntad moral, por lo tanto, la conducta supone el ejercicio de la voluntad subjetiva propia de una persona. En definitiva, esta definición no aporta a la diferenciación entre consciencia y voluntad, los cuales fungen como elementos imprescindibles para la imputación objetiva. En este punto, es menester recalcar que la conciencia refleja un conocimiento previo de lo que se va a realizar, mientras que la voluntad, denota únicamente deseo o finalidad específica.

Por su parte, la teoría causalista, fiel a sus principios, parte con la definición que la acción no es nada más que cualquier manifestación externa de la voluntad, sea está



consciente o inconsciente, que provoque algún efecto en el mundo exterior. Esto, sin temor a errar, es una aberración, pues el causalismo además de presuponer la voluntad del autor, la desprende de toda valoración, pues, no cobra relevancia alguna si la acción se realiza de forma consciente o no, importando únicamente el resultado, es decir, causa y efecto. Los problemas que acarrea esta definición de acción se circunscribían en tres puntuales problemas. Respecto al primero, toda acción que lesione bienes jurídicos era constitutiva de sanción, por lo tanto, acción y culpabilidad iban de la mano. Segundo, solo las acciones que acarrearán resultado eran merecedoras de sanción, quedando impunes los delitos de mera actividad; y, finalmente, no existen delitos en grado de tentativa, pues, solo se pena el resultado.

Por su parte el funcionalismo moderado, de forma acertada, se opone a este concepto y explica que la acción: “es una conducta humana significativa en el mundo exterior, conforme a una imputación de un suceso a alguien como resultado de la valoración del contenido de su conducta” (Roxin, Derecho Penal, Parte General, 1997, pág. 194 ). En este sentido, el funcionalismo rompe esquemas, pues, se aparta del concepto típico de acto (voluntad, causalidad o finalidad), y de manera brillante incluye la valoración de la conducta, la cual es producto de un análisis individual y psicológico del autor del acto, no obstante, al incluir estas valoraciones no estamos adelantado al juicio de desaprobación de la conducta, es decir, la antijuridicidad, por ello, Jackobs<sup>2</sup> aclara que la conducta en sí, no es más que un acto comunicacional del autor donde refleja su grado de identificación con las normas vigentes. En este punto es válido recalcar al lector, que la acción por sí sola no refleja voluntad ni conciencia, hecho, que usted lo puede notar con las diversas actividades que realiza de un modo inconsciente y rutinario, como lo es, caminar, por lo tanto, el acto toma relevancia cuando altera el mundo exterior.

A criterio del presente autor, todas estas teorías han contribuido a la dilucidar la definición de acto, si bien algunas lo abarcan desde un sentido amplio, es decir, la acción en estricto sentido, por su parte, otras, lo vinculan con el tema netamente penal, es así que, una apreciación personal respecto al acto, es que este consiste en cualquier enervación o movimiento perceptible sensorialmente, mismo que, toma relevancia penal cuando lesiona o amenaza bienes jurídicos, sin que esto último implique culpabilidad.

---

<sup>2</sup> Jakobs, Gunter, La imputación objetiva en el Derecho Penal, 1997, pág. 24.

Por otro lado, a diferencia de lo que comúnmente se cree, la conducta omisiva (omisión) no consiste en no hacer nada, sino, todo lo contrario, la omisión consiste en la conducta de no hacer algo que debió realizarse, es decir que, se esperaba cierto acto de determinado sujeto, no obstante, no lo hizo, ergo, la omitió.

Para que esta omisión sea penalmente relevante, el sujeto activo debe estar obligado por ley al cumplimiento de ciertos actos y efectivamente poder realizarlo. En definitiva, se pena por el incumplimiento de un deber (mandato legal). Este deber puede ser genérico cuando el llamado al cumplimiento es cualquier persona, como en el caso de maltrato o muerte a mascotas o animales de compañía, o específico, cuando el deber recaiga en cierto sujeto donde se exija cierta calidad (omisión de denuncia).

Ahora bien, doctrinariamente, se ha dividido en dos clases los tipos de omisión, esto es, omisión propia e impropia.

La omisión propia consiste en realizar la conducta omisiva delictiva descrita en la ley penal. Esta omisión se caracteriza por cuanto, es necesario que en el tipo penal que supuestamente se vulnera debe constar la palabra “el que omita”, por ello se aludió en líneas anteriores que la omisión propia consiste en adecuar la conducta a la descripción de un tipo penal con modalidad omisiva.

En términos de Francisco Muñoz Conde, la omisión propia consiste en: “no realizar una acción que se puede y debe realizar, y consta como tal en la norma” (Muñoz Conde, 2015, pág. 255)

En definitiva, si la descripción de la conducta delictiva implica una omisión de actuación, estamos frente a una omisión propia.

Mientras que, por su parte la omisión impropia o también conocida como comisión por omisión se caracteriza porque la conducta omisiva infringe el deber de garante, lo cual denota, que serán responsables por omisión impropia únicamente aquellas personas en condición de garante, ya sea por mandato legal o en su defecto contractual (enfermera, guardia, etc.). Asimismo, para el cometimiento de este tipo de infracciones, no es necesario que el tipo penal describa la modalidad omisiva de la conducta, ya que, se responde por el resultado creado a partir de su no actuar; y, no por la transgresión pormenorizada del tipo penal.

Ejemplificando lo antes dicho, se contrata a una enfermera para que realice los cuidados paliativos de un paciente, el cual debe imperiosamente ser inculado con cierto medicamento cada ocho horas para asegurar su vida; la enfermera con entero conocimiento de la relevancia de inyectar a su paciente, decide no realizarlo, ergo, este último muere. La enfermera es responsable penalmente por el delito de homicidio. Como se puede evidenciar del ejemplo antes citado, la enfermera responderá por el delito de homicidio, que, si bien es cierto, este no prevé taxativamente la modalidad omisiva, no es menos que, se la sanciona por el resultado de su no actuar, es decir, la muerte de su paciente.

Al respecto, Francisco Muñoz Conde, sostiene sobre la omisión impropia o comisión por omisión lo siguiente: “El delito realizado por comisión por omisión es un delito por resultado, por lo que el resultado producido debe ser conectado causalmente e imputado objetivamente” (Muñoz Conde, 2015, pág. 219)

En definitiva, la omisión impropia (comisión por omisión) es aquella figura jurídica que permite la imputación objetiva de cierto autor por el resultado causado a raíz de su carente accionar, cuando este tiene un deber de garante respecto a la víctima del ilícito.

#### **4.2.1.2 Tipicidad.**

Verificada una vez la conducta humana, sea en su modalidad de acción u omisión, podemos avanzar al siguiente peldaño para la configuración del delito, esto es, la tipicidad.

La tipicidad de forma muy escueta se la puede definir como la adecuación de la conducta humana a la descripción de un tipo penal (a esto se le llama subsumibilidad). Como se puede colegir de lo antes expresado, para entender el concepto de tipicidad imperiosamente debemos hablar a la par de conducta típica y tipo penal.

Es así que, cuando se habla de conducta típica, nos referimos puntualmente a que una acción u omisión está debidamente tipificada por la ley penal y por ende tiene como consecuencia jurídica una sanción, mientras que, al hablar de tipo penal se hace alusión a la descripción de la conducta prohibitiva realizada por el legislador en la norma penal. Esto último no quiere decir que, el legislador tiene la obligación de describir con exactitud

la conducta punible, al contrario, debe detallar los elementos comunes y en abstracto del delito, ya que, la diversidad de modalidades delictivas no permitiría una descripción pormenorizada de cada una de ellas.

En este sentido, el tipo penal cumple con tres funciones:

- **Seleccionadora:** Por cuanto el legislador al momento de tipificar una conducta debe verificar si esta es susceptible de sanción penal, con estricto respeto de los principios generales del Derecho Penal, esto es, subsidiariedad, fragmentariedad y ultima ratio.
- **Garantía:** Ya que, el poder punitivo del Estado será aplicado únicamente cuando la conducta realizada por una persona se subsuma a los presupuestos aplicables previsto en el tipo penal.
- **Motivadora:** En referencia a la prevención general positiva, pues, la simple tipificación de la conducta genera un efecto de abstención de realización de las conductas punitivas.

Ahora bien, el tipo penal, a más de cumplir con estas funciones, coadyuba a la materialización de los principios generales del Derecho Penal, pues, a través de este, se verifica el cumplimiento del principio de legalidad y taxatividad. Sobre este último, es válido precisar que, para que exista una adecuada descripción de la conducta delictiva, el tipo penal debe contener ciertos elementos básicos que son: Sujeto Activo, Sujeto Pasivo, bien jurídico protegido, verbo rector, complemento, elemento subjetivo, objeto que recae la acción, resultado, sanción; no obstante, debido a los objetivos del presente trabajo investigativo, se analizara aquellos elementos que se alineen con los fines previstos, esto es:

- **Sujeto Activo:** Se le denomina así a la persona (natural o jurídica) que ha intervenido de cualquier forma en la realización de un acto que esta descrito en la ley penal como delito. En puntuales delitos, el sujeto activo debe estar revestido de una cualidad en especial para que se configure el ilícito, como ser servidor público, policía nacional, abogado, etc.; a estos se los conoce como sujetos activos calificados; mientras que, cuando el tipo penal describe el compartimento de cualquier persona, es decir, no se

exige una cualidad en específico. se los conoce como sujetos activos innominados.

- **Sujeto pasivo:** Es aquella persona (natural o jurídica) titular del bien jurídico transgredido, quien no ha consentido en el acto antijurídico perpetrado en contra de este. En este punto es válido recalcar que sujeto pasivo y víctima no siempre son iguales, puesto que, el primero, recae en la persona titular del bien jurídico protegido y la víctima es aquel sujeto que ha sufrido daño físico o emocional en la perpetración de un ilícito. ¿Confuso? Mediante un ejemplo dilucidaré lo antes aseverado: María, labora cotidianamente como empleada doméstica en la mansión Burneo. Al momento de finalizar sus funciones es sorprendida por varios individuos, quienes sin que exista fuerza de por medio, le exigen que abra la puerta principal de la mansión, ella, ante el temor de que su integridad se vea comprometida, efectivamente lo realiza, ergo, roban varios aparatos electrónicos y dinero efectivo del señor Burneo. Con el ejemplo citado podemos evidenciar que el sujeto pasivo del delito fue el señor Burneo, puesto que los bienes muebles sustraídos eran de su propiedad, mientras que María es la víctima.
- **Bien jurídico protegido:** En términos de Felipe Rodríguez; “sin bien jurídico tutelado no puede existir delito” (Rodríguez Moreno, Curso de Derecho Penal, Parte General, Teoría del Delito, 2020, pág. 172). Por bien jurídico u objeto jurídico debemos entender aquellas condiciones (valores) mínimos que se deben garantizar para asegurar la convivencia de las personas, en este sentido, el tipo penal debe necesariamente (su razón de ser) resguardar o proteger alguna de esas condiciones (vida, integridad física y psicológica, naturaleza, etc.) mediante la descripción de una conducta prohibitiva, de tal manera que, la punibilidad de esta quede debidamente justificada. Ahora bien, es válido recalcar la existencia de delitos que protegen formalmente un solo bien jurídico, no obstante, cuando son transgredidos producen efectos (daños) en otros bienes jurídicos, a este tipo de ilícitos se los denomina delitos pluriofensivos.
- **Verbo Rector:** El verbo rector, tal como su nombre lo indica, es el verbo incondicional dentro de un tipo penal para que este se configure (matar, robar, sustraer, etc). No obstante, existen tipos penales donde su verbo

rector son sustantivos como en el caso de violación (acceso carnal). Su descripción lingüística debe realizarse en términos simplistas para el mayor entendimiento de la sociedad en general. Asimismo, existe multiplicad de delitos que están compuestos de varios verbos rectores, bastando la realización de uno de ellos para que se configure el ilícito penal. Ahora bien, el verbo rector siempre debe estar acompañado del complemento (caso contrario estaríamos frente a un tipo penal incompleto) puesto que, este constituye el acompañamiento normativo y descriptivo para que se configure el delito; ya que, éste describe en qué forma se ejecuta el verbo. La importancia del complemento es vital, pues el verbo rector se repite en algunos delitos; y, es precisamente este elemento que permite diferenciar el uno del otro, tal es el caso del secuestro y el secuestro extorsivo, ambos tienen como verbo rector el privar ilegalmente de la libertad a una persona, pero el complemento de éste último (obtener de la víctimas o terceras personas dinero...) hace posible la distinción entre estos dos delitos, por ello, el complemento tiene relevancia transcendental para la adecuación típica.

- Elemento subjetivo: Este hace alusión a la psiquis del autor, ya que determina la intencionalidad con la que fue cometida el delito. Esta intencionalidad tiene dos modalidades el dolo y la culpa, las cuales son excluyentes entre sí, es decir, si hay dolo no hay culpa y si hay culpa no hay dolo. El dolo presupone la existencia de conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo con el objeto de que se genere un daño previamente aceptado por el autor; mientras que, por su parte, la culpa es la transgresión al deber objetivo de cuidado (inobservancia, imprudencia, negligencia, impericia), por ello, lo que sanciona es la falta de previsibilidad y cuidado que se debe tener frente a la ejecución de una acción potencialmente lesiva; a diferencia del dolo que sanciona el conocimiento y la voluntad del resultado final.

Dentro del dolo, encontramos tres tipos de clases: dolo directo, indirecto y eventual. Respecto al primero, es la forma principal de dolo y consiste en la ejecución de una conducta que el autor desea que suceda (voluntad) y que previamente ha aceptado (conocimiento) el daño que ocasionara, y tiene la certeza de que así sucederá. Por su parte en el dolo indirecto, el

autor no desea un resultado en específico, pero tiene la certeza de que este sucederá, por lo tanto, acepta los efectos de su conducta prohibitiva. Finalmente, en el dolo eventual, el autor, al igual que en el dolo indirecto, no desea un resultado en específico, sin embargo, sabe que este puede ser posible, por ello, acepta su consumación en caso de que se produzca. El maestro Ernesto Alban Gómez, realiza la conceptualización tripartita del dolo de la siguiente forma:

Dolo directo: la persona desea el resultado que se presenta como consecuencia necesaria de su acto. (...) Dolo indirecto: esta clase de dolo ha sido admitida por algunos autores. Sería aquel en que el actor no desea un resultado, pero sabe que está inexorablemente unido al acto realizado por él. (...) Dolo eventual: en este caso la persona acepta resultado que se presenta no como consecuencia inevitable sino probable que su acto. (Albán Gomez, 2018, pág. 142)

Ejemplificando lo antes desarrollado, respecto de estos tipos de dolos, tenemos el caso de una persona que desea dar muerte únicamente a determinada celebridad, para lo cual implanta una bomba adhesiva en el automóvil de este. El famoso siempre está rodeado de su seguridad y casualmente pasa acompañado de su familia; al momento de consumarse el ilícito, el autor conoce tales circunstancias, no obstante, decide activar la bomba y con ello da muerte tanto a la celebridad, su seguridad, como a su familia. En el presente ejemplo, el autor responde por dolo directo con la celebridad que asesinó, por cuanto conocía y deseaba esa muerte, mientras que, se le imputa por dolo indirecto respecto a la seguridad, ya que, si bien no deseaba ese resultado, conocía que efectivamente iba a suceder. Finalmente, responde por dolo eventual con los familiares del famoso, puesto que, conocía sobre la eventual muerte que podría ocasionarse a estos en determinado escenario.

Respecto a la tipicidad, Enrique Orts, fino como de costumbre, refiere a la exactitud que debe presentarse en la adecuación del acto al tipo que: “De suerte que si la conducta realizada no reúne todas y cada una de las características, requisitos y elementos exigidos en la norma penal” (Orts Berenguer, 2004, pág. 73)

En definitiva, la tipicidad por todo lo antes analizado, implica una subsunción precisa de la conducta prohibitiva realizada con cada uno de los elementos del tipo, de tal manera, que se ajusten perfectamente, por ello, para que una conducta humana sea típica debe ser ejecutada de forma exacta, idéntica y textual con los elementos normativos y descriptivos que prevea el tipo penal.

#### **4.2.1.3 Antijuridicidad.**

De constatarse que la conducta humana se adecua exactamente a un tipo penal, podemos escalar al siguiente peldaño, el cual es, verificar si la acción u omisión generada es contraria a Derecho, es decir, es o no antijurídica.

La antijuridicidad en términos generales del Derecho manifiesta la contradicción de una conducta con el ordenamiento jurídico vigente, por ello, el referido término puede ser utilizado en diversas ramas del Derecho donde se haya transgredido alguna norma, no obstante, en la práctica, la antijuridicidad es empleada únicamente en el Derecho Penal.

Asimismo, en variados textos doctrinarios<sup>3</sup> se emplea la palabra injusto como símil de la antijuridicidad, sin embargo, ambos términos tienen una connotación diferente, pues, el injusto se utiliza cuando la conducta típica ya ha sido calificada como antijurídica, mientras que, la antijuridicidad refleja la cualidad de una acción a calificarse como contraria a Derecho.

El doctrinario Juan Bustos Ramírez, para conceptualizar la antijuridicidad hace referencia a la acostumbrada división doctrinal en dos dimensiones:

La antijuridicidad tiene un carácter material y formal y por consiguiente la afección a un bien jurídico y su imputación objetiva al hecho típico, resultan aspectos fundamentales y anteriores a resolver si existen o no causas de justificación. La antijuridicidad es más que una valoración puramente negativa, esto es, la no presencia de causas de justificación, luego necesariamente hay que partir considerando que hay una situación valorativa que es trascendente para el

---

<sup>3</sup> Manual del Derecho Penal Parte General de Eugenio Raúl Zaffaroni, 2004, Sociedad Anónima Editora Comercial; Derecho Penal Parte General de Francisco Muñoz Conde, 2015, Tirant o blanch.



conjunto del ordenamiento jurídico, cómo es la afección a un bien jurídico. (Bustos, 2005, pág. 31)

Dogmáticamente la antijuridicidad se ha escindido en dos esferas, una formal y otro material. La formal consiste en la mera contradicción de una conducta con los preceptos establecidos en el ordenamiento jurídico. Por su parte el material, implica la verificación de una verdadero ofensa o transgresión al bien jurídico que se protege. Un ejemplo claro de lo argumentado es cuando una persona falsifica la firma de otra en determinado documento. Formalmente existe una contradicción con la norma prohibitiva de realizar dicha conducta, no obstante, si el documento falsificado jamás ingresó al tráfico jurídico o mercantil, no ha lesionado ni ha puesto en peligro ningún bien jurídico, por lo tanto, materialmente no se ha configurado la antijuridicidad.

Ahora bien, la ofensa al bien jurídico que constituye el juicio de desvalor del resultado puede verificarse de dos modos, en lesión o puesta en peligro. Al respecto, Roberto Falcone, manifiesta que ciertos delitos “requiere para su consumación la efectiva destrucción o menoscabo del bien jurídico tutelado y otros la simple amenaza.” (Falcone, 2008, pág. 255)

En este sentido, la lesión a un bien jurídico se debe entender tanto en un sentido material o inmaterial, pues, existen delitos como los de homicidio o robo, donde la destrucción o daño al bien jurídico es materialmente comprobable (pérdida de la vida, y del bien mueble), mientras que, en delitos contra el honor y buen nombre se menoscaba el bien jurídico de manera inmaterial. Por su parte, el delito de peligro no exige un lesión o daño como tal, sino, la potencial probabilidad de lesión de un bien jurídico, aunque este después no se produzca, por lo tanto, existe un adelantamiento de la punibilidad<sup>4</sup> cuyo justificativo está en la creación de un riesgo no permitido.

Bajo esta línea argumentativa, es válido precisar que los delitos de peligro se subdividen en dos clases: peligro concreto y peligro abstracto.

Los delitos de peligro concreto exigen como presupuesto normativo demostrar la puesta en peligro en específico de un bien jurídico, es decir, de qué forma probable, próxima y posible se amenazó con una verdadera lesión al bien jurídico que se protege.

---

<sup>4</sup> Derecho Penal del Enemigo, Eugenio Raúl Zaffaroni, 2006, Dykinson, pág 189.

En contra posición, los delitos de peligro abstracto no exigen la demostración de la amenaza en concreto al bien jurídico resguardado, pues, lo que realmente se sanciona son los peligros creados de forma general, pese a que en esos casos la amenaza no sea próxima o inmediata.

En definitiva, la antijuridicidad constituye el juicio de desvalor del resultado de la acción típica, misma que puede desvirtuarse únicamente por la concurrencia de alguna de las causales de justificaciones, las cuales excluyen la antijuridicidad y por ende la conducta prohibitiva se transforma en lícita. En este sentido, Francisco Muñoz Conde, sostiene que: “Normalmente la realización de un hecho típico genera la sospecha de antijuridicidad, pero esta presunción puede ser descartada con una causa de justificación” (Muñoz Conde, 2015, pág. 322)

Por tanto, las causas de justificación de la antijuridicidad son aquellas circunstancias en las cuales el ordenamiento jurídico permite realizar una conducta prohibitiva ya sea por razones jurídicas o sociales. En este sentido, al momento que se ha logrado justificar que la conducta ilícita realizada queda excluida por alguna de las causales que se detallara en lo posterior, esta deja de ser típica y se convierte en lícita.

El efecto de la comprobación de una causa de justificación es la carencia de responsabilidad penal, por cuanto su conducta ha dejado de ser típica y por ende el juicio de reproche no puede continuar.

Al igual que la antijuridicidad, las causas de justificación de esta, se escinde en dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo.<sup>5</sup> El elemento objetivo se lo encuentra en aquellos presupuestos normativos que el legislador ha previsto para que se pueda actuar en uso de una causal de justificación. (Ejemplo de aquello es, en el caso de la legítima defensa, donde necesariamente se debe estar frente a una agresión actual e ilegítima). Mientras que, por su parte el elemento subjetivo, consiste en el conocimiento que tiene la persona agredida de actuar conforme a una causa de justificación dentro de los límites permitidos por la misma ley.

Ahora bien, las causas de exclusión de la antijuridicidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano son tres: legítima defensa, estado de necesidad y cumplimiento del

---

<sup>5</sup> García Aran, Mercedes, Derecho Penal Parte General, 2015 Novena edición, pág. 322.

deber legal. En los tres presupuestos antes detallados, la justificación queda verificada cuando se actúa en protección de un bien jurídico propio o ajeno, cada con sus peculiaridades correspondientes.

No obstante, el desarrollo normativo al respecto a la causal denominada “consentimiento de la víctima” es exiguo, por ello, y al ser una de las razones por la cuales se ejecuta este trabajo de investigación, realizaré un análisis doctrinal al respecto, para lo cual, es pertinente apoyar mis argumentos con postulados de reconocidos jurista como, Francisco Muñoz Conde, quien al hablar del ámbito de acción de las causales de justificación, nos dice que: “El ámbito de las causas de justificación se extiende hasta dónde llega la protección normativa del bien (jurídico) que, por renuncia (consentimiento) de su titular se permite atacar” (Muñoz Conde, 2015, pág. 333)

Nuestro Estado de Derechos Constitucionales, proclama, una serie de derechos de rango convencional, los cuales se los ha catalogado como derechos de libertad. En este sentido, es inconcebible no concebir que, en nuestro país, el Estado tiene como deber principal respetar y proteger nuestras libertades individuales.

Esta esfera de protección enmarca un accionar positivo y negativo por parte del Estado; el positivo consiste en el ámbito de protección como tal que debe brindar este ente a través de su aparataje, mientras que el negativo supone la no interferencia de este en las decisiones propias y autónomas de los ciudadanos.

En este orden de ideas, el Estado debe respetar las decisiones libres y voluntarias que toma una persona dentro de sus relaciones sociales, sin que esto signifique, una anarquía per se.

Las referidas decisiones libres y voluntarias denotan consentimiento por parte del agente que las emite, y justamente cuando existe aquiescencia, hay juridicidad, es decir, las conductas que se ejecutan quedan plenamente justificadas. Muchas de las acciones tipificadas como delito tienen como factor principal la carencia de consentimiento en la víctima, por ello, si la víctima consiente en el acto, este deja de ser lesivo o amenazante para sus derechos y por lo tanto no es antijurídico. (Tal es el caso de las cirugías plásticas como la rinoplastia donde se realizan lesiones en la humanidad de la persona por una cuestión meramente estética, no obstante, el cirujano no responde penalmente por estas)

Ejemplificando lo antes argumentado, tenemos que: Juan aborda un avión con rumbo al destino de sus sueños, durante el trayecto no recuerda con precisión si apagó el quemador de su departamento, por lo cual, llama a su vecino y le solicita que verifique si el quemador este encendido. No obstante, el acceso al interior del departamento está limitado por cuanto su vecino no tiene las llaves para ingresar, por ello, Juan le dice entra como sea. Su vecino toma una piedra y la estrella contra una ventana, logra ingresar al departamento para darse cuenta que la hornilla estaba apagada.

En el presente ejemplo, tenemos que el vecino, adecuó normativamente su conducta delictiva al tipo penal de daño a bien ajeno; y en efecto existió lesión a la propiedad (bien jurídico), no obstante, este no responde penalmente por cuanto tuvo el consentimiento del titular del bien jurídico.

Sin perjuicio de lo antes desarrollado, si el legislador pretende incorporar esta figura, es necesario que fije límites al ámbito de aplicación de la causal de exclusión de consentimiento de la víctima, por ello, en el presente trabajo investigativo, planteamos los siguientes requisitos:

1. El consentimiento debe quedar debidamente manifestado, sin que necesariamente sea expreso.
2. Los bienes jurídicos susceptibles de disposición por el titular deben estar expresamente autorizados en la ley.
3. Únicamente las personas capaces conforme con la ley o jurisprudencia pueden disponer de sus bienes jurídicos.
4. El consentimiento dado por el titular del bien jurídico no debe adolecer de vicio alguno (error, fuerza, engaño)
5. El consentimiento debe concederse antes la comisión del hecho.

Finalmente, es válido recalcar que muchos juristas<sup>6</sup> de forma errada relacionan el término acuerdo con consentimiento, por ello, se puntualiza que el acuerdo excluye la tipicidad por cuanto ataca a los elementos del tipo penal, ya que, no existe antijuridicidad material solo formal (es decir no existe lesividad o amenaza a un bien jurídico), por lo tanto, la conducta no llega ser antijurídica.

---

<sup>6</sup> Tal es el caso de Barja de Quiroga.

#### 4.2.1.4 Culpabilidad.

Una vez verificada que la conducta típica es antijurídica y que no existe causa que justifique a su acción, podemos avanzar al último peldaño denominado culpabilidad o también conocido doctrinalmente como la imputación subjetiva.

Al respecto, Pedro Granja, nos manifiesta que: “la culpabilidad nos brinda dos cuestiones centrales para el juicio válido: 1) El crimen es una obra humana, 2) Quien orienta su conducta al reato es capaz de discernir claramente que violador materia que le advierte la sanción que recibirá por obrar de tal manera” (Granja, 2019, pág. 155)

En este sentido, la Culpabilidad consiste en el juicio de desvalor del autor, es decir, el juicio de reproche personal normativo por la realización de una conducta típica y antijurídica. Este reproche implica necesariamente la capacidad del autor y la naturaleza del desvalor realizado. (Autores como Percy Caverro García<sup>7</sup> incluyen el concepto tradicional que refiere el elemento de actuar de un modo distinto).

Anteriormente, la culpabilidad prescindía de un factor normativo, pues se centraba únicamente en la relación de la psiquis del autor y el acto cometido, por ello, el dolo y la culpa (hoy, elementos subjetivos del tipo) formaban parte de los elementos de la culpabilidad. Es Wetzel<sup>8</sup> con el finalismo, quien inaugura los presupuestos normativos de la culpabilidad, y reorganiza el dolo y la culpa dentro de la tipicidad.

Ahora bien, Percy García, ya nos habla de ciertos requisitos que deben cumplirse para la configuración de esta categoría: “En la culpabilidad se exige que justo haya sido cometido por un sujeto penalmente responsable es decir por un sujeto capaz de desestabilizar la vigencia de las expectativas de conductas institucionalizadas en norma.” (Caverro García, 2005, pág. 129)

Los elementos normativos de la culpabilidad se desprenden de la misma Teoría General del Delito, esto es, la capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta. Con la verificación de estos tres elementos

---

<sup>7</sup> Caverro García, Percy, La imputación subjetiva dentro del proceso penal, 2005, pág. 126)

<sup>8</sup> Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, 2da edición, 1964, pág.41.

podemos determinar si el autor de una conducta típica y antijurídica es culpable o no, por ello, analizaremos cada uno de estos presupuestos:

1. La capacidad de culpabilidad: Como primer punto, vale destacar que las normas penales están dirigidas aquellos individuos capaces de motivar su conducta conforme los mandatos legales. En este sentido la “motivabilidad” presupone la capacidad del ser humano para reaccionar frente los mandatos normativos, a través de sus facultades afectivas e intelectuales, por ello, cualquier alteración de estas, conlleva a la exclusión o atenuación de la responsabilidad penal. Bajo estos términos la capacidad de culpabilidad consiste en la madurez emocional (edad) y obviamente la capacidad para motivarse (facultades psíquicas o intelectuales) que debe tener el autor de una conducta prohibitiva para reprocchesele dicho acto. No obstante, las facultades intelectivas de un sujeto se ven condicionadas por los factores socioculturales en donde se desarrolla, por ende, las referidas facultades se verán seriamente influenciadas por la interacción que tenga este con su entorno.
2. El conocimiento de la antijuridicidad: Verificado la capacidad del autor para poder motivarse, se debe constatar si este, tenía conocimiento de que su conducta está prohibida por el ordenamiento jurídico, sin que esto signifique que el autor, deba conocer cada uno de los elementos del tipo penal que se le imputa, basta que tenga motivos suficientes para conocer que su conducta es contraria a las normas que rigen la convivencia social. Ejemplo de aquello<sup>9</sup>, es el autor que ejecuta un asesinato, no se le exige que tenga conocimiento que, matar a una persona buscando el despoblado constituye la conducta delictiva antes mencionada, basta que conozca que quería matar en la noche con el objeto de eludir testigos para que pueda reprochársele su actuar. Ahora bien, nuevamente se hará referencia al factor cultural, pero esta vez dentro del conocimiento de la antijuridicidad, pues, ya lo decía Francisco Muñoz Conde: “En una sociedad en la que coexistan distintos sistemas de valores hay que admitir que haya individuos que ejecutan un hacer, sin conocer que es ilícito, porque ese hacer es normal en su grupo.” (Muñoz Conde, 2015, pág. 410).

---

<sup>9</sup> Rodríguez Felipe, Curso de Derecho Penal, Parte General Tomo II, 2020, pág. 193.

En una comunidad donde la diversidad de culturas y tradiciones son dispersas (y por ende el nivel de conocimiento es distinto), existe la posibilidad que una persona aun pudiendo conocer de la ilicitud de sus actos, piensa que actúa de forma lícita, debido a que, dentro de su grupo social en concreto, dicha conducta es normalizada.

3. Exigibilidad de la conducta: Si bien es cierto que, la ley tiene como característica principal la generalidad de sus destinatarios, quienes están llamados al cumplimiento de esta, no es menos que (en el caso penal), los grados de exigencia de este cumplimiento varían cuando en una determinada situación extrema, no se le puede exigir a una persona actuar conforme a Derecho, ya que, de hacerlo, conllevaría un sacrificio excesivo para este. En otras palabras, para que una persona se le pueda reprochar una conducta típica y antijurídica, es necesario verificar si le era humanamente exigible actuar conforme el ordenamiento jurídico vigente, caso contrario, se deberá eximir de responsabilidad. Seguramente el lector se debe estar preguntado: ¿Por qué? Como se sostuvo anteriormente, el grado de exigencia varia cuando una causa extrema impera sobre la conducta exigida, a tal punto, que de actuar conforme a derecho supondría el sacrificio de la vida propia o la integridad (sin que estos sean los únicos casos). En este sentido, el Derecho Penal no puede exigir héroes, ya que de hacerlo sería contrario a la naturaleza del humano per se. Felipe Rodríguez<sup>10</sup> plantea el típico ejemplo de los montañistas que cuelgan de una cuerda en un acantilado, donde el montañista A que está por encima del montañista B se percata que la cuerda no soportará el peso de ambos, por lo cual decide resguardar su vida y corta la cuerda de la cual se sujeta B, ya que, de no hacerlo, de todos modos, morirían ambos. A esta elección entre la vida propia y la de otro, se le llama doctrinalmente como estado de necesidad exculpante. (de igual manera, esta teoría ha sido utilizada de forma abusiva en algunas ocasiones), sugiero la lectura del voto salvado en el caso Erdemovic<sup>11</sup>, en el cual se exime de responsabilidad por estado de necesidad exculpante al soldado Erdemovic, quien ejecutó a varios civiles musulmanes, aduciendo que, si no realizaba dichos asesinatos, él

---

<sup>10</sup> Rodríguez Felipe, Curso de Derecho Penal, Parte General Tomo II, 2020, pág. 429.

<sup>11</sup> Erdemovic (IT-96-22) United Nations International Tribunal for the former Yugoslavia.

hubiera sido el ejecutado y esto de ninguna forma hubiera impedido la ejecución de los civiles, ya que, otro soldado lo habría remplazado.

Por otro lado, como es costumbre en todas las categorías de la Teoría General del Delito, al final de cada una de ellas, se analiza sus causas de exclusión o justificación, es así que, la culpabilidad no es indiferente a aquello, por lo que, doctrinalmente se le ha asignado a cada elemento de configuración de la culpabilidad, sus respectivas causales de exclusión.

En este sentido, la inimputabilidad, los trastornos mentales y los estados de embriaguez (por caso fortuito o embriaguez absoluta) excluye la capacidad de culpabilidad, mientras que, el error de prohibición excluye el conocimiento de la antijuridicidad; y finalmente el miedo insuperable, el estado de necesidad exculpante, el encubrimiento de parientes excluye la exigibilidad de la conducta.

Finalmente, es válido precisar que, para la configuración de la culpabilidad de determinado autor, es necesario que concurran a la vez, los tres elementos desarrollados en líneas anteriores. (capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad de la conducta). Una vez verificada que la conducta es típica, antijurídica y se puede realizar el reproche a determinada persona, estamos frente a un delito.

#### ***4.2.2. Teoría de la imputación objetiva***

##### **4.2.2.1. Origen y Fundamentos Teóricos.**

La Teoría de la imputación objetiva a diferencia de lo que se habla en las facultades de Derecho de la mayoría de las universidades en Latinoamérica, tiene su origen a inicios de siglo XIX, a partir de los postulados de Friedrich Hegel (1968), quien sostenía que solo las acciones reconocidas como propias pueden ser imputadas. Para lo cual, Hegel reconocía dos tipos de consecuencias de las acciones; la primera vinculada a los efectos que mi conducta produce en la alteración del mundo exterior; y, la segunda, relacionada con los efectos que producen esa alteración al mundo exterior que ha sido creada a raíz de mi conducta.

De esta manera Hegel, pone un límite a la imputación, por cuanto, un individuo solo puede ser imputado por la conducta que realiza, mas no, por los efectos posteriores que se deriven de ella. En palabras del renombrado filosofo: “Una persona solo le puede



ser imputado aquello que constituya su obra y no aquello que sea resultado de la simple casualidad, de la mala suerte o del destino.” (Reyes Alvarado, 1996, pág. 49). En este sentido, para la debida imputación de la conducta realizada a cierto sujeto, se deberá determinar si el resultado producido se relaciona directamente con su actuar.

Por su parte Karl Larenz (1988), toma los postulados planteados por Hegel y realiza una crítica al respecto, sosteniendo que la postura de Friedrich está basada únicamente en la causalidad adecuada, pues, no se toma en cuenta la objetividad de la conducta realizada por el autor. En este sentido Karl asevera que el resultado producido por cierta accionar, debe ser el producto objetivo de la realización de una conducta, caso contrario, sería un acontecimiento fortuito.

Bajo esta misma línea de ideas, Richard Honig (1990) de forma categórica, manifiesta que el juicio causal debe apartarse -en parte- de la imputación, para lo cual plantea una serie de criterios objetivos conforme los cuales se pueda imputar el resultado de una conducta a una persona, sin que necesariamente el nexo causal sea el factor dirimente. Asimismo, Honig, va introduciendo los atisbos que dieron pie a Wetzel para desollar su teoría finalista, pues, afirmaba que la conducta humana tomo relevancia jurídico penal cuando esta, se predispone a cumplir la finalidad del resultado. En términos del propio autor: “En consecuencia, solo con la finalidad objetiva que se debe añadir a la causalidad hay base suficiente para considerar significativa jurídicamente a la conducta humana” (Honig, 1989, pág. 188).

Con estos fundamentos, Honig, dejó claro que los recorridos causales que no formaban parte de una finalidad en concreto, como lo son los casos imprevistos o imponderables, no pueden ser susceptibles de imputación (inclusive si fueren deseados), por cuanto, no existe la posibilidad del autor de controlar el curso causal.

Todo esto, por cuanto el legislador al momento de expedir la ley penal presupone mandatos con dos finalidades específicas, la cual es cumplir con los preceptos normativos dadas en ella, y al mismo, tiempo prohibir el cometimiento de ciertas conductas a través de su evitación, no obstante, si al autor de una conducta no le es posible evitar determinado resultado por cuestiones ajenas a su voluntad, es inconcebible pensar que este podría ser sujeto de imputación alguna.

Posteriormente, Hans Wetzel (1964), considerado el padre del finalismo, expresa que toda acción o conducta humana voluntaria está dirigida a cierto objetivo, misma que se ve consumada con la producción del resultado final.

En este orden de ideas, lo que sostiene este autor es que la simple causalidad es ciega, mientras que la finalidad es vidente, pues, la imputación meramente causal se consume en la verificación del resultado sin tomar en cuenta la voluntad del autor. Mientras que, para el finalismo, la voluntad es el factor que materializa la dirección (finalidad) del curso causal, es decir, la finalidad de la acción está supeditada a la voluntad del autor.

Hirsch, expresaba al respecto: “Wetzel trajo a colación nuevamente que a la acción le pertenece la intención, con su subyacente contenido de voluntad, dirigida a la realización objetiva” (Hirsch, 2004, pág. 136)

En definitiva, Hans Wetzel, revolucionó el Derecho Penal, ya que su teoría contribuyó en demasía para la explicación del delito doloso (el dolo estaba dado por la finalidad o intención final del autor), basta decir, que hace escasos tres años, nuestro Código Orgánico Integral Penal acogía la postura finalista del dolo (diseño de causa daño), no obstante, se encontró con una serie de críticas fundamentadas, respecto a los delitos culposos, situación que intento solucionar con la teoría de la adecuación social, sin obtener los resultados deseados.

Por su parte, Claus Roxin retoma los postulados de Honig, en el sentido que, para realizar la imputación de la conducta a un determinado individuo, es necesario fijar presupuestos normativos (imputación al tipo objetivo), por ello, tras largas investigaciones realizadas, desarrolla la imputación objetiva a través del principio de riesgo, donde, establece dos requisitos sine qua non: El riesgo creado debe producir el resultado; y, ese riesgo debe estar contemplado dentro del alcance del tipo.

En otros términos, para que exista la imputación objetiva, es necesario que un individuo haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado (el cual no este cubierto por el riesgo permitido) y que como consecuencia de este peligro generado se produzca un daño o amenaza a un bien jurídico tutelad, dentro del radio de acción del tipo.

Roxin (1997), tan fino como de costumbre, plantea la creación del riesgo, ya que, sostiene que el resultado o la causalidad no depende del autor exclusivamente, pues, esta se puede ver entorpecida por factores externos, y por ende solamente la acción puede ser imputable al autor. Con el concepto desarrollado, Roxin, de cierta forma prescinde del resultado -no en su totalidad- y permite que la imputación objetiva sea aplicada de forma idónea en los delitos en grado de tentativa.

El discípulo de Larenz (Roxin), siempre sostuvo que: “La Tarea de la dogmática consiste en la introducción de criterios de imputación generales y objetivos determinados normativamente” (Roxin, Ingerencia e Imputación Objetiva, 2007, pág. 154) , es así que, coherente con su discurso, Claus desarrollo los criterios normativos para determinar el juicio de imputación, en cuatro puntos, que se detallan a continuación:

1. Disminución de Riesgos
2. Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.
3. Aumento del Riesgo permitido.
4. Esfera de Protección o ámbito de aplicación a la norma.

La profundización de cada uno de ellos se la realizará en el apartado exclusivo del Funcionalismo Moderado.

#### **4.2.2.2 Modelos de la imputación objetiva en la historia.**

En el capítulo anterior se desplegó una serie de argumentos doctrinarios que sentaban las bases de los fundamentos teóricos de la imputación desde sus orígenes, dentro del cual, se pudo avizorar las corrientes dogmáticas que cada uno de los autores antes citados, aplicaron para desarrollar sus posturas respecto a la imputación objetiva.

Ahora bien, conviene analizar precisamente esas corrientes doctrinarias que dieron vida no solo a la imputación objetiva, sino, al Derecho Penal en sí, ya que, en su tiempo (e inclusive hasta la actualidad) constituyeron los métodos mediante los cuales se determinaba cuando un ser humano debía responder penalmente, de acuerdo con las categorías dogmáticas desarrolladas por alguna de las corrientes a estudiar.

Es válido recalcar al lector, que estas corrientes han ido evolucionando a lo largo de la historia, pues, los postulados de una tienen como base los principios de la otra, es así que, para el abogado en libre ejercicio recomiendo no “casarse” con ninguna de ellas,

más bien, explore la diversidad de estas y aplique la que más convenga para su caso en particular.

Como primer punto corresponde analizar el causalismo, para lo cual es menester realizar la distinción entre causalismo y causalidad. La causalidad en estricto sentido responde a la relación de la causa con el efecto o el acto con el resultado, mientras que el causalismo es la corriente dogmática que utiliza la causalidad como su piedra angular para determinar la autoría de cierto resultado, sin necesidad de adentrarse a la conducta per se.

En este orden ideas, el causalismo tenía como base el curso causal de una conducta con el resultado, como factor dirimente para determinar la responsabilidad de una persona, es decir, esta corriente procura dirigir al Derecho Penal a componentes exclusivamente verificables en la realidad.

Para el causalismo, la acción consiste en el movimiento corporal mediante el cual se manifiesta la voluntad del sujeto, produciendo un cambio en el mundo exterior, es así que, en el sistema causalista basta comprobar cuál es la causa de determinado resultado para asignar de responsabilidad penal a un individuo, desprendiéndose de los aspectos internos del autor, ergo, el resultado tiene más peso que la acción misma.

En términos de Felipe Rodríguez: “El causalismo, liga sencillamente el resultado con la causa, entonces, esta persona será culpable cuando se acredite su acción como causa del resultado”. (Rodríguez Moreno, 2019, pág. 173) Por ello, la fórmula de responsabilidad penal del causalismo es:  $C+R=CU$ <sup>12</sup>

#### **4.2.2.3 Teoría de la equivalencia de las condiciones.**

El desarrollo de la presente teoría se la asigna al catedrático Von Buri (2014), quien sostenía en su famoso libro titulado Ueber Causalitat<sup>13</sup> que, cada una de las causas que producen determinado resultado deben ser ponderadas con igual equivalencia en la generación de este, es decir, se renuncia al postulado en el cual se afirma que una sola

---

<sup>12</sup> Roxin Claus, Derecho Procesal Penal, Tomo I, 2008, 25edición<sup>a</sup>, pág.121.

<sup>13</sup> Von, Buri, Ueber Causalitat Und Deren Verantwortung, 2014.

causa produce un cierto resultado, y por ende, se asevera que todo factor que concurra en la producción del mismo es determinante jurídicamente hablando.

En este sentido, la punibilidad de las conductas se extiende a límites totalmente absurdos, pues, en el caso del robo de un automóvil, la responsabilidad recae tanto en la persona que roba, como en la persona que fabricó el automóvil, la persona que lo comercializó e inclusive en la propia víctima, por haber adquirido el automóvil. (ya que todas estas son consideradas causas), pues, para esta teoría los sucesos de un hecho delictivo no pueden ser explicados por la intervención de una sola condición o causa.

Todo esto debido a los principios de evaluación de las causas que planteaba esta teoría, al respecto Julius Glaser, expresaba que:

Para evaluar la relación causal (...) existe un punto de apoyo seguro; si intentare suprimir mentalmente por completo al supuesto autor de la suma de acontecimientos y se ve a continuación que el resultado se sigue produciendo, que la sucesión de causas intermedias sigue siendo la misma, entonces es claro que el hecho y su resultado no pueden ser reconducidos a la eficacia de esa persona. Si, por el contrario, se muestran que, suprimida mentalmente esta persona del lugar de los sucesos, el resultado no podía producirse o que hubiera tenido que producirse por una vía totalmente distinta, entonces uno estaría plenamente legitimado para afirmar que éste ha sido efecto de su actividad. (Glaser, 1883, pág. 47).

En este orden de ideas, todas las causas que generaban la producción de un resultado eran relevantes por cuanto, si se suprimía mentalmente cualquiera de ellas, el resultado de igual manera se hubiera verificado. En este punto es válido recalcar que esta teoría generaría un problema mayor al momento de delimitar los grados de participación, ya que, todos los causantes tienen la misma relevancia y por ende respondería en grado de autores.

La fórmula de esta teoría se resume en: (causa causae, causa causati)<sup>14</sup> “quien es causa de la causa, es la causa del mal causado”.

---

<sup>14</sup> Alban Gómez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General, 2015, pág.127.

#### **4.2.2.5. Teoría de la causalidad adecuada.**

En la búsqueda de suplir las falencias de la teoría de la equivalencia de las causas, Von Bar y Zitelman -quienes expresaba que, con la aplicación de teoría antes analizada, todos seríamos culpables- desarrollan la teoría de la causalidad adecuada o sine qua nom, que sin negar que en todo hecho intervienen varios factores o causas para la producción de un resultado, sostiene que no todas ellas son de igual jerarquía.

En este sentido, esta postura excluye el curso causal de aquellas condiciones que, por su lejanía con la real concreción de un resultado, no pueden ser objeto de imputación penal. Tal es el hecho, del herradero que forja un cuchillo que luego será utilizado para matar una persona; éste no podría ser imputado por el uso que se le dé al arma blanca.

Al respecto Gimbert Ordeig, explica que: “se denomina causa de un resultado –en oposición a la teoría de la equivalencia a aquella condición “que es en general apropiada, según la experiencia, para producir el resultado típico. Por consiguiente, sólo la condición adecuada al resultado es causa” (Gimbert Ordeig, 1990, pág. 176)

Asimismo, Von Bar (1994), critica la hipótesis mental (supresión de una condición) que debe realizarse en la teoría de las equivalencias de las conclusiones, sin embargo, plantea el mismo procedimiento, con la diferencia de distinguir las causas adecuadas de las demás condiciones anómalas o superfluas, a partir de la experiencia general, es decir, elegir aquellas condiciones que habitualmente (probable y posible) produce un determinado resultado.

No obstante, lo antes manifestado conlleva a un problema enorme, por cuanto si solo basta que la causa que genera un resultado sea probable y posible se desnaturalizaría los delitos de resultado, bastando poner en peligro o amenazar un bien jurídico en concreto para realizar el juicio de imputación, por lo tanto, todas las conductas delictivas se convertirían en delitos de peligro.

#### **4.2.2.6 Teoría de la relevancia típica.**

Mezger (1996), a quien se le atribuye el desarrollo de la presente teoría, propone no desprenderse de la “condition sine qua nom” con el objeto de establecer el vínculo causal netamente físico; y, luego realizar un juicio de valor relacionado con la relevancia penal o importancia jurídica de la conducta que produjo el resultado.

En este orden de ideas, no basta que se compruebe la relación de causalidad entre el hecho y el resultado, sino, que la conducta (condición o causa) se adecue a la forma típica que prevea el tipo penal, con lo que se descartan los cursos causales atípicos (no previstos en la norma).

Al respecto, Gómez Benitez, expresa que: “La pretensión subyacente a esta teoría es producto de una preocupación político criminal generalmente aceptada: se trata en suma de restringir la excesiva amplitud de la teoría de la equivalencia de las condiciones y merecen un sistema penal que gire en torno de la posibilidad como eje de la responsabilidad penal” (Gomez, 1997, pág. 24)

En definitiva, la imputación objetiva dentro de la teoría de la relevancia típica se realiza a partir de la concurrencia de tres presupuestos:

1. Nexo Causal entre acción y resultado.
2. Relevancia jurídica del nexo causal.
3. Culpabilidad.

#### **4.2.2.7. Finalismo.**

El finalismo de Hans Wetzel y continuada en el futuro por Armin Kaufmann<sup>15</sup>, tiene como base los postulados del causalismo, empero, no toma en cuenta únicamente la relación entre la causa y el resultado (entendida como la voluntad humana), sino, además, analiza y estudia la conciencia del autor al momento de ejecutarla.

Bajo esta línea argumentativa, lo que realizó Wetzel es una teoría que ocupe los vacíos dejados por el causalismo, como lo fue, pretender que todo curso causal sea de interés jurídico penal, pues, para la renombrada teoría, la conducta humana se reducía a la comprobación del curso causal de esta y por ende, tenía igual relevancia matar a una persona buscando la noche (asesinato), que dar muerte a una persona (homicidio), por ello, esta teoría reconoce que la única manera de diferenciar estas dos tipos de conductas es analizando la intencionalidad de cada uno de ellas y para ello se necesita valorar al agente productor de ese accionar.

---

<sup>15</sup> Kaufman, Armin, Dogmática de los delitos de omisión, 2006, pág 245.

Para el finalismo, el mundo (los seres humanos) se organizan a través de finalidades, por lo tanto, explican los fenómenos delictuales a partir de su finalidad, en este sentido, el autor de un delito, no lo es por el simple hecho de ejecutar una causa, al contrario, es responsable cuando ha querido -es su fin- realizar la referida causa. Con ello Wetzel quería distinguir entre el movimiento corporal voluntario (propio del causalismo), del ejercicio de la actividad final.

Sobre la característica final de la conducta, Felipe Rodríguez sostiene que: “La finalidad encuentra su sustento en la persona ya que gracias a su haber causado puede prever las consecuencias de su actividad por lo mismo proponerse conforme a su plan de consecución de dichos fines” (Rodríguez Moreno, 2019, pág. 183)

Todas estas connotaciones dotaron de una relevancia exponencial al juicio de desvalor de la acción sobre el juicio de desvalor del resultado, dando origen a la teoría del injusto penal. Consecuentemente de aquello, se revolucionó la Teoría General del Delito, pues, se desplazó el dolo y la culpa a los elementos subjetivos de la tipicidad -inaugurándose esta categoría- e incluyendo la reprochabilidad (capacidad de actuar conforme a Derecho) a la culpabilidad; no obstante, trajo consigo relativos inconvenientes con la determinación de los delitos culposos por cuanto estos no están previamente dirigidos a causar una lesión a un bien jurídico.

Por ello, Wetzel desarrolla la teoría de la adecuación social, donde expresa que los “seres humanos no son piezas de museo” (Polaino-Orts, Funcionalismo Normativo, 2014, pág. 251), haciendo alusión a la imperiosa necesidad de coexistir con ciertos riesgos para la existencia de la sociedad en sí –como lo es conducir-. Además, con estos postulados dio cabida a las conocidas acciones sociales, las cuales consisten en diferenciar las conductas que, produciendo un mismo resultado, no crean la misma conmoción en la sociedad. Con ello pretendía distinguir, por ejemplo, entre las lesiones causadas por un asaltante, de las realizadas en una intervención quirúrgica.

En definitiva, el finalismo dio un gran paso para la modernización del Derecho Penal, al prescindir del causalismo como elemento único de la imputación objetiva, e inclusive la teoría de la adecuación social sirvió de base para desarrollar los postulados del riesgo permitido, tema que se analizará en profundidad en el próximo capítulo.



### ***4.2.3. El funcionalismo Normativo Sistémico y la imputación objetiva***

#### **4.2.3.1. Teoría Funcionalista Normativa Sistémica.**

El Funcionalismo Normativo Sistémico, como se explicó en líneas anteriores, tiene su origen en los postulados sociológicos planteados por Niklas Luhmann, llevados al campo jurídico penal por el catedrático de la Universidad de Bonn, Günter Jakobs. Ahora bien, el estimado lector se debe estar preguntado: ¿Por qué a esta teoría se la denomina así? Porque el trabajo de Jakobs consistió en una reformulación de la doctrina penal, ya que, abandonó todas las estructuras lógico-objetivas que venían hasta la fecha (finalismo), para vincular los conceptos básicos de la teoría del delito a la realidad, para lo cual desarrolló la normativización no solo de las categorías de la teoría prenombrada, sino, dotó de acepciones normativas a la persona, sociedad y comunicación.

En este sentido, denominó funcionalista a su teoría por cuanto el Derecho a perseguir cumple con cierta finalidad u objetivo dentro de la sociedad; normativa, por su desarrollo fundamentado respecto a la protección de las normas como función principal del Derecho penal; y, sistémica, por el medio en el que se desarrollan las relaciones sociales que el Derecho rige (comunicación). Cada uno de estos aspectos serán dilucidados más adelante.

Para iniciar el estudio de esta teoría es necesario definirla, para lo cual nos valdremos de la acepción dada por el creador de esta teoría, Günter Jakobs: “aquella teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”. (Jakobs G. , Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, 1997, pág. 125)

La identidad normativa que nos habla Jakobs comporta la unidad de expectativas sociales de comportamiento que tenemos todas las personas como una especie de derecho, las cuales deben estar normativizadas en la Constitución y la ley.

En este orden de ideas el referido autor, expresa que una persona puede ser considerada como tal en derecho, únicamente cuando se es capaz de asumir obligaciones con sus semejantes, y esto lo alcanza a partir de las adjudicaciones de roles. Los roles presuponen las expectativas que las demás personas tienen con cierto individuo, las mismas que se transmiten a través de las conductas.

El funcionalismo distingue entre dos tipos de expectativas: cognitivas y normativas, las cuales fueron explicadas en el marco conceptual, empero, haciendo un recuento: Las expectativas per se, consisten en la esperanza o posibilidad razonable de que cierto suceso se realice, en este sentido, las expectativas cognitivas constituyen aquellos hechos que la sociedad espera de cierta persona sin que las mismos sean vitales para la subsistencia de la colectividad. Mientras que, por su parte, las expectativas normativas, al igual que las cognitivas son aquellos hechos que la sociedad espera de cierta persona, empero, estas son indispensables para la existencia de una comunidad o grupo social. Ejemplificando lo dicho:

Rubén después de muchos años, consigue tener una cita con una mujer muy agradecida y de estatus social alto, por lo cual, decide invitarla al restaurante más caro de la ciudad de Quito. La cita ha sido programada para las 20h00 de un sábado, donde los amantes se encontrarán en el referido restaurante. Rubén tiene planificado salir de su casa 30 minutos antes de la cita, porque conoce que el día sábado el tráfico capitalino no es tan congestionado, no obstante, al momento de dirigirse a la cita, ingresa a la avenida principal y se encuentra con un embotellamiento, ergo, Rubén llegó retrasado al restaurante a las 20h30 para enterarse que su damisela ya había abandonado el lugar.

En el presente caso estamos frente a una expectativa cognitiva tanto para Rubén como para su cita. Rubén quiteño de nacimiento, bajo su experiencia, conocía que los sábados el tráfico automovilístico era bajo (expectativa), no obstante, su conocimiento no era ciencia cierta y llegó tarde a su destino (se defraudó su expectativa). Si en un futuro no desea perder la oportunidad de salir con una mujer atractiva, deberá ser más precavido. Como se puede entrever, la defraudación realizada por Rubén no tiene relevancia en el auditorio social, por cuanto, no altera significativamente el mundo con la violación de este tipo de expectativas.

Rubén, planea una cita en un apartado mirador de la ciudad, con el hombre que siempre idealizó; y, efectivamente Rubén y su cita llegaron a su destino y entablaron una charla. Momentos después Rubén, le realiza propuestas indecorosas a su cita, a lo cual este último se niega y le solicita que le lleve a su casa, no obstante, Rubén intenta someterlo a la fuerza para tocar sus genitales, hecho que lo consigue. Después de un álgido forcejeo, la cita de Rubén logra escapar.

En este ejemplo, la cita de Rubén no le bastará únicamente con ser más precavido con las personas que lo cortejan (expectativa cognitiva), sino, es necesario la intervención estatal a través de la rama del Derecho más violenta, por cuanto, la actitud de Rubén a más de violar la expectativa cognitiva de su cita violó la norma (expectativa normativa) que prohíbe esa conducta. Como podemos observar la defraudación normativa ejecutada por Rubén, es de interés social, pues, la armonía y la convivencia de una sociedad se vería comprometida con este tipo de actos, a esto, Jakobs lo llama expectativas normativas.

Estas nociones en palabras del autor han quedado expresadas de la siguiente manera:

“Cada institución normativa solo puede brindar una verdadera orientación bajo una cierta cimentación cognitiva, de tal manera que no solo determina la comunicación de la contradicción de la pena respecto de la contradicción de la norma (defraudación) que lleva adelante el delincuente, sino, también la cimentación normativa mediante el dolor penal.” (Jakobs G. , Dogmática de Derecho Penal y la configuración Normativa de la Sociedad, 2004, pág. 24)

Una vez explicado en qué consisten los dos tipos de expectativas, es momento de adentrarnos a las reformulaciones realizadas por Jakobs, respecto a los conceptos tradicionales del Derecho Penal, como lo es el delito y bien jurídico protegido.

Todo estudiante de Derecho en cualquiera de las universidades del Ecuador tiene conocimiento básico que el Derecho Penal tiene como función principal proteger bienes jurídicos (planteamiento erróneo para el funcionalismo). Hecho que no se reprocha a los catedráticos, por cuanto, varios prestigiosos doctrinarios, como Luigi Ferrajoli, asevera el argumento antes planteado.

No obstante, el Funcionalismo Normativo Sistémico, abandona y critica dicha postura, por cuanto, sostiene de forma acertada para este autor, que el Derecho Penal tiene su intromisión en las relaciones sociales cuando ya se ha transgredido un bien jurídico protegido por el Estado. En este sentido, si la misión principal del Derecho Penal es la de proteger bienes jurídicos, estaríamos frente a un total fracaso del mismo, ya que siempre recurrimos a él, cuando se atentado contra nuestros derechos.

Entonces: ¿Qué plantea el Funcionalismo Normativo Sistémico? El Funcionalismo, sostiene que la función principal del Derecho Penal es la protección de la norma, y como fin ulterior, la no erosión de las estructuras sociales que conforman una comunidad, estas estructuras sociales se erigen a partir del respeto a las normas que rigen a determinado grupo social. (a esto también se le llaman identidad normativa), por ello, la importación de protegerla.

Además, fiel a los postulados de Niklas Luhmann (y de Hegel), Jakobs ve al delito no como la acción típica antijurídica y culpable -aunque normativamente si lo sea- sino como el acto comunicativo defectuoso. En este orden de ideas, el funcionalismo plantea que la norma contiene dos actos comunicacionales, uno de mandato (no matar) y otro de sanción en caso de corromper el mandato (si matas, pena privativa de libertad de 7 a 10 años). Jakobs hace referencia a la norma penal y no a la ley penal, pues, este es fiel partidario de lo propuesto por Biding<sup>16</sup> en la teoría de las normas. A grosso modo, Biding sostenía que la norma penal es la que prohíbe cierta conducta, por cuanto la ley penal no es prohibitiva, es meramente descriptiva del hecho delictivo.

Ahora bien, el delito como acto comunicacional defectuoso realizado por el defraudador o delincuente, expresa a viva voz que no está conforme a la configuración actual de la sociedad, declarándose en rebelión con la norma. Es ahí, cuando el Derecho Penal interviene y expresa a través de la pena (otro acto comunicacional) que, a partir de su conducta, la sociedad no se va a desconfigurar y va a mantener su identidad a través de la imposición de esta.

En definitiva, ha quedado claro con las consideraciones expuestas que, para el Funcionalismo Normativo sistémico la función principal del Derecho Penal es garantizar la identidad normativa de una sociedad, mediante la protección precisamente de las normas que la componen.

Ahora bien, respecto a la pena, es lógico inferir que, si la función del Derecho penal cambia, el fin de la pena también lo hará y efectivamente esto sucede en la teoría desarrollado por el catedrático de la Universidad de Bonn.

---

<sup>16</sup> Citado por Kaufmann, Armin, en Teoría de las normas, 1977, pág. 253.

El Funcionalismo Normativo Sistémico, se desprende de los fines mayoritariamente aceptados por la doctrina y actualmente vigentes en nuestro Código Orgánico Integral Penal (Art. 52) a efectos de realizar su propio planteamiento que sea coherente con la función que persigue.

En este sentido, Jakobs se desprende de los fines preventivos y asevera que el fin de la pena es reafirmar la vigencia de la norma, pues, fiel a sus postulados, este nos dice que el delito avería la comunicación de la norma con la sociedad y la pena es el remedio comunicativo para que la norma continúe cumpliendo su función de comunicar (valga la redundancia) a la sociedad.

En otras palabras, la norma es el espejo de una sociedad, pues a través de ella, cierto grupo social comunica sus pretensiones, por ello, el delito constituye el acto mediante el cual el delincuente expresa no estar conforme con esa norma y por lo tanto no la respeta, mutilando con ello, la comunicación que esta quiere transmitir a la sociedad; es ahí cuando la imposición de una pena comunica a la sociedad que la norma es necesaria para la subsistencia del orden y está vigente, ergo, hay que cumplirla.

Al respecto Peñaranda Ramos, sostiene que: “La misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma” (Peñaranda Ramos & Cancio Melia, 1999, pág. 18)

Finalmente, para cerrar este apartado, es menester señalar que la base de este planteamiento en referencia a la pena tiene como base los pensamientos desarrollados por Frederick Hegel<sup>17</sup>, quien sostenía que la sociedad permanece en un estado denominado 0, y que el delito constituía -1, es así que, la pena al fungir como la restitución del estado anterior a la sociedad es + 1.

Por otro lado, Günter Jakobs, cuando se refería a la tantas veces mencionada identidad normativa, hacía alusión al conjunto de expectativas generadas por los individuos de una sociedad que se manifiesta a través de la promulgación de normas. Es así que, la norma al ser expedida por el legislador (quien es elegido por elección popular), refleja la voluntad soberana del pueblo.

---

<sup>17</sup> Citado por Felipe Rodríguez en Curso de Derecho Penal Tomo III, teoría de la Pena.

En este sentido, constatando el espíritu de las normas podemos verificar cuales son las expectativas sociales de cada comunidad, es por ello, que para el funcionalismo la normas son la imagen actual de lo que una sociedad desea y también repudia.

Polaino Orts, fino como de costumbre nos dice que:

“Cuando nos despertamos en la mañana usualmente nos miramos en el espejo del cuarto de baño. Ese espejo refleja la imagen tal cual como somos, la imagen que desprendemos en este momento. Allí en el espejo estamos nosotros con nuestras imperfecciones. Lo mismo le pasa a la sociedad con la norma jurídica. Tiene que mirarse en ella y reconocerse a sí misma. El espejo de la norma no puede devolver una imagen falseada sino la imagen de cómo realmente es la sociedad, esto es: las expectativas de la sociedad han de reflejarse tal como son el espejo de la norma”. (Polaino-Orts, *Funcionalismo Normativo*, 2014, pág. 95)

La actualidad de la norma es crucial para el cumplimiento y vigencia de esta, pues la sociedad no cumplirá una norma con la cual no se sienta identificado, por ello, la importancia de ir removiendo del ordenamiento jurídico ciertas conductas que en el presente no tienen la relevancia social que ostentaban en el pasado, tal es el caso, de los actos catalogados como inmorales que hace poco estaban penados.

Ahora bien, es válido preguntarse: ¿Cuál es la importancia de que la norma sea espejo de nuestra sociedad? La importancia radica en que la norma expedida por el legislador debe auto definirse, es decir, que, al momento de abrir nuestro Código Orgánico Integral Penal, el catálogo de delitos defina que conductas desprecia nuestra sociedad, tal como lo es el asesinato, femicidio, violación estafas, etc) y la importancia de que esta auto definición sea actual radica en la despenalización de ciertas conductas como el homosexualismo, adulterio, inclusive aborto, para determinar que nuestra sociedad ha vencido los dogmas religiosos y se ha culturizado, mostrando con ello, el progreso intelectual de esta.

Así pues, la norma a más de fungir como reflector de las expectativas sociales de singularizada sociedad funciona como guía de encamamiento para las personas se zanjén a sus lineamientos. En este orden de ideas, la norma indica el camino por el cual los ciudadanos deben transitar dentro de los diferentes roles que asumen todos los días en su diario vivir.

Si bien es cierto, que el camino sugerido por la norma puede ser transgredido por cualquier miembro de la sociedad, lo cual constituiría una defraudación normativa, no es menos que, ese desprendimiento de la norma sería objeto y la base de la imputación objetiva.

Pues, la norma funge como el faro que ilumina el camino a seguir por la sociedad, que ella mismo a través de las leyes ha trazado, por lo tanto, debe cumplir con las obligaciones asumidas (roles) y a la par ejercer sus derechos dentro de los límites permitidos. El cumplimiento irrestricto de la norma conlleva a la realización de la seguridad jurídica, mientras que su desacato, genera la anarquía, ergo, el fin de la sociedad como la conocemos.

Recordemos que el Funcionalismo Normativo Sistémico sostiene que para la subsistencia de la sociedad es necesario llegar acuerdos normativos, lo que implica ceder parte de nuestra “libertad” con el objeto de convivir en armonía con nuestros semejantes. Estos acuerdos se traducen en obligaciones que deben ser cumplidos por la sociedad. Un ejemplo de estos acuerdos sociales que se presentan en el diario vivir es el momento cuando el semáforo de una calle transitada se sitúa en rojo, por consiguiente, los transeúntes proceden a cruzar la misma con la seguridad que mientras el semáforo se mantenga en las condiciones antes dichas, no existirá ningún atropellamiento o accidente alguno. De igual forma se produce acuerdos sociales de manera viceversa con el mismo ejemplo, donde el conductor tiene la seguridad que mientras se mantenga el semáforo en verde, ningún transeúnte deberá cruzar la calle. Con todo esto, si tanto los transeúntes como los conductores cumplen con sus acuerdos, se denota que la norma ha cumplido con su función de guía y que la comunicación que emana de ella está vigente.

Finalmente, para abundar en lo ya dicho, Felipe Rodríguez expresa al respecto:

Que el cometido de la norma no se agota en servir de vehículo de transmisión de expectativas sociales, sino que abarca otro ámbito complementario de trascendental importancia constituye una sugerencia sobre el camino que los ciudadanos deben transitar si quieren comportarse de acuerdo a su rol personal. (Rodríguez Moreno, 2019, pág. 198)

#### **4.2.3.2. Roxin y su modelo de imputación de objetiva a partir del funcionalismo normativo sistémico moderado**

Como lo prometido es deuda en el apartado denominado orígenes y fundamentos teóricos de la imputación objetiva, se hizo una reseña de la imputación al tipo objetivo y se enumeró cuáles son los criterios que maneja Roxin al respecto, ahora es momento de desglosarlos y analizar cada uno de ellos:

1. Disminución de Riesgos
2. Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.
3. Aumento del Riesgo permitido.
4. Esfera de Protección o ámbito de aplicación a la norma.

Respecto al primer elemento, Roxin (1998) plantea que la disminución de riesgos consiste en que una conducta plenamente coincidente con el tipo penal objetivo no puede ser imputable cuando la producción del resultado generado ha anulado un resultado de mayor peligro.

En este sentido, en el hipotético caso que una persona que está al borde de caer de un tercer piso hacia la planta baja es interceptada por otra, quien desvía su caída (modificando el curso causal) a un balcón situado en el piso segundo, no podrá ser susceptible de imputación alguna por las lesiones ocasionadas por su actuar.

Roxin sostiene que, por razones político-criminales, sería ilógico prohibir acciones que mejoren la situación de los bienes jurídicos condenados a padecer un ataque.

En palabras del mismo autor: “lo que reduce la probabilidad de una lesión no se puede concebir como dispuesto finalmente respecto a menoscabo de la integridad corporal, esto vale para todos los casos de mitigación de sucesos dañinos” (Roxin, Derecho Penal, Parte General, 1997, pág. 192)

No obstante Roxin recibió varias críticas al respecto, pues, muchos detractores sostenían que su criterio de exclusión de imputación objetiva debía solucionarse a partir de un estado de necesidad perteneciente a la antijuridicidad, por ello precisó que el “daño” al bien jurídico realizado por la persona que actúa bajo este criterio no existe formalmente, mientras que en el estado de necesidad se deberá verificar si el daño ocasionado es menor del que se intentó evitar.



Así pues, en aras de diferenciar su criterio con las causas de exclusión de la antijuridicidad, fijo tres reglas para que sea procedente la exclusión de la conducta:

1. Debe tratarse de un mismo bien jurídico y que el titular de este sea el mismo sujeto, excluyendo con ello los casos de estado de necesidad o consentimiento de la víctima.
2. Relación de un mismo riesgo, es decir que la persona que actúa bajo este criterio no puede crear otra situación de peligro para mitigar los daños al bien jurídico, pues, de realizarse estaríamos frente a un estado de necesidad.
3. No estar obligado a actuar para reducir los peligros de la persona a quien se auxilia.

Por su parte, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, Claus nos manifiesta que una persona no puede ser imputable si no ha disminuido el riesgo, pero tampoco lo ha aumentado de forma considerable y relevante a nivel jurídico.

Roxin (1998), realiza el ejemplo tan cuestionado por la doctrina que hipotetiza el caso, del sobrino que manda a su tío rico al bosque con la esperanza que lo intercepte un rayo; y que efectivamente sucede, dando muerte su tío. El autor explica que, si bien el autor del delito desea el resultado, este no se le puede imputar objetivamente, ya que el riesgo creado no está expresamente proscrito por el ordenamiento jurídico, que, si bien puede ser relevante, jurídicamente es inocuo.

Al respecto el mismo Claus Roxin, nos manifiesta que:

“Una conducta con el que se pone en peligro de modo relevante un bien jurídico legalmente protegido sólo podrá cargar por causalidad el resultado por lo que este no puede provocar finalmente de ese modo. En cuanto al punto de vista desde el que se analiza la cuestión de la creación del peligro rige también la prognosis objetivo-posterior en la forma que se han impuesto en la teoría de la adecuación, es decir, todo depende de si un observador inteligente antes del hecho hubiera considerado que la correspondiente conducta es arriesgada o que aumenta el peligro y que para ello observador del eventual saber especial del autor en concreto. Así pues, si alguien aconseja a otro de un paseo sabiendo que también está al acecho un asesino, naturalmente habrá que afirmar que hay una creación

de peligro y el hecho será punible como asesinato u homicidio si se mata al paseante” (Roxin, Ingerencia e Imputación Objetiva, 2007, pág. 199)

En definitiva, si jurídicamente el riesgo por más relevante que sea en el resultado no está proscrito o limitado por el ordenamiento vigente, no existe creación de riesgo objetivo considerable a nivel penal y por lo tanto no puede realizarse imputación alguna.

Ahora bien, a partir de lo desarrollado se plantea una cuestión extra en el presente criterio, sintetizado en este supuesto: ¿Qué pasa cuando se crea un riesgo jurídicamente desaprobado, pero no se materializa el peligro?

La imputación objetiva no se agota con la sola verificación de un riesgo jurídicamente desaprobado, al contrario, necesita constatar que ese riesgo se ha materializado en la realidad mediante un resultado lesivo.

En este sentido, se excluye la imputación objetiva cuando el sujeto ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que atenta contra un bien jurídico protegido, pero que el resultado no está vinculado con ese peligro.

Ejemplo de aquello, cuando una persona es apuñalada en regiones no vitales de su cuerpo, por lo cual es llevada de urgencias al hospital, y en el trayecto sufre un accidente de tránsito que genera su muerte. En este caso el autor no podrá iniciarse el juicio de imputación objetiva por el delito de homicidio.

Por el contrario, si una persona arroja por un acantilado a otra, con el fin darle muerte a esta en el momento de contacto con el suelo, empero, la víctima en la caída libre golpea con unas piedras, produciendo la muerte antes de lo esperado; el autor no estaría exento de imputación objetiva, por cuanto la creación del peligro es adecuada al resultado, por más que haya existido es una desviación causal no prevista, la cual es insignificante en el daño provocado.

Por su parte, el aumento del riesgo permitido a diferencia de la falta de responsabilidad penal en los casos donde el riesgo es relevante en la producción de un resultado, pero que jurídicamente es inocuo, Roxin, plantea este criterio para conductas que son relevantes jurídicamente, pero que también están excluidas de la imputación objetiva.

Estas conductas si bien entrañan un peligro jurídicamente relevante, no son susceptibles de imputación porque el ordenamiento jurídico los autoriza.

Tal es el caso de la conducción, ya que, el solo hecho de conducir conlleva un peligro para los transeúntes y conductores, no obstante, las normas habilitan la creación de este riesgo a través de la licencia de conducir, en este sentido, si la persona actúa acatando todos los parámetros previstos por las leyes de tránsito y genera la producción de un resultado lesivo, estará exenta de imputación objetiva, ya que actuó dentro de los límites previstos del riesgo.

Ahora bien, el estimado lector, debe estarse preguntado: ¿Cuándo se incrementa el riesgo? Del ejemplo antes citado, una creación de riesgo se daría en varias circunstancias, tal es el caso de que el conductor del vehículo que ha provocado un determinado resultado no tenga la licencia de conducir, sus llantas estén en mal estado, o conduzca en estado de ebriedad. No obstante, para Roxin, habrá que verificarse si esa creación de peligro está directamente relacionada con el resultado provocado.

Al respecto Roxin nos manifiesta: “se entiende el riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante pero que de modo general independientemente del caso concreto está permitida y por ello a diferencia de las causas de justificación excluyen ya la imputación al tipo objetivo” (Roxin, Derecho Penal Parte General, 2008, pág. 201)

Finalmente, la esfera de protección o ámbito de aplicación de la norma, parte con la premisa que las normas jurídicas penales, son creados con el fin de evitar determinadas creaciones de peligro, en consecuencia, no todo resultado lesivo provoca la imputación objetiva, sino, únicamente aquellos que estén dentro del alcance del tipo.

En este sentido, si el resultado creado por cierto sujeto (inclusive si es jurídicamente desaprobado), no está previsto en los resultados que intenta evitar la norma, no se podría atribuir objetivamente la conducta realizada a su autor.

Con esto, Roxin, trata de limitar la punibilidad de las conductas, pues para él, es necesario determinar un límite de supuestos que la norma jurídica protege, de tal manera que no todo resultado dañoso sea imputable, esto incluye, las consecuencias secundarias que se producen a través de un ilícito. Ya lo decía Hegel, la conducta humana solo es imputable a su autor cuando se la reconoce como propia, es decir, será responsable una

persona por los daños que directamente cause con su conducta y no por las derivaciones de esta, ya que, de así suceder, retrocederíamos a la teoría de la equivalencia de las condiciones (causalismo).

Con lo propuesto, Claus, da paso al análisis de la competencia de la víctima en ciertos delitos, para lo cual desarrolla cuatro casos:

1. La participación en una autopuesta en peligro.
2. El consentimiento en una autopuesta. (temas abordar más adelante)
3. El traslado del riesgo.
4. Los daños derivados de un shock.

Si bien estos criterios son similares con los propuestos por el catedrático de la Universidad de Bonn, Gunter Jakobs, existen marcadas diferencias, las cuales se desarrollarán en un capítulo posterior dedicado al análisis y estudio de los postulados de cada uno de ellos respecto a la imputación objetiva.

En conclusión, Roxin (2007) nos da el típico ejemplo citado por la doctrina, donde la madre de una persona que ha sufrido un accidente de lesiones de tránsito muere por un shock anafiláctico al ver a su hijo desparramado en el suelo, en este caso, el autor del delito imprudente solo responderá objetivamente por las lesiones ocasionadas al transeúnte lesionado, más no por la muerte de la madre de este último, ya que, el delito de lesiones en tránsito pretende evitar daños ocasionados por accidentes entre automotores y no, los efectos corporales a consecuencia de estos.

#### **4.2.3.3 La imputación objetiva desde el modelo menos decionista de Gunther Jakobs.**

Antes de iniciar con el análisis de los criterios de Jakobs respecto de la imputación objetiva, los cuales, tienen una cierta vinculación con la teoría de la adecuación social propuesta por Wetzel, es necesario plantear un ejemplo típico<sup>18</sup> (al puro estilo de un libro técnico de imputación objetiva) para una mayor comprensión. **¿Dios aplicó la imputación objetiva en el caso Adán y Eva?**

---

<sup>18</sup> Véase Felipe Rodriguez, Pedro Granja, Percy Garcia Caverro y el propio Gunter Jakobs.

Es conocido por el auditorio social cristiano apostólico (e inclusive agnósticos o ateos por cultura general), que el paraíso del Edén, al inicio de los tiempos (si usted acepta la hipótesis creacionista), estuvo compuesto únicamente por dos personas: Adán y Eva. Todo en ese lugar era idílico, pues poseía todos los placeres que el ser humano necesita, no obstante, existía una única regla divina y era: No comer del árbol prohibido.

Resulta que, Lucifer encarnado en una serpiente, induce mediante engaños (viciando su consentimiento) a Eva para que coma del árbol prohibido; y, efectivamente Eva come del fruto del árbol prohibido, para luego dárselo a Caín sin explicarle su procedencia.

Dios, al constatar que tanto Adán como Eva incumplieron con su único mandato divino, los condena a ser desterrados del paraíso y a la serpiente la condena arrastrarse por toda su vida.

¿La condena impartida por Dios responde a los criterios de la imputación objetiva? La respuesta a esta pregunta será contestada al final de este apartado, cuando el lector tenga claro los criterios propuestos por Jakobs.

Los planteamientos de Jakobs se inclinan, como se venía anunciado en líneas anteriores, con un atisbo de la teoría de la adecuación social, pues Günter concibe al injusto como una perturbación social, como la manifestación del sentido incompatible con la norma a partir de una defraudación de expectativas normativas.

Además, Jakobs, de forma decisiva, sostiene que la imputación objetiva tiene como deber determinar en qué momento se ha producido la transgresión de las expectativas sociales que surgen del rol asumido.

En este sentido, para el referido autor, la imputación objetiva no es un escueto vínculo entre la acción y el resultado, sino, el análisis de la conducta del autor a partir de las expectativas normativas exigidas; y el análisis de un resultado que cree perturbación en la sociedad producto del quebrantamiento de un rol asumido.

Es así que, Jakobs plantea cuatro criterios, los cuales constituyen a la par, presupuestos de exclusión de la imputación objetiva:

- Principio de confianza

- Riesgo Permitido.
- Prohibición de Regreso.
- Autopuesta en peligro o competencia de la víctima.

#### ***4.2.4. Exclusión de la imputación objetiva***

##### **4.2.4.1 Principio de confianza.**

En el mundo tan complejo en el que vivimos, donde las relaciones sociales son prácticamente anónimas por la multiplicidad de sujetos que interactúan en ella, es necesario que los integrantes de una sociedad asuman un conjunto de roles para que sea posible la supervivencia de una comunidad.

El rol entonces constituye la división de trabajo que asume cada integrante de la sociedad para que esta funcione, pues, no es deber de los ciudadanos controlar los roles de otras personas.

Ahora bien, los roles que cumplimos en la sociedad varían constantemente en el día, por cuanto, cada acción que realizamos tiene un rol inherente que debemos cumplir. Así cuando nos levantamos a estudiar o trabajar, debemos movilizarnos para llegar a nuestro destino, para lo cual conducimos en nuestro automóvil, en ese momento tenemos el rol del conductor que conlleva al cumplimiento de tener los papeles al día, a mantener el carro en buen estado y cumplir con las señaléticas de tránsito correspondientes. Luego, al llegar a nuestro trabajo tenemos el rol ingénito a nuestra profesión, si es un médico, deberá atender con pericia y prudencia a sus pacientes, si es servidor público, a cumplir con eficiencia, eficacia y probidad sus funciones. Al finalizar el día, si es padre de familia, asume ese rol, obligándose a proveer de alimentos a sus hijos.

Como se puede observar, el rol varía según las circunstancias que se presenten cada día. Jakobs distingue entre dos tipos de roles: comunes y especiales. Los comunes como su nombre de indica son aquellas obligaciones en común que tienen todos los integrantes de la sociedad, como lo es el rol de pagar impuestos, mientras que los especiales, son los roles que se asumen por una profesión determinada (medico, conductor, etc) o por ser garantes del cuidado de ciertos sujetos.

En este orden de ideas, todas las personas, conocemos los roles que debemos asumir a diario, y es aquí donde entra el principio de confianza, pues, los integrantes de la sociedad confían en que sus semejantes cumplirán con sus roles ya sean comunes o especiales, pues existe las legítimas expectativas normativas que exigen su cumplimiento.

Ejemplificando lo antes dicho, un médico tiene una cita programada para realizar una intervención quirúrgica, llega al quirófano e inicia la incisión correspondiente para extraer una muestra maligna, no obstante, la operación inesperadamente se complica y el paciente muere por sepsis, ya que, el bisturí que utilizó no había estado esterilizado.

La primera pregunta que debemos hacernos: ¿Es el Doctor responsable por la muerte de su paciente? Para responder a esta pregunta, es necesario determinar si la asepsia de los instrumentos quirúrgicos está dentro del rol del médico cirujano. En consecuencia, razonaríamos que el medico no es imputable objetivamente, ya que, la encargada del rol de limpieza del bisturí era la enfermera principal de cirugía, y el galeno actuó confiando en que todo su equipo médico cumplirá su rol, ergo, la enfermera defraudó una expectativa normativa.

En términos del propio Jakobs: “lo que no es compensado por el autor del delito será compensado por quién dirigitamente defraudó la confianza y será él quien deba responder” (Jakobs G. , Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, 1997, pág. 219)

En esta línea argumentativa, no cabe la menor duda que el rol es un delimitador de competencias a las cuales estamos llamados a cumplir, pues este define los derechos y obligaciones que ostentamos en determinadas situaciones.

Sin perjuicio de lo antes dicho, existe una limitante para el principio de confianza la cual consiste en el saber previo, es decir, si se tiene conocimiento que un tercero no cumplirá con el rol que se espera de él, no se podrá invocar el principio de confianza como excluyente de imputación objetiva.

Retomando el ejemplo anterior, el médico cirujano será imputado únicamente si conocía que la enfermera no desinfectó los utensilios quirúrgicos, por cuanto, es garante de la integridad de su paciente en su rol de médico.

#### **4.2.4.2. Riesgo permitido.**

Partamos con la premisa de que toda actividad humana por más pasiva que esta sea entraña un peligro o riesgo en mayor o menor medida según sea el caso particular que se presente.

Estas actividades humanas se traducen dentro del ámbito jurídico penal -no todas- como el ejercicio de los roles asumidos por los integrantes de la sociedad, las cuales conllevan inherentemente un riesgo para los bienes jurídicos de las demás personas, tal es el caso de la conducción automovilística.

Al respecto, Enrique Bacigalupo, nos expresa que: “No toda generación de un riesgo de resultado puede ser prohibida por el Derecho penal pues ello significaría una intromisión intolerable de la libertad de configuración de acción” (Bacigulpo, 1999, pág. 118)

Lo citado es coincidente con el pensamiento del catedrático de la Universidad de Bonn, pues, una sociedad sin riesgos no es posible y por ello es necesario tolerarlos dentro de los límites razonables establecidos, ya que, únicamente de esta manera se asegura la coexistencia de un determinado grupo social. En este sentido, el riesgo permitido son aquellos escenarios que ponen en peligro bienes jurídicos, pero que, debido a su importancia en el desarrollo de una sociedad, están exentos de imputación penal alguna y por ende la comunidad permite los mencionados riesgos.

Ahora bien ¿Cómo se fijan los límites de los riesgos tolerables? A partir de una ponderación de costos y beneficios, en el sentido que, si el rol genera mayores beneficios sociales que el peligro que crea, el riesgo queda totalmente justificado.

Por su parte, Von Diethelm (1996), asevera que jurídicamente, los riesgos permitidos no pueden ser conceptualizadas en su totalidad por la amplitud de circunstancias que se presentan en las relaciones entre individuos, por ello, plantea que su concepto debe estar vinculado a las acciones socialmente admitidas. Planteamiento que fue apoyado por Buaman y Bockleman quien sostenía que: “este asume potenciales decisiones al margen de la ley no transmite ningún nivel de cuidado de forma continuada de acción, siempre que no se encuentre obligado por lo que comunica socialmente” (Bockleman, 2000, pág. 239). Lo cual es coherente con las bases por las cuales Jakobs



desarrollo este modelo de imputación, recordemos que Günter concebía al injusto como una perturbación social y, por ende, si el injusto no causaba un resultado relevante en las estructuras sociales, no se podría iniciar el juicio de imputación a determinado sujeto.

Para resolver este entrañado de controversias respecto a la valoración que debe tener el riesgo permitido, Jakobs definió a este en su dimensión negativa: “deja de estar permitido aquel comportamiento que el propio derecho define como no permitido prohibiéndolo ya por su peligrosidad concreta o abstracta incluso bajo amenaza de pena o de multa administrativa” (Jakobs G. , Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, 1997, pág. 218)

No obstante, acepta que es imposible delimitar la multiplicidad de riesgos permitidos, tal es el caso, de los médicos cirujanos, donde los estándares que delimitan sus riesgos están dados por la *lex artis*, por ello, acepta los límites que histórica y socialmente han sido aceptados.

Ahora bien, ¿Cuándo se imputa objetivamente? Admitido entonces que cada rol que cumple una persona en la sociedad conlleva a la creación de un peligro, es necesario que el portador de ese rol, lo administre de forma responsable, ya que, si este excede o sobrepasa el riesgo permitido, sería objeto de imputación.

Ejemplificando lo dicho: Juan va en su automóvil a 50km/h, atrás de un anciano que lleva la misma marcha, al ingresar a una curva, Juan decide rebasar, provocando un accidente con el automóvil que venía en sentido contrario. En este caso, sin duda alguna Juan rebaso el riesgo permitido, pues en una curva esta proscrito el adelantamiento de los automóviles y producto de aquello, transgredió el principio de confianza en la legítima expectativa de la víctima de delito, quien esperaba que Juan no realizara dicha maniobra, ergo, se imputa objetivamente por el resultado causado.

Por otro lado, Jakobs planteaba la cuestión del lado subjetivo de los conocimientos especiales, pues, dentro de una sociedad tan globalizada y variada como la nuestra, existirán personas dotadas de facultades físicas y psíquicas peculiares o específicas a diferencia de otras personas que no las posean, es decir, existen miembros de la sociedad con conocimientos superiores en un tema específico pero que debido al rol general que cumplen no se les puede exigir actuar conforme su conocimiento especial.

Al respecto Jakobs (1996), nos da el siguiente planteamiento, un estudiante de Biología trabaja como mesero en el restaurante más caro de la ciudad, por lo cual, en ejercicio de sus actividades es enviado a dejar un plato en la mesa no.3, durante el trayecto se percata que en la ensalada hay una hoja morada perteneciente a una vegetación venenosa, no obstante, entrega el plato y al cabo de unas horas el comensal fallece.

¿Debe ser imputado objetivamente el estudiante de Biología por el delito de homicidio? La respuesta es no, pues, el rol que se le exige dentro del restaurantes se zanja en las funciones de servir, limpiar y lavar platos, y no el conocimiento de la toxicidad de los vegetales, por ende, al momento de dejar el plato de comida en la mesa del comensal, el estudiante no ha rebasó el riesgo permitido por su rol. No obstante, en caso de existir en el ordenamiento jurídico (En Ecuador no existe), se deberá imputar por el delito de omisión de socorro.

En este punto, estoy seguro de que, muchos de los lectores no estarán conformes con la respuesta dada, por lo cual citaré al propio Jakobs quien fundamentó de forma brillante su postulado de la siguiente manera:

“ Si seguimos manteniendo la tesis de que el Derecho penal debe involucrarse en todos los aspectos de nuestras vidas esa posición de verlo como un dispositivo paternalista que nos castiga a todos por todo aquello que logramos investigar por todos los conocimientos adicionales a nuestros roles no sería mucho más favorable no aprender nada , andar deambulando por el mundo como ignorantes absolutos porque bajo esta concepción entre más sabemos más posibilidades tenemos de terminar preso” (Jakobs G. , ZStw, 1995, pág. 223)

En definitiva, los conocimientos especiales no deberán ser tomados en cuenta al momento de iniciarse un juicio de imputación, siempre y cuando, la persona haya actuado en función de un rol general.

#### **4.2.4.3. Prohibición de regreso.**

Este criterio de la imputación objetiva constituye un límite en la participación punible de una persona, donde quien, ha cooperado de manera culposa en la realización dolosa de un tipo, no podrá ser responsable penalmente.

En este sentido, la prohibición de regreso constituye aquel criterio que excluye la imputación penal, si una conducta se realiza de modo estereotipada, cotidiana, neutra o inocua.

Se trata de determinadas circunstancias donde el autor de un delito desvía o expande la responsabilidad penal a un tercero que ha actuado de forma mecánica en la comisión de un delito. En otras palabras, una persona facilita el cometimiento de un ilícito al autor de este, sin que el primero quebrante su rol (no tiene conocimiento del aporte que realiza).

Para ejemplificar lo argumentado, me hare valer de un caso suscitado en hechos reales, donde el autor de este trabajo investigativo coadyuvó al planteamiento de la teoría del caso para que el imputado sea declarado inocente. El señor Marcos J, es un conductor profesional, que labora a diario en su Dina (camión) realizando fletes desde la ciudad de Guayaquil a la ciudad de Machala; un día ciertas personas, lo contrataron para que traslade empaques frutales hacia una hacienda ubicada en las periferias de la ciudad de Machala, este aceptó y emprendió su viaje; durante el trayecto se ejecutó un control operativo de parte de la Policía Nacional, quienes le solicitaron que abra la puerta trasera para inspeccionar el contenido de las encomiendas; y, para sorpresa de Marcos J, algunos empaques frutales contenía cannabis, por lo tanto, los uniformados procedieron a aprehenderlo.

¿Qué tesis se manejó para ratificar el estado de inocencia de Marcos J?

Precisamente se utilizó el criterio de la prohibición de regreso, pues, Marcos, jamás rebasó su riesgo permitido, ya que, actuó bajo su rol de conductor profesional, su conducta se limitó a trasladar la encomiendas por las cuales lo contrataron, que si bien, este actuar pudo haber facilitado el cometimiento de un ilícito, Marcos desconocía de aquello, pues, su rol consistía en el transporte de cualquier tipo de mercadería y confiaba que los contratantes no le enviarían dentro de los empaques sustancias sujetas a fiscalización (principio de confianza).

Como podemos observar, la prohibición de regreso consiste en no salpicar de imputación objetiva a un tercero, que, si bien puede cooperar en un hecho delictivo, este no es penalmente imputable por cuanto actúa estrictamente bajo su rol y con desconocimiento de la conducta del autor del ilícito.

Sin perjuicio de lo antes dicho, Roxin (1997) era escéptico respecto a este planteamiento pues decía que la utilidad de este criterio se encontraba enmarcada dentro del riesgo permitido y por ello era irrelevante su desarrollo.

Mientras que, en un sentido diferente, Welp<sup>19</sup>, opinaba que el autor doloso que actúa de manera inmediata bloquea al extraño el acceso de una responsabilidad por el resultado pues la posibilidad de influencia del partícipe se reduciría a anteponer motivos de elección propias del autor principal ya que no lo puede calcular previamente.

Bajo estas consideraciones podemos entender el porqué de la denominación de este criterio (prohibición de regreso) pues, el actuante en estos casos no se le puede regresar la responsabilidad penal que pesa sobre el autor.

Finalmente, Jakobs (1997) explica este criterio a partir de tres presupuestos, el primero, que consiste en el anonimato o carencia de relación entre el autor del delito y un tercero, tal es el caso, de un grupo de terroristas que amenaza con matar a un ministro si un tribunal condena a uno de sus integrantes; el tribunal efectivamente lo sentencia y el grupo terrorista mata el ministro. Los Magistrados quedan exentos de responsabilidad penal.

En el segundo, existe una relación prestacional o comercial entre el autor y el tercero, pero que, el autor puede obtener la misma prestación con otras personas, tal es el caso, del ejemplo citado en líneas anteriores. Y el tercer presupuesto, que, si es punible, se da cuando el autor del delito exige una conducta que inequívocamente conllevará a la comisión de un ilícito. Son los tan conocidos casos de inducción y complicidad, ejemplo claro de aquello, se da cuando el tercero adiestra a los autores directos o coautores del delito para neutralizar guardias.

En consecuencia, de todo lo desarrollado podemos aseverar que una sociedad con necesidad imperiosa de prestaciones netamente estereotipadas y mecánicas no puede prescindir de la prohibición de regreso para su normal desenvolvimiento.

---

<sup>19</sup> Citado por Roxin Claus, Imputación objetiva en el Derecho Penal, 2012, pág 399.

#### **4.2.5 Responsabilidad de la víctima**

##### **4.2.5.1 Auotopuesta en peligro de la víctima o competencia de la víctima.**

El último y cuarto cuadrante (objetivo del presente trabajo investigativo) de la imputación objetiva propuesta por Jakobs tiene una relación estrecha con el riesgo permitido, pues lo que se analiza es, si la supuesta víctima de un delito ha rebasado su propio riesgo permitido a tal punto que ha provocado el resultado que la convirtió en víctima.

En este orden de ideas, el presente criterio pretende valorar la intervención de la víctima en el suceso generador de un resultado lesivo, pues, si esta comporta una conducta deliberada arriesgada, debe asumir las consecuencias producto de su carente autoprotección.

Polaino Orts, explica de forma muy didáctica lo dicho en líneas anteriores: “quien juega con fuego asume tácitamente que debe quemarse”. (Polaino-Orts, Lo verdadero y lo falso en el Derecho Penal del Enemigo, 2009, pág. 116)

La víctima en el ámbito de libertad que le otorga el Estado, puede premeditadamente o no quebrantar su propio rol, rebasar su riesgo permitido e incumplir con el principio de confianza, ergo, exponerse a ser lesionada, en este sentido, la víctima actúa al margen de su autoprotección, cuando voluntariamente se incorpora en una relación de riesgo donde no está asegurada su integridad, sin que necesariamente consienta en la lesión o pérdida de sus bienes jurídicos, empero, tácitamente asume la inevitable posibilidad de sufrir daños.

Felipe Rodríguez, considera tres supuestos en los cuales la víctima adquiere su condición de tal: “1.- Que la víctima haya cumplido su rol. 2.- Que la víctima haya incumplido su rol, pero dicho incumplimiento no es causa de la producción de un resultado negativo; y, 3.- Que la víctima haya incumplido su rol y que el incumplimiento sea la causa de la producción de los resultados.” (Rodríguez, 2020, pág.256)

Lógicamente, en el presente apartado, el presupuesto in examine es el tercero, pues el Derecho Penal no puede recriminar a la persona que atenta contra sus bienes jurídicos, ni aquellas que han participado en esta relación, salvo casos excepcionales como la instigación al suicidio.

Así las cosas, Jakobs (1996) planteó los requisitos que deben concurrir para determinar el criterio de autopuesta en peligro:

1. En el suceso productor de resultado lesivo, debe producirse una actuación conjunta entre el autor y la víctima.
2. Existe una actuación consentida de la víctima, entendiéndose como la aquiescencia en la actuación peligrosa, más no en el resultado.
3. El autor del ilícito no debe estar en posición de garante de la víctima

Para explicar estos presupuestos, procederé a ejemplificarlo de la siguiente manera: Salvador un joven de 23 años, siempre ha tenido atracción por las mujeres mayores y entretenidas, es así que empieza una relación con Anahí, quien lo invita a una discoteca. Se encuentran en el lugar antes prefijado y empiezan a entablar una conversación, luego bailan, se divierten y se juran amor eterno. En el transcurso del idilio, Anahí bebió en exceso. Una vez finalizada la hora funcional de la discoteca, Anahí ingresa a su automóvil y lo invita a Salvador a su departamento, lo cual es aceptado sin vacilación alguna; en el trayecto al hogar de Anahí, esta conduce imprudentemente, ergo, se estrella contra un poste, provocando lesiones tanto en ella como en su acompañante. Al siguiente día Salvador presente una denuncia por las lesiones cometidas por Anahí.

¿Debe responder Anahí penalmente por las lesiones provocadas en la humanidad de Salvador? Realicemos un check list con los parámetros fijados por Jakobs, el primer punto se cumple, por cuanto en la acción lesiva existen únicamente dos intervinientes Anahí y Salvador, quienes de forma conjunta decidieron trasladarse en el automóvil. Segundo punto, Salvador, consciente de que Anahí había tomado en exceso y no estaba en condiciones de responder a una acción que exige no estar en estado etílico, voluntaria y conscientemente aceptó la invitación propuesta por Anahí pese a que conocía las posibilidades de un potencial accidente, por lo tanto, se cumple este punto. Finalmente, la relación de afinidad que mantenía Anahí con Salvador fue la de enamorados, por lo tanto, Anahí no es garante de la integridad de Salvador. Por todas estas consideraciones podemos afirmar que Anahí no puede ser imputada objetivamente, ya que, ha operado la causa de exclusión de autopuesta en peligro de la víctima<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> No obstante, Roxin nos dirá que en el presente ejemplo existe una heteropuesta en peligro de la víctima, supuesto que se explica a profundidad en la casuística.

Situaciones normativamente similares se darán a futuro con las tan conocidas “Inversiones en Criptomonedas”, pues, la persona que invierte en ello sabe que actualmente ese mercado no está regulado en nuestro país, por lo tanto, el Estado no puede garantizar la seguridad de sus intereses, ergo, la víctima autopone en peligro sus bienes jurídicos.

En este punto es válido realizar la diferenciación entre consentimiento de la víctima y auto puesta en peligro, pues, en el primer caso la víctima consiente en el resultado lesivo de la conducta que se perpetra en contra de esta, mientras que, en la autopuesta, la víctima consiente en la acción mas no en el resultado. Además, como se explicó en otro apartado, el consentimiento excluye la antijuridicidad, mientras que la autopuesta excluye la imputación objetiva, es decir, la tipicidad.

Al respecto Cancio Melia, de forma técnica, advierte sobre la disimilitud entre los mencionados conceptos:

“Ahora bien puede ocurrir que la actuación de la víctima no traiga consigo la tipicidad del comportamiento del autor en cuyo caso puede también el juzgador muy importante a la hora de determinar la organización del riesgo la que puede llegar a desaparecer en algunos casos con lo que la conducta de la víctima tiene importancia tanto a nivel de imputación de comportamientos como de resultados” (Cancio Melia, El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo, 2010, pág. 329)

Finalmente, al inicio de este apartado, se hizo referencia a si Dios aplica la imputación objetiva, por tanto, una vez analizado los criterios vertidos por Jakobs, procederé analizar la condena:

La serpiente tiene como rol contribuir al equilibrio ecológico, percibir con agudeza las vibraciones terrestres, y atacar en caso de amenaza, no obstante, decidió persuadir a Eva a comer del fruto del árbol prohibido, por lo tanto, se separó de su rol, ergo, rebasó sus riesgos permitidos y defraudó las expectativas sociales que pesaban en ella, por ende, la condena a la serpiente está plenamente justificada.

Eva, tenía como rol complacer a su marido y obedecer los mandatos de Dios, al momento de dejarse seducir por la serpiente, rebasó su riesgo permitido; y al comer del

fruto del árbol prohibido quebrantó su rol, por lo tanto, la condena a Eva también está justificada.

Adán por su parte tenía como rol, los mismos roles que Eva, esto es, complacer a su mujer y obedecer los mandatos de Dios, en este sentido, si bien Adán también deglutó del fruto del árbol prohibido, este lo hizo a partir de su rol que era complacer a su mujer (por ello aceptó comer la manzana) y bajo el principio de confianza, pues Adán, confió que Eva al ser creada por el mismísimo Dios, debía ser tan perfecta como el, por ello, asumió que todas las acciones derivadas de su actuar obedecían a los mandatos de Dios. En definitiva, tenemos que Adán actuó dentro de su riesgo permitido, principio de confianza y no incumplió su rol, ergo, la condena a este es apelable.

Como resultado de la falta de aplicación de la imputación objetiva respecto de Adán, hoy vivimos en un mundo abarrotados de seres humanos.

### **4.3 Marco jurídico**

En el presente apartado, se realizará un estudio minucioso de las normas jurídicas inherentes al objeto de estudio del presente trabajo investigativo, adelantado al estimado lector que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico vigente, el desarrollo normativo del tema planteado es realmente escaso, por ello, se abarcara aquellas normas que tenga una relación intrínseca con la investigación en estudio.

La Constitución de la República del Ecuador consagra en su primer artículo que nuestra nación es un Estado Constitucional de Derechos, lo cual constituye una transmutación radical en el modelo fundacional al cual estábamos acostumbrados, pues abandona el tradicional “Estado de Derecho” para inaugurar este “novedoso” paradigma pro homine. El referido nuevo precepto trae consigo una serie de connotaciones transcendentales para la sociedad ecuatoriana, puesto que, la corriente filosófica a la que apunta la Constitución es de carácter humanista, reconociendo a los derechos subjetivos como la piedra angular del Estado que rige.

Como consecuencia absoluta de este cambio teórico-conceptual tenemos una Carta Magna centrada en el ser humano y sus derechos, los cuales no se limitan a los reconocidos únicamente por la Constitución, sino, aquellos que formen también parte del bloque de constitucionalidad, e inclusive aquellos que no estén previstos en norma



positiva alguna, sin embargo, sean inherentes a la dignidad humana, a esto se lo conoce como principio de clausula abierta.

Estos derechos humanos, son de directa e inmediata aplicación, lo que significa que, un servidor público o juez no pueda alegar falta de desarrollo normativo para su efectivización, pues, la Constitución de Montecristi no solo regula el contenido formal de las leyes, sino, también el material. Sin que esto último constituya control difuso de constitucionalidad.

Ahora bien, vinculando lo argumentado a nuestra investigación, tenemos que, uno de los objetivos específicos a verificar es la existencia de inseguridad jurídica en nuestro país debido al exiguo desarrollo normativo de las causales de autopuesta en peligro y consentimiento de la víctima por parte del legislador, y a la par constatar la existencia de fallos discrepantes por partes de los operadores de justicia a nivel nacional, por ello, analizaré los derechos dispuesto en nuestra Constitución, en la Convención Americana de Derecho Humanos, como también, las normas pertinentes contempladas en nuestra legislación y en el Derecho Comparado.

#### ***4.3.1 Constitución de la República del Ecuador***

##### **4.3.1.1 Seguridad Jurídica. (Art. 82 C.R.E).**

Nuestra Carta Magna en su Artículo 82 prevé como uno de los derechos de protección a la seguridad jurídica, misma que está redactada de la siguiente manera: “Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”

De lo anotado, se puede colegir que el derecho a la seguridad jurídica tiene una estrecha relación con el principio de legalidad, pues, ambos se basan en la existencia y aplicación de normas previas, públicas y claras con el objeto de que el destinatario de estas sepa cuáles serán las consecuencias de su actuar en determinada situación.

Ahora bien, el derecho a la seguridad jurídica jurisprudencialmente ha sido disgregado en dos aristas, la primera refiere al grado de certeza o confianza que tenemos los ciudadanos respecto a las actuaciones que desarrollan los servidores públicos dentro de sus funciones y la segunda es la garantía de no arbitrariedad por parte de quien ostenta

el poder público, de tal manera que, se tenga previsibilidad de la forma en la cual se puede modificar las situaciones jurídicas de las personas, y en qué casos concretos, por ello, la norma debe ser clara, previa y pública.

En este sentido, para que exista certeza en la norma es necesario lógicamente que éstas se encuentren debidamente positivizadas en el ordenamiento jurídico vigente de forma clara y previa a su aplicación, por ello, en el presente trabajo investigativo lo que se busca es el desarrollo normativo por parte del legislador respecto a las causales de exclusión de la imputación objetiva, de tal manera que, se reafirme la confianza de los ciudadanos en las normas, es decir, que exista identidad normativa y de esta manera los magistrados acudan a la fuente principal del Derecho para resolver las causas a su cargo.

Así las cosas, el derecho a la seguridad jurídica constituye una verdadera garantía contra resoluciones u actos de poder público antojadizos, ya que, este derecho proclama el sometimiento de los poderes a los mandatos constitucionales y legales, marcando los parámetros objetivos a los cuales se debe ceñir las funciones de cada servidor público dentro de sus competencias, por ello, es que la vinculación de la seguridad con el derecho a la tutela judicial efectiva es intrínseca, pues, este último no se consume con el mero hecho de acceder la justicia, sino, de alcanzar la justicia y la única manera de lograrlo es a través de la aplicación y respeto de las normas previstas en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Por otro lado, otro de los componentes de la seguridad jurídica es la previsibilidad que en términos generales refiere al grado de conocimiento de cierta circunstancia a suceder. Ahora bien, dentro del ámbito jurídico, la previsibilidad supone el conocimiento de las consecuencias de las conductas humanas, las cuales deben estar estrictamente expresados en la norma, de tal manera que, se tenga seguridad de la forma en la cual se modificará nuestra situación jurídica. En términos más ejemplificativos, la persona que, da muerte a otra, sepa con anticipación a su accionar que, como efecto de su actuar su situación jurídica de libertad será modificada a privativa de esta, dentro de los límites fijados por la misma ley, es decir, de 7 a 10 años y con las condiciones básicas que prescriba aquella.

La Corte Constitucional en un sinnúmero de ocasiones se ha manifestado al respecto:

“De conformidad con la normativa constitucional y criterios jurisprudenciales invocados, se colige que el Derecho Constitucional a la seguridad jurídica garantiza el acatamiento de las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, y la debida observancia de normas jurídicas previas, claras y públicas por parte de las autoridades competentes, lo cual permite guardar un justo equilibrio entre la protección de los derechos y la equidad procesal, otorgando de esta forma, estabilidad y confiabilidad en la administración de justicia.”

En definitiva, tenemos que, la seguridad jurídica consiste en la certeza y previsibilidad de las normas y escenarios jurídicos a darse, pues, le función principal de este derecho es proteger la legítimas expectativas razonables de los ciudadanos a efectos de generar confiabilidad del ordenamiento jurídico y establecer un límite a la potestad discrecional de los servidores públicos que ostentan el poder. (Concretamente en los magistrados.

#### **4.3.1.2. Tutela judicial efectiva. (Art. 75 C.R.E).**

La tutela judicial efectiva al igual que la seguridad jurídica, forman parte de los derechos de protección, constituyendo los pilares fundamentales de la corriente garantista. En este sentido, la tutela judicial efectiva consiste en los mecanismos creados por el Estado para que una persona pueda acceder a la administración de justicia de forma adecuada y sencilla, respetándole en todo momento una serie de garantías con el objeto de asegurarle la no transgresión de sus derechos básicos.

De esta manera, nuestra Carta Magna consagra a la tutela judicial efectiva de la siguiente manera:

Art. 75.- “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”

Ahora bien, lo preceptuado en nuestra Constitución no refleja la complejidad del derecho en mención, pues, se limita a señalar de forma escueta el carácter formal y procesal de la tutela judicial efectiva, por cuanto, únicamente nos habla del acceso libre

a la administración de justicia y el respeto a las garantías básicas que debe presentarse en cada uno de los procesos judiciales.

No obstante, la tutela judicial efectiva constituye una cadena de componentes que deben ser cumplidos no solamente por los órganos jurisdiccionales, sino, por los órganos administrativos con potestad discrecional, pues este mandato constitucional, al igual que todo derecho fundamental, tiene un titular, un obligado y el contenido. El titular somos todas las personas que necesitan una respuesta por parte del Estado, el obligado es cualquier órgano competente sea judicial o administrativo donde se determinen los derechos del peticionario y el contenido este dado de acuerdo con el caso concreto.

En este orden de ideas, la tutela judicial efectiva supone la concurrencia de tres elementos:

1. Derecho al acceso a la administración de justicia,
2. El derecho al debido proceso,
3. El derecho de ejecutoriedad de lo decidido.

El primer elemento, se centra en la remoción de obstáculos, trabas y requisitos irrazonables, tales como la exigencia de meras formalidades, además entraña la garantía de no discriminación ya sea por factores económicos, raza, etnia, nacionalidad, etc., por ello, se habla de que el acceso a la justicia debe ser gratuita e igualitaria. El segundo elemento consiste en la materialización del derecho al debido proceso, es decir, el respeto a las garantías básicas a la defensa, presunción de inocencia, competencia, motivación entre otros, todos estos deben darse al momento de iniciarse, tramitarse y finalizarse un proceso de carácter jurisdiccional o administrativo en razón de la debida diligencia; y, finalmente, el tercer elemento, nos habla de la ejecución de lo decidido, pues, de la simple lógica, de nada nos sirve una respuesta favorable a nuestra pretensión si esta materialmente no se cumple o realiza, por ello, dentro del ordenamiento jurídico deben existir los mecanismos necesarios para que el juez o la autoridad administrativa, pueda compeler el cumplimiento de sus resoluciones.

Todos estos componentes, comportan la real materialización del derecho a la tutela judicial efectiva que como se puede inferir, supone la realización de varios derechos en sí, tales como la seguridad jurídica y el debido proceso, por esta razón, constituye uno de los pilares del Estado Constitucional de Derechos.

#### **4.3.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José)**

El derecho a la seguridad jurídica dentro de los convenios internacionales suscritos por el Ecuador a la presente fecha, no se encuentran plenamente contemplado como tal, no obstante, su reconocimiento tácito se encuentra previsto en el artículo 1 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la siguiente manera:

##### **Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos**

1. “Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

De lo transcrito, la Convención referida compromete a los demás estados a cumplir con las obligaciones previstas en su cuerpo normativo, bajo el principio pacta sunt servanda (lo pactado obliga), de tal manera que, tanto la Constitución de un país y las leyes que formen parte de este, deban adecuarse formal y materialmente a los derechos y garantías dispuesto en la Convención, aquí radica la importancia del control difuso de constitucionalidad carente en nuestro país.

En este sentido, el artículo 1 preceptúa como base de su tratado, el respeto a las normas consagradas en la Convención, lo que se traduce, en el reconocimiento del derecho a la seguridad jurídica, pues, recordemos que este se basa en el respeto a las normas que forma parte de determinado ordenamiento jurídico, las cuales deben ser aplicadas por la autoridad competente.

Por otro lado, y vinculado con el derecho a la seguridad jurídica, tenemos lo previsto en art. 9 de la Convención, el cual nos manifiesta que:

##### **“Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad**

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con

posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delinciente se beneficiará de ello.”

Sin vacilación alguna, el presente autor sostiene que el derecho a la seguridad jurídica contiene una serie de principios tales como el de legalidad, publicidad, irretroactividad, interdicción de la arbitrariedad, taxatividad, entre otros; por ello, el principio antes transcrito es imprescindible para la materialización de la seguridad jurídica, pues, este limita el poder punitivo de un Estado y establece de forma tácita que la norma por la cual se vaya a juzgar a determinado sujeto, debe estar vigente previamente al cometimiento de un ilícito.

Este límite a las potestades públicas se crea a partir de la promulgación de normas, que en el caso en investigación, no existe en nuestro país (autopuesta en peligro de la víctima y consentimiento de la víctima), por ello, los ciudadanos que se encuentren dentro de los presupuestos de aplicación estas causales, están a entera disposición de la subjetividad del juzgador, quien no tiene una restricción en su discrecionalidad (más que la lógica), ya que, no hay desarrollo normativo al respecto, ergo, encontramos fallos donde se aplica una de las causales de exclusión de la imputación objetiva y otros con identidad objetiva en el cual no se aplicó.

Entonces, el principio de legalidad como parte de la seguridad jurídica, comporta una verdadera barrera para quien ostente el poder público, pues quien lo aplique, deberá realizarlo dentro de los límites que las normas impongan y, al hacerlo le corresponde aplicar una serie de principios constitucionales con el objeto de que el respeto a la Carta Magna quede debidamente manifestado. En síntesis, para que el derecho a la seguridad jurídica este plenamente realizado, no basta con la mera ejecución de lo dispuesto en la norma, sino, que en dicha ejecución se haya aplicado los principios constitucionales y legales pertinentes al caso concreto.

La seguridad jurídica en un Estado Constitucional de Derechos (tal es el caso de Ecuador), no puede consumarse con el simple respeto a las normas, puesto que, esto supondría una mecanización del derecho y regresar al habitual Estado de Derecho donde solo basta el sometimiento a la normas jurídicas para materializarse, es así que, la seguridad jurídica debe estar encaminada a conseguir la justicia social, por ello, los

principios de orden convencional y constitucional están por encima de cualquier tipo de norma, para evitar precisamente recaer en fallos apegados a Derecho pero injustos.

La Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia 1290-18-EP/21, manejo el criterio antes argumentado en la destitución de un funcionario militar, pues, determinó que, si bien la causal de remoción estaba plenamente vigente a la época, esta transgredía el principio de igualdad y no discriminación:

“Por lo tanto, a pesar de que la remoción por incurrir en actos de homosexualidad era una causal para ordenar la baja, el efecto de su aplicación es discriminatorio, y por lo tanto la Corte constata que la actuación de la Armada del Ecuador vulneró el derecho a la igualdad y no discriminación del accionante al haber sido separado de la Armada del Ecuador en virtud de la orientación sexual que le fue imputada; principio reconocido en el artículo 11 numeral 2”

#### ***4.3.3 Código Orgánico Integral Penal***

Nuestro Código Orgánico Integral Penal, tal como lo conocemos hoy en día es producto de una gran desarrollo normativo y organizacional, pues con anterioridad a la vigencia de este cuerpo normativo, los delitos y contravenciones se encontraban dispersos a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico, al igual que el proceso penal (que se encontraba en un texto normativo diferente al derogado Código Penal) y se criminalizaban actos que atentaban contra la moral, lo cual es contrario a un Estado que consagra las libertades como el nuestro.

Actualmente nos encontramos con un cuerpo normativo penal que agrupa todas las infracciones penales, el procedimiento y la ejecución de las penas en un solo cuerpo normativo, por ello, en el artículo 17 preceptúa el ámbito material, donde únicamente las materias de niñez y adolescencia o de usuarios y consumidores, pueden contener dentro de sus leyes normativa punible.

Ahora bien, como se ha venido anunciado a lo largo del presente trabajo investigativo, uno de los objetivos específicos es la incorporación de las causales de la exclusión de la imputación objetiva de la autopuesta en peligro de la víctima y consentimiento de la víctima, por cuanto, dentro de nuestro cuerpo normativo penal no existe desarrollo normativo alguno respecto a las referidas causas de exclusión.

Es así que, al no buscar esta tesis una reforma legal como tal, sino, una incorporación de normas es necesario realizar el estudio del apartado donde se estima localizar las causales mencionadas en líneas anteriores. Advirtiéndole al estimado lector que la causal de autopuesta en peligro deberá necesariamente inaugurar el apartado de causa de exclusión de la tipicidad objetiva, debido a que, nuestro Código Orgánico Integral Penal no prevé norma al respecto, únicamente se estipula el error de tipo introducido en las reformas del 24 de diciembre de 2019.

#### **4.3.3.1 Causas de exclusión de la antijuridicidad. (Art. 30 y 175 COIP).**

Así las cosas, el artículo 30 del Código Orgánico Integral Penal, contempla las causas de la exclusión de la antijuridicidad de la siguiente manera:

“Art. 30.- Causas de exclusión de la antijuridicidad. - No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa. Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal.”

De lo anotado, se puede colegir con claridad meridiana que, si bien existe el apartado de causas de exclusión de la antijuridicidad, esta no prevé el consentimiento de la víctima como una de ellas, limitándose únicamente a los dos conceptos básicos desarrollados por la doctrina, esto es: estado de necesidad y legítima defensa.

Empero, ¿en qué consisten las causas de exclusión de la antijuridicidad? Son preceptos que prevén la permisividad de ciertas conductas que si bien a prima facie, lesionan o amenazan bienes jurídicos, estas son exentas de responsabilidad penal, por razones político-criminales o sociales, convirtiéndolo al hecho de ilícito a lícito.

Estas razones político-criminales han ido transmutando con el tiempo conforme el desarrollo doctrinario, pues, al inicio las teorías monistas planteaban que solo las conductas donde se empleaban medios adecuados para un fin lícito debían ser causas de exclusión, mientras que por su parte las teorías dualistas planteaban más “beneficio que perjuicio o ponderación de bienes jurídicos”. Todas estas teorías quedaron obsoletas puesto que, desnaturalizaban la institución jurídica de las causas de exclusión de la antijuridicidad, ya que, el ámbito de aplicación se limitaba en demasía; de persistir en la



actualidad aquella teoría, el consentimiento de la víctima no tendría cabida dentro de las causas de exclusión.

Debido a esto, la teoría dominante en la actualidad maneja la permisión de conductas bajo los principios de “ausencia de interés” (consentimiento de la víctima) e interés preponderante. La ausencia de interés consiste en que, el titular del bien jurídico amenazado o lesionado, renuncia voluntariamente a la protección jurídica que le brinda el Estado, tal es el caso del consentimiento de la víctima, pues, cuando el sujeto pasivo da expresa anuencia del resultado lesivo a realizarse, el interés de la sociedad en sí y del propio Estado disminuye en gran medida, a tal punto que, la conducta típica y antijurídica no cobra mayor relevancia penal. Por su parte, en el interés preponderante, la conducta lesiva queda excluida por cuanto el daño realizado a determinado bien jurídico, es con el fin de salvaguardar otro de mayor valía.

No obstante, los principios desarrollados en líneas anteriores deben estar sujetos a otro tipo de principios como lo es el de proporcionalidad y necesidad. En este punto es válido recalcar que en ciertos supuestos de hecho la colisión de bienes jurídicos no se puede resolver a partir del estado de necesidad e imperiosamente se deberá recurrir a la valoración del procedimiento mediante el cual se actuó de forma justificada, de tal manera que, de haber procedido de otra manera, la conducta sería ilícita.

Recordemos que las causas de exclusión de la antijuridicidad prevén un elemento objetivo y subjetivo, en este sentido, no basta que el autor de un actuar justificado haya adecuado su conducta a la causa de exclusión (elemento objetivo), sino es necesario que este sepa que actúa conforme a tal. (elemento subjetivo).

Muñoz Conde, fino como de costumbre ejemplifica lo señalado en líneas anteriores de la siguiente manera:

“no actúa por ejemplo en legítima defensa quien mata por venganza a otro sin saber que la víctima estaba esperándolo precisamente para matar la exclusión de la legítima defensa en este caso no se debe a que se mate por venganza sino a que el autor no sabía subjetivamente que estaba defendiéndose de la agresión de la víctima” (Muñoz, 2014, pág. 335)

En este sentido, el elemento subjetivo no presupone una valoración de las intenciones o motivos por los cuales el autor de una conducta justificante actúa, sino, que debe verificarse que el sujeto actúa conscientemente dentro de los límites autorizados.

Bajo las líneas argumentativas desarrolladas, podemos afirmar de forma taxativa que la causal de consentimiento de la víctima se encuentra plenamente justificada (al menos doctrinalmente) para ser incorporada dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pues, dicho accionar está bajo el paraguas del principio de exclusión de la antijuridicidad denominado “ausencia de interés”.

Finalmente es menester dar a su conocimiento la existencia de normas que nos brinda un atisbo de la procedencia de esta causal, tal es el caso del art. 175 del COIP:

Art. 175.- Disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva. - Para los delitos previstos en esta Sección se observarán las siguientes disposiciones comunes: "5. En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante, excepto en los casos de personas mayores de catorce años que se encuentren en capacidad de consentir en una relación sexual".

En las presentes disposiciones, el legislador de forma tácita reconoce al consentimiento de la víctima como una causal de exclusión de la antijuridicidad, puesto que, reconoce el derecho de libertad sexual a los adolescentes mayores de catorce años y por ende declara la capacidad para otorgarles la potestad de disponer de ese bien jurídico, por ello, el consentimiento que presten aquellos, elimina la antijuridicidad de la conducta cometida por el supuesto autor del ilícito sexual, siempre y cuando este sea expreso.

A grosso modo, si atendemos al sentido literal de la ley penal, cada vez que los miembros de la sociedad mantienen relaciones sexuales con sus semejantes, están adecuando su conducta al tipo penal de violación, no obstante, es el consentimiento dado por los intervinientes el cual suprime el carácter de antijurídico del acto y, por ende, no se penaliza esta práctica. Véase aquí con un ejemplo tan simple y genérico, la necesidad de incorporar esta causal de exclusión de la antijuridicidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

#### **4.3.3.2 Consentimiento de la víctima como causa de exclusión de la tipicidad objetiva.**

Como bien se especificó en saciedad dentro de marco doctrinario, existen ciertos tipos penales que configuran al consentimiento como un elemento objetivo del tipo, tales son los supuestos de hechos contemplados en los artículos Art. 150, 164, 165, 178, 186, 208B; y 225 del COIP, es así que, en esos casos, la aquiescencia prestada por la víctima no excluye la antijuridicidad debido a que la adecuación de la conducta no se ajusta el tipo penal, ergo, no se puede avanzar al peldaño del juicio de desvalor de la conducta, es decir, la antijuridicidad.

Es así que, nuestro Código Orgánico Integral Penal, tipifica esta serie de delitos donde el consentimiento forma parte del complemento al verbo rector de los tipos penales, y por ende se circunscribe dentro de los elementos del tipo, razón por la cual, se procede a realizar un análisis de tales ilícitos:

“Art. 150.- Aborto no punible. - El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.”

De lo transcrito, podemos colegir que la persona que cause un aborto (actualmente se declaró la inconstitucionalidad de la palabra “en una mujer que padezca discapacidad mental” revisar sentencia 34-19-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador) no responderá penalmente, si el “autor” concurre en cualquier de los dos supuestos previstos en la norma, no obstante, como elemento dirimente del tipo, encontramos que la víctima (sus familiares o representante legal) debe consentir en la interrupción del embarazo, caso contrario, no se verificaría la causa absolutoria de punibilidad, por tanto , adecua su conducta a otro tipo penal.

Como podemos apreciar, el consentimiento de la persona titular del bien jurídico protegido forma parte esencial de los elementos objetivos del tipo, por lo tanto, de no

existir tal asenso, no se adecuaría la conducta del autor con el tipo penal absolutorio de responsabilidad penal, ya que, no se ha verificado uno de los elementos del tipo.

Por su parte, el artículo 164 del cuerpo normativo en referencia, preceptúa lo siguiente:

“Art. 164.- Inseminación no consentida. - La persona que insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad o no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, quien la ocasione será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.”

En el presente tipo penal, tenemos que su denominación en sí nos adelanta que el consentimiento de la víctima será el elemento imprescindible para la configuración del ilícito, pues, cuando una persona de forma voluntaria y consciente decide en realizar un tratamiento de reproducción asistida sobre su humanidad, el galeno de la salud o persona que lo realice no estará expuesto a imputación objetiva alguna, pues, el consentimiento de la “víctima” no permite que el delito se configure, excluye un elemento del tipo objetivo, por lo tanto, no existe responsabilidad penal para este.

Asimismo, el Art. 165 ibidem, dispone lo siguiente:

“Art. 165.- Privación forzada de capacidad de reproducción. - La persona que, sin justificación de tratamiento médico o clínico, sin consentimiento o viciando el consentimiento, libre e informado, prive definitivamente a otra de su capacidad de reproducción biológica, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años. Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad o no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, la pena privativa de libertad será de diez a trece años.”

Tal como en el caso anterior, tenemos que el consentimiento de la “víctima” forma parte del complemento del verbo rector “privar”, es decir, del elemento objetivo del tipo penal, por ello, cuando la víctima por razones médicas razonables, consiente en realizarse una esterilización tubárica permanente (como el caso de la ligadura de las trompas de Falopio), la persona encargada de la intervención quirúrgica no podrá ser objeto de

responsabilidad penal, pues la víctima conocía los resultados de tal operación y brindó su aquiescencia al respecto.

De similar forma el artículo 178 del COIP, nos entrega otro penal donde el consentimiento es el factor determinante:

“Art. 178.- Violación a la intimidad. - La persona que, sin contar con el consentimiento o la autorización legal, acceda, intercepte, examine, retenga, grabe, reproduzca, difunda o publique datos personales, mensajes de datos, voz, audio y vídeo, objetos postales, información contenida en soportes informáticos, comunicaciones privadas o reservadas de otra persona por cualquier medio, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. No son aplicables estas normas para la persona que divulgue grabaciones de audio y vídeo en las que interviene personalmente, ni cuando se trata de información pública de acuerdo con lo previsto en la ley.”

En artículo en mención, nuestra legislación penal sanciona a la persona que entre otras cosas divulgue datos personales de otra, otorgando la salvedad que, si la víctima presta el consentimiento respecto a la difusión de su información privada, “el autor” no será penado, ya que, al igual que en los otros tipos penales, no concurren los elementos del tipo para que se adecue de forma perfecta la conducta.

En esta misma línea argumentativa, el artículo 186 prescribe lo siguiente:

“Art. 186.- Estafa. - La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. 1. Defraude mediante el uso de tarjeta de crédito, débito, pago o similares, cuando ella sea alterada, clonada, duplicada, hurtada, robada u obtenida sin legítimo consentimiento de su propietario.”

De lo anotado, si bien este artículo prevé varias modalidades de configuración de estafa (el inciso primero es susceptible de autopuesta en peligro de la víctima en sí, tal es el caso de las inversiones en plataformas digitales como IX o DÍA, donde el sujeto pasivo tenía conocimiento que su inversión no podía ser asegurada por el Estado, ya que, no estaba legalmente regulada la actividad, sin embargo, se incorporó voluntariamente a un

riesgo), el numeral primero, prevé la modalidad de una especie de hurto de tarjeta de crédito, misma que queda desvirtuada si el propietario de la tarjeta bancaria, autoriza el uso de la misma, pues, se excluye la tipicidad de la conducta realizada por el supuesto “autor”, por cuanto actuó con consentimiento de la “víctima”.

Por su parte, los delitos contra la propiedad intelectual también ingresan dentro de los tipos penales donde el consentimiento forma parte de los elementos objetivos del mismo, así tenemos el artículo 206B que reza lo siguiente:

“Art. 208B.- Actos lesivos a los derechos de autor. - Será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año, comiso y multa de ocho hasta trescientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la persona que, a sabiendas, en violación de los derechos de autor o derechos conexos contemplados en la normativa aplicable, realice uno o más de los siguientes actos a escala comercial. c) Reproduzca una obra sin autorización del titular o en un número mayor de ejemplares del autorizado por el titular, siempre que el perjuicio económico causado al titular sea mayor a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general;”

En este artículo, al igual que en los anteriores, la punibilidad de la conducta queda supeditada expresamente al consentimiento del autor de cierta obra, es así que, si este asiente o autoriza la reproducción de alguna de sus piezas intelectuales dentro un tiraje establecido, no habrá sanción para quien efectivamente lo ejecute en los límites fijados, no obstante, la aquiescencia prestada a una persona natural o jurídica determinada, no significa que cualquier otra pueda reproducir el material. Tal es el caso de los escritores que facultan realizar la copia de sus ejemplares a cierta editorial, reservándole como derecho exclusivo a esta; y excluyendo con ello a las demás casas editoriales.

Finalmente, el ultimo tipo penal que prevé dentro de sus elementos objetivos el consentimiento de la víctima es el preceptuado en el Art. 225, que expresa lo siguiente:

“Art. 225.- Acciones de mala fe para involucrar en delitos. - La persona que ponga sustancias estupefacientes o psicotrópicas en las prendas de vestir o en los bienes de una persona, sin el consentimiento de esta, con el objeto de incriminarla en alguno de los delitos sancionados en este capítulo; realice alguna acción tendiente a dicho fin o disponga u ordene tales hechos, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Si la persona que incurre en las conductas tipificadas en el inciso anterior es

servidor público o finge cumplir órdenes de autoridad competente, será sancionada con el máximo de la pena privativa de libertad.”

Nuevamente, podemos colegir que el consentimiento forma parte del elemento objetivo del citado tipo penal, pues el verbo rector radica en poner, mientras que su complemento se circunscribe a describir que tipo de materia se debe introducir en los bienes de una persona, bastando estos requisitos para que se configure el tipo, sin embargo, se le agrega al complemento, el presupuesto de “sin consentimiento” puesto que, de haberlo, la víctima de este delito abandona este papel, para adecuar su conducta en otro tipo penal que es el Tráfico ilícito. Como podemos observar, en el presente caso a diferencia de los otros tipos analizados, el consentimiento prestado por la “víctima” supone la realización de otro tipo penal, no obstante, la aquiescencia excluye la tipicidad de ese tipo penal, ya que, tanto el autor como la víctima responderá por otros ilícitos.

#### ***4.3.4 Derecho comparado***

El desarrollo normativo de las causales de consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima a nivel mundial es realmente exiguo, basta con decir que la autopuesta en peligro no está positivizada en ningún país hispano hablante, ya que, es un tema netamente doctrinal, sin embargo, el desarrollo jurisprudencial de esta causa de exclusión de la imputación objetiva es considerablemente elevado en los países pioneros en traducir el Derecho Penal Alemán , como es el caso de España, por ello, el análisis normativo de esta figura jurídica se la estudiará en el apartado dedicado al estudio de casos.

Sin perjuicio de lo antes dicho, la figura del consentimiento de la víctima por su parte ha ganado terreno dentro del campo jurídico, pues, países como Perú y Chile lo contemplan dentro de sus legislaciones penales, pero de manera cuestionable a criterio de este autor, por ende, realizaremos un análisis de esta institución que ha sido positivizada por los mencionados países.

##### ***4.3.4.1 El Consentimiento de la víctima en el Código Penal Peruano, decreto legislativo No.365.***

Es conocido por los ávidos lectores del Derecho Penal, que la jurisprudencia peruana en materia penal, como también los doctrinarios que han surgido de esa nación son realmente dignos de enaltecimiento (tal es el caso de Percy García Caveró), por ello,

no sorprende que dentro de su legislación hayan positivizado varias figuras de carácter puramente doctrinario como lo es el consentimiento de la víctima.

Es así que, el Art. 20 del decreto legislativo no. 365, preceptúa el siguiente texto normativo:

“Capítulo III: Causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal.

Artículo 20.- Inimputabilidad

Está exento de responsabilidad penal:

1. El que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión; 2. El menor de 18 años. 3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa. c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa. 4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro; 5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación. No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica; 6. El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza; 7. El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor; 8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o



cargo; 9. El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones. **10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.** 11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su función constitucional y en uso de sus armas u otro medio de defensa, en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte.” (el énfasis me pertenece).

De lo transcrito, podemos evidenciar que dentro del presente artículo existe una confluencia de instituciones doctrinarias dentro de un solo apartado jurídico, pues, el Código Penal Peruano, positiviza once causales de exención de la responsabilidad penal sin delimitar que causa puntual excluye determinado elemento de la teoría del delito, puesto que, unifica las causas de justificación de la antijuridicidad con las causas de inculpabilidad.

En este sentido, tenemos que, el artículo 20 antes citado, considera causales de inimputabilidad, de forma acertada, a la anomalía física y la persona menor de 18 años, como también de forma altamente cuestionable al estado de necesidad, legítima defensa, implementación del medio adecuado, deber legal y cumplimiento de ordenes legítimas, los cuales forma parte de las causales de justificación de la antijuridicidad; y a la par, incorpora dentro del mismo articulado, las figura de fuerza física irresistible, correspondientes a las causas de exclusión de la conducta, para finalmente agregar al miedo insuperable, que forma parte de las causales de inculpabilidad. Un verdadero barullo.

Toda esta mezcolanza de las causales antes referidas trae consigo una serie de problemas para el estudio del Derecho Penal, por cuanto la distinción de las diferentes categorías de la teoría del delito y sus respectivas causas de exclusión se torna en una tarea difícil de realizar, ya que, se desbarata la secuencia perfecta e idónea de la concurrencia de los elementos del delito que la doctrina ha venido desarrollando a lo largo de la historia para determinar la configuración de este.

Ahora bien, de la descripción normativa del artículo 20 del decreto legislativo 635, se destaca la positivización de la causal dispuesta en el numeral 10, esto es, *el que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición*. Si bien es cierto que la falta de precisión de esta causal en la categoría que corresponde trae

consigo un desentendimiento de la razón de ser de esta figura, no es menos que, el legislador peruano da paso a la aplicación de la referida causal dentro de los procesos penales como eximente de responsabilidad penal.

No obstante, la redacción del numeral en mención es bastante limitado, ya que únicamente abarca uno de los presupuestos doctrinarios que exige la doctrina para la configuración de esta causal, el cual es la libre disposición, lo que significa que, el Estado Peruano debe determinar que bienes jurídicos son susceptibles de estar bajo la protección de la mera voluntad del titular del bien protegido (la vida, estaría proscrita por cuanto Perú suscribió la Convención Americana de Derechos Humanos). Omitiendo con ello, los demás presupuestos de configuración, como lo son la capacidad del titular del bien jurídico para disponer de él, la constatación de que el consentimiento no este viciado y el consentimiento previo a la lesión o amenaza, sin embargo, el reconocimiento expreso de la causal de exclusión de la antijuridicidad denominada consentimiento de la víctima presupone un gran avance para la consolidación de una verdadera justicia garantista y con ello la materialización del derecho a la seguridad jurídica.

Una vez analizado jurídicamente el artículo 20 del Código Penal Peruano, respecto al consentimiento de la víctima, es necesario realizar un cotejamiento de esta norma con las reglas jurídicas previstas en nuestro cuerpo normativo penal, sin embargo, como el lector podrá inferir de la lectura integral del presente trabajo de investigación, no existe desarrollo normativo alguno en referencia a la causal de consentimiento de la víctima en nuestro ordenamiento jurídico vigente, razón por la cual se planteó como uno de los objetivos del presente estudio, la incorporación de esta causal vía reforma legislativa.

Pese a lo expuesto, tal como se detalló en el apartado ut supra, nuestra legislación prevé la existencia de delitos donde el consentimiento de la víctima si bien no elimina la antijuridicidad de la conducta debido a que forma parte de uno de los elementos objetivos del tipo penal, esta aquiescencia, si exime de responsabilidad penal al autor del ilícito, por lo tanto, podemos verificar que el espíritu de esas normas en el Ecuador, reconocen (al menos) la viabilidad del consentimiento de la víctima como una institución excluyente de la responsabilidad penal.

Es válido recalcar que, el espíritu de las normas refleja la intención o designio del legislador al momento de expedir las leyes, además que funge como un razonamiento

interpretativo, pues, al fiel estilo de Montesquieu<sup>21</sup>, el legislador al plasmar las leyes debe adecuarlas a la realidad y a las exigencias de la sociedad, a esto se lo denomina como espíritu del Derecho; no obstante, este método de interpretación esta totalmente proscrito por el COIP, ya que, tres son los pilares interpretativos fundamentales en materia penal: Supremacía Constitucional, Legalidad y Prohibición de Analogía (in malam partem). Es por esto, que la necesidad de incorporar estas causales a nuestro Código Orgánico Integral Penal es imperiosa, pues, lamentablemente, el operador de justicia en nuestro país es extremo legalista, lo cual significa que, al momento de resolver un caso en concreto este se apegará únicamente a lo expresamente reconocido en el ordenamiento jurídico vigente, ergo, desconoce los avances dogmáticos, a pesar de que la doctrina en nuestro país constituye fuente de Derecho. (Art. 28 Código Orgánico de la Función Judicial)

Ahora bien, para suplir el carente cotejamiento de la legislación ecuatoriana respecto con la norma peruana, realizaré un parangón de esta última con la constatación en el Código Penal Chileno al final del siguiente apartado.

#### **4.3.4.2. El consentimiento de la víctima en Código Penal Chileno, Código 18742.**

La legislación chilena por su parte, si bien se le agradece los grandes aportes al Derecho Civil que ha realizado en toda Latinoamérica, en materia penal, no ha constituido precisamente una fuente de saberes, no obstante, en su Código Penal, dentro de apartado de las penas, prevé una escueta causa de exclusión de la antijuridicidad:

“Art. 19. El perdón de la parte ofendida no extingue la acción penal, salvo respecto de los delitos que no pueden ser perseguidos sin previa denuncia o consentimiento del agraviado.”

Nuevamente llamaré la atención del estimado lector, la ubicación del consentimiento del agraviado (víctima), dentro de la pena como causa de extinción de la acción penal, sin embargo, es menester recalcar que el citado artículo permanece vigente desde la expedición del Código Penal chileno, es decir, desde 12 de noviembre de 1874, fecha en la cual, la doctrina penal a nivel mundial recién comenzaba a dar sus primeros

---

<sup>21</sup> Montesquieu, El espíritu del Derecho Positivo, 1926, pág. 5.

pasos, pues en el año 1867 se atribuye la creación del concepto de antijuridicidad al jurista alemán Rudolf Von Ihering.

Bajo este antecedente, lo que realmente sorprende es la positivización del consentimiento de la víctima de forma tan prematura que, si bien es cierto, no cumple de manera descriptiva con los presupuestos exigidos por la doctrina (lo cual es entendible por la fecha de promulgación), no es menos que, a raíz de esta norma la jurisprudencia chilena ha desarrollado de forma excelsa el consentimiento de la víctima dentro de la categoría que corresponde, esto es, como causa de exclusión de la antijuridicidad, lo cual ha dotado de certeza jurídica a los ciudadanos chilenos dentro de los fallos de sus magistrados. (léase sentencia RIT 643-2009, Juicio Oral de lo Penal en Santiago)

Ahora bien, en el párrafo final del apartado ut supra, se expresó que, al culminar el análisis de la presente norma constante en la legislación chilena, se realizaría un cotejamiento de esta con la prevista en la normativa peruana debido, precisamente, al exiguo desarrollo normativo del consentimiento de la víctima como institución jurídica propia en nuestro ordenamiento jurídico.

Es así que, como se puede extrapolar con claridad meridiana, las principales diferencias de estas dos normas radican en primer lugar en los efectos de su aplicación, puesto que, en la legislación peruana, el consentimiento de la víctima exime de responsabilidad penal al autor, no así, la norma penal chilena que otorga una consecuencia diferente al extinguir la acción penal mediante el perdón del agraviado.

En este sentido, es necesario puntualizar que la extinción de la acción penal cesa el poder de perseguir o reprochar que ostenta el Estado, además que, las causas de extinción penal se verifican en puntuales escenarios que se presentan una vez se ha consumado el delito (ex post), mientras que, las causas de exención penal son anteriores o surgen al momento del cometimiento de un ilícito.

En efecto, la muerte del reo, cumplimiento de la pena o la prescripción son eventos que suceden posterior a la consumación del delito, en contraste, la legítima defensa, el consentimiento de la víctima (entendida al tenor del planteamiento en el presente trabajo investigativo donde la aquiescencia otorgada debe ser expresamente realizada antes de la lesión al bien jurídico), son escenarios que se manifiestan antes o en la ejecución del delito.

Ahora bien, como segundo punto, en el ámbito procesal penal, también radica una gran diferencia sustancial, por cuanto, si la defensa del procesado alega la existencia de una causal de extinción de la acción penal, el juzgador al igual que el fiscal, no examinarán si la acción puesta a su conocimiento se adecua a un tipo penal, ya que, se limitarán a verificar el cumplimiento de dicha casual (en el caso de prescripción, constatar el tiempo transcurrido). Mientras que, por su parte, la exención de responsabilidad penal conlleva a que tanto el magistrado como el titular de la pretensión punitiva estatal, analicen los dos primeros peldaños de la teoría del delito, es decir la conducta y la tipicidad, y luego, una vez constatado que están ante la presencia de conducta típica, deberán verificar si esta ha sido legalmente justificada.

Como consecuencia de esta imprecisión semántica en el Código Penal Chileno (atribuida a su temprana incorporación) al denominar causa de extinción al consentimiento de la víctima, tenemos que, esta causal forma parte del apartado intitulado pena, ya que, el cumplimiento de ella constituye efectivamente una circunstancia que extingue la responsabilidad penal. Por su parte, el Código Penal Peruano, si bien es cierto, no recae en esta errónea descripción, no es menos que, es ampliamente cuestionable el apartado donde ha sido positivizado el consentimiento de la víctima, puesto que, forma parte de las causales de exención de responsabilidad penal por inimputabilidad; y, como bien se analizó en el marco doctrinario, las situaciones eximentes en la inimputabilidad son: anomalía psíquica no patológica, anomalía psíquica patológica y la edad del imputado.

Por otro lado, la legislación de Chile se diferencia nuevamente de la legislación peruana en lo que respecta a los presupuestos que deben concurrir para la correcta aplicación del consentimiento de la víctima como causa de exención de la responsabilidad penal, aunque, ambas legislaciones no preceptúan disposición alguna respecto a la capacidad intelectual y emocional que debe poseer el titular del bien jurídico para consentir en la transgresión.

En este orden de ideas, tenemos que, el Art. 19 del Código Penal Chileno, proscribire el inicio de toda acción de carácter penal en ilícitos donde existan el consentimiento expreso del agraviado, sin delimitar que tipo de delitos son susceptibles de estar a libre disposición del titular del bien jurídico, es decir, que todo ilícito penal es apto para la aplicación de la referida causal; a diferencia del Art. 20 del Código Penal

Peruano que, reconoce expresamente la exención de responsabilidad penal por medio del consentimiento, únicamente en los tipos penales que protejan bienes jurídicos de libre disposición.

De lo analizado, se puede colegir de forma taxativa que, para la incorporación del consentimiento de la víctima es imperativo que, el legislador demarque los bienes jurídicos que son susceptibles de esta causal de exclusión de la responsabilidad penal previo su positivización. Obviamente esta delimitación de bienes jurídicos debe guardar armonía con los tratados internacionales suscritos por el Ecuador, en los cuales se haya comprometido a la protección irrestricta de ciertos derechos fundamentales (a través de bienes jurídicos), tales son los casos de la vida, integridad sexual de menores, etc.

#### **4.3.4.3 El Consentimiento de la víctima en el Código Penal Español, Ley Orgánica 10/1995.**

El estudio la legislación penal española en lo que respecta al consentimiento de la víctima resulta un tanto curiosa, debido a que esta causal, a diferencia de la normativa latinoamericana antes analizada, no constituye una institución que exima de responsabilidad penal en todos los supuestos de hechos contemplados en sus tipos penales, puesto que, sus efectos estarán supeditados al bien jurídico que se lesione, lo cual, a criterio de este autor es plausible.

Los españoles al ser los pioneros en el estudio y traducción de las obras doctrinales elaboradas por los grandes catedráticos alemanes (Jakobs, Roxin, Biding, etc), han logrado plasmar dentro de su legislación de forma sublime, las diferentes instituciones dogmáticas propuestas por estos autores, es por ello que, el consentimiento de la víctima no ha sido indiferente a este desarrollo normativo por parte de los legisladores españoles, quienes en el Art. 155 y 156 de su Código Penal, han positivizado lo siguiente:

##### “Artículo 155

En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz.

##### Artículo 156

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”

De lo transcrito, en primer lugar, es válido recalcar la similitud de la legislación penal española con la ecuatoriana en lo que respecta a la falta de incorporación del consentimiento de la víctima como causal de exclusión de la antijuridicidad, pues, dentro del Art. 20 del Código Penal Español (causales de extinción de la responsabilidad penal) no existe prescripción alguna en referencia a esta institución, tal cual sucede con nuestra normativa como ya se lo analizo en líneas anteriores.

No obstante, el Código Penal Español, a pesar de la particularidad singularizada en el párrafo ut supra, si contempla el consentimiento de la víctima en determinados ilícitos como causa de exclusión de la antijuridicidad, tal es el caso de las normas transcritas; y lo realiza cumpliendo cada uno de los requisitos previstos en la doctrina.

Ahora bien, si el estimado lector ha logrado entender el contenido del presenten trabajo investigativo, se debe estar planteando la siguiente incógnita: ¿No estamos frente a un caso de consentimiento de la víctima que excluye la tipicidad? La respuesta es no, puesto que, el tipo penal de lesiones se encuentran debidamente descrito en el Art. 157<sup>22</sup> de la siguiente manera: “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años”.

Como se puede aseverar de lo anotado, el consentimiento de la víctima no forma parte del tipo penal de lesiones, por ende, no constituye un elemento objetivo del tipo, ergo, para la aplicación de esta causal, necesariamente el juzgador deberá verificar primeramente que esta frente a una conducta típica y luego efectuar el análisis de justificación de la antijuridicidad.

---

<sup>22</sup> Código Penal Español, Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre.

Por otro lado, la legislación española en comparación de la legislación chilena y peruana incorpora y acierta los requisitos configurativos del consentimiento de la víctima, puesto que, se desprende del Art. 155 que la aquiescencia dada por la víctima debe realizarse en forma consciente, lo cual significa que, la víctima debe conocer genéricamente el resultado de la transgresión a su bien jurídico (primer requisito). Además, refiere a la capacidad del sujeto pasivo para otorgar el consentimiento, lo cual no ha sido previsto por las legislaciones analizadas anteriormente, dejando a la jurisprudencia el desarrollo de este elemento (este presupuesto es uno de los propuestos por el autor para incorporar esta causal). Sin embargo, este último requisito varía en lo consensuado mayoritariamente por la doctrina, por cuanto, la capacidad para disponer del bien jurídico no necesariamente debe coincidir con la capacidad civil (tal es el caso del consentimiento dado por un menor de catorce años en una relación sexual). Por su parte el Art. 156, exige la ausencia de vicios en la obtención de la aquiescencia de la víctima (error, fuerza, dolo), puesto que, de existirlo, este quedaría invalidado (tercer requisito).

Ahora bien, uno de los requisitos sine qua nom para la configuración del consentimiento del víctima es la libre disposición del bien jurídico, que, como bien hemos analizado en líneas anteriores, no se encuentra normado dentro de la legislación chilena ni peruana, mientras que, por el contrario, en la legislación española se puede apreciar que, el requisito en mención queda tácitamente expresado, pues, la aplicación de la causal objeto de estudio queda estrictamente limitada para el bien jurídico de integridad física, por ello, se entiende su no incorporación en la causas de exención de responsabilidad penal, ya que, de haberse positivizado en ese apartado, el legislador tendría la laboriosa tarea de delimitar cuales son los bienes jurídicos susceptibles de disposición por su titular.

Asimismo, otra distinción entre la legislación española con las demás normativas analizadas es el efecto que se le otorga al consentimiento de la víctima, pues, tanto en los ordenamientos jurídicos de Chile y Perú, la aplicación de esta causal conlleva a la exención de la responsabilidad penal por completo, mientras que, en el caso español, dependerá del delito en el cual se haya prestado el consentimiento de la víctima, por cuanto, en ciertos supuestos se atenuará la pena prevista para el ilícito y en otros se eximirá la responsabilidad penal en su totalidad. El tema de los efectos jurídicos que deben darse al consentimiento de la víctima y la autopuesta en peligro, son cuestiones de arduo debate dentro de la doctrina penal que superan los objetivos de la presente tesis.



Finalmente, si el lector presume de su gran capacidad retentiva, debe inferir (de forma correcta) que, las legislaciones analizadas en el presente marco jurídico comparten una similitud en común, la cual radica en que, ninguna de ellas presupone la existencia del cuarto requisito, esto es, que el consentimiento de la víctima haya sido otorgado con anterioridad a la comisión de la conducta penalmente relevante, no obstante, los parámetros de aplicación pueden ser desarrollados en lo posterior vía jurisprudencia, puesto que, el primer paso ya se ha realizado (positivización de esta causal). En un país tan legalista como lo es Ecuador, es necesario la incorporación normativa del consentimiento de la víctima, debido a que la gran mayoría de operadores de justicia no reconocen a la doctrina como fuente de Derecho.

## 5. Metodología

### 5.1. Materiales utilizados

Los materiales empleados para la realización del presente trabajo de investigación jurídica que coadyuvaron al desarrollo y perfeccionamiento de esta tesis de grado dentro de las fuentes bibliográficas tenemos: libros jurídicos de autores extranjeros en su mayoría como también nacionales, leyes nacionales y otras legislaciones, instrumentos internacionales ratificados por Ecuador, artículos y obras científicas, manuales, revistas jurídicas, sentencias, y páginas web de autores de posts jurídicos. Toda esta diversidad de instrumentos los encontramos debidamente citados en la parte final de la presente investigación.

Entre otros materiales se emplearon: portátil, celular, cuaderno de apuntes, esferos y lápices, conexión a internet, impresora, correo institucional, hojas de papel bond, fotocopias e impresiones, anillados, impresión de los borradores de tesis y empastados de la presente tesis, etc.

### 5.2. Métodos

Por métodos debemos entender, aquel conjunto ordenado de procesos y técnicas de investigación que facilitan el desarrollo de la investigación socio – jurídica. Para la realización del presente proyecto de tesis, se aplicaron los siguientes métodos:

**Método Científico:** Implica el camino a seguir para encontrar la verdad de un problema determinado en la investigación, este método fue utilizado al momento de analizar y estudiar minuciosamente las diferentes obras jurídicas de autores como Jakobs o Roxin, como también artículos científicos y revistas jurídicas elaborados por varios juristas de gran prestigio a nivel internacional. Toda esta examinación exhaustiva ha quedado plenamente detallada y demostrada en la revisión de literatura, específicamente en Marco conceptual y doctrinario, donde consta las referencias correspondientes.

**Método Deductivo:** Este método consiste en el estudio de conceptos genéricos a lo específico. El presente método fue aplicado en demasía en el apartado de Revisión de Literatura, en el cual se inició con un análisis respecto a los modelos de imputación objetiva desarrollados a nivel internacional que presentaban particularidades abiertas, hasta ceñirnos al modelo del Funcionalismo Normativo Sistémico con peculiaridades

propias y concretas. Asimismo, se lo realizó en el desarrollo del marco conceptual, donde el primer concepto siempre abarcaba una acepción muy amplia, mientras que el último, es una definición zanjada al tema de investigación.

**Método Inductivo:** El presente método consiste en la aplicación del típico silogismo que parte de una premisa particular y concluye con una conclusión general; misma fue utilizada al realizar el estudio de casos donde se demostraba que la falta de unificación de criterios se debe precisamente a la falta de desarrollo normativo, mientras que, en los países donde si existía la normativa correspondiente los criterios jurisdiccionales eran similares. Dando como resultado la conclusión de que en los países en los cuales se encuentran incorporada las causales en estudio, la dispersión de razonamientos judiciales era menor.

**Método Analítico:** Método basado en la disgregación de los contenidos. Ejecutado en demasía en el marco doctrinario, en el cual cada capítulo fue descompuesto en varios conceptos para el mayor entendimiento del lector, y a la par facilitar el análisis del investigador. Muestra de aquello, lo podemos apreciar claramente en el estudio de la teoría del delito, donde cada una de sus categorías fueron escindidas para especificar las particularidades propias de estas.

**Método Exegético:** Método utilizado para el estudio de los textos legales hasta alcanzar el dogmatismo que, en el caso particular fue utilizado respecto a las normas inherentes a los objetivos de la investigación, las cuales fueron: Constitución de la República del Ecuador; Instrumentos Internacionales (Convención Americana de Derechos Humanos) y Código Orgánico Integral Penal.

**Método Hermenéutico:** Este método tiene como finalidad aclarar e interpretar textos de carácter legal con cierta complejidad para dar un significado entendible y acertado. El referido método fue empleado al momento de interpretar las normas en el Marco jurídico, para dotarles de un sentido vinculado con el trabajo investigativo, así como también, para explicar en términos simplistas los conceptos de los textos doctrinarios referente al tema.

**Método Mayéutica:** Es un método de investigación que tiene como finalidad tratar de alcanzar la verdad a través de varias interrogantes que conduzcan al interrogado a la reflexión y pueda aportar con la información que este posea. Sin dubitación alguna,

el presente método fue utilizado en la elaboración del cuestionario de preguntas aplicados en las encuestas y entrevistas que coadyuvaron a verificar la realidad de nuestro sistema judicial y el escaso estudio sobre la teoría del Funcionalismo Normativo Sistémico.

**Método Comparativo:** Este método consiste en el cotejamiento de las normas jurídicas nacionales con las prevista en las diferentes legislaciones de otros países; el presente método fue utilizado en el Marco Jurídico, específicamente en el apartado de Derecho Comparado, donde si bien, se aclaró que en nuestro país no existe norma alguna con la cual cotejar, se procedió a detallar las similitudes y diferencias de las disposiciones jurídicas contempladas en las legislaciones en las cuales si existía un desarrollo normativo del tema en estudio; estas leyes fueron: Código Penal Peruano-Decreto legislativo No.365, Código Penal Chileno- Código 18742., Código Penal Español-Ley Orgánica 10/1995.

**Método Estadístico:** Este método es necesario para graficar los resultados cualitativos y cuantitativos obtenidos a través de las entrevistas y encuestas realizados en el presente trabajo de investigación, empleado al momento de realizar tabulaciones, cuadros estadísticos; y de esta manera, simplificar el análisis de las respuestas derivadas de los profesionales del Derecho objeto del estudio de campo.

**Método Sintético:** Consiste en la técnica de sintetizar y unir los elementos más relevantes de una investigación con el propósito de reconstruir la información obtenida en forma resumida, mismo que fue empleado en la parte final del presente trabajo de investigación en lo que respecta a la verificación de objetivos, fundamentación legal de la propuesta de reforma legal, así como también, en la contratación de la hipótesis planteada, puesto que, en cada uno de estos apartados se emitió una apreciación personal sumaria con la información desprendida de los mismos.

**Método Histórico:** El presente método fue empleado al momento de realizar un recuento histórico de los modelos de imputación de objetiva a lo largo del tiempo, así como también al analizar las corrientes dogmáticas imperantes en cada época que dieron pie al desarrollo de las teorías modernas, puesto que, el Funcionalismo Normativo Sistémico es el resultado de la evolución intelectual de los pensadores jurídicos, quienes con el pasar de los años planteaban nuevos conceptos, tomando como base los avances constantes en el momento de su existencia. Aquí radica la importancia del estudio

histórico, por cuanto, para criticar o apoyar una teoría es necesario analizar los orígenes y principios bases por los cuales fue creada.

### **5.3. Técnicas**

**Encuesta:** Las encuestas consistieron un cuestionario de siete preguntas enfocadas en los objetivos e hipótesis del trabajo investigativo con la finalidad de que las respuestas otorgadas alimenten la discusión de la presente tesis, para lo cual, me serví de las herramientas digitales a mi alcance como lo fue los formularios Google Forms. La población en estudio se circunscribió a diez profesionales del Derecho, con especialidad en Derecho Penal.

**Entrevista:** La técnica de la entrevista consistió en aplicar un cuestionario objetivo, de cuatro preguntas compuestas, que permitan la dilucidación instituciones de estudio en la investigación, para lo cual conté con el aporte de cuatro juristas reconocidos a nivel local, mismos que desempeñan su profesión en diferentes ámbitos del ejercicio profesional, lo cual permitió la emisión de criterios en razón de diversas perspectivas, ergo, nutrieron el contenido de la presente investigación.

### **5.4 Observación Documental**

A través de la ejecución de este método se realizó el análisis de casos judiciales, sentencias, relacionadas a la aplicación de las causales de consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima en nuestro sistema judicial, constatando la incidencia o no del Funcionalismo Normativo Sistémico en ellas. En idéntica forma, con la obtención de los datos estadísticos, se justifica el desarrollo del presente trabajo investigativo, pues, estos demuestran la ambigüedad de conceptos respecto al tema planteado por parte de los juristas.

La concreción de los resultados investigativos expuestos a través de la aplicación metodológica antes detallada (cuadros y tablas estadísticas) sirve de sustento para realizar la discusión de objetivos y la comprobación de la hipótesis planteada; y, del mismo modo estos fungen como base para el planteamiento de las conclusiones y recomendaciones y fundamentación del proyecto de reforma legal al Código Orgánico Integral Penal.

## 6. Resultados

### 6.1 Resultados de las encuestas a profesionales del derecho

En el presente apartado se realizará un análisis descriptivo estadístico respecto de los resultados obtenidos a través de la técnica de encuesta. La muestra a la cual se aplicó la técnica en mención fueron treinta profesionales del Derecho con especialidad en Derecho Penal y/o Criminología, a quienes se les consultó sobre siete preguntas relacionadas con el objeto de estudio de la presente investigación, cuya interpretación y análisis se realiza a continuación:

**Primera Pregunta: ¿Considera usted que los aportes del Funcionalismo Normativo Sistémico han sido considerados para la correcta aplicación de la imputación objetiva en el sistema judicial penal ecuatoriano?**

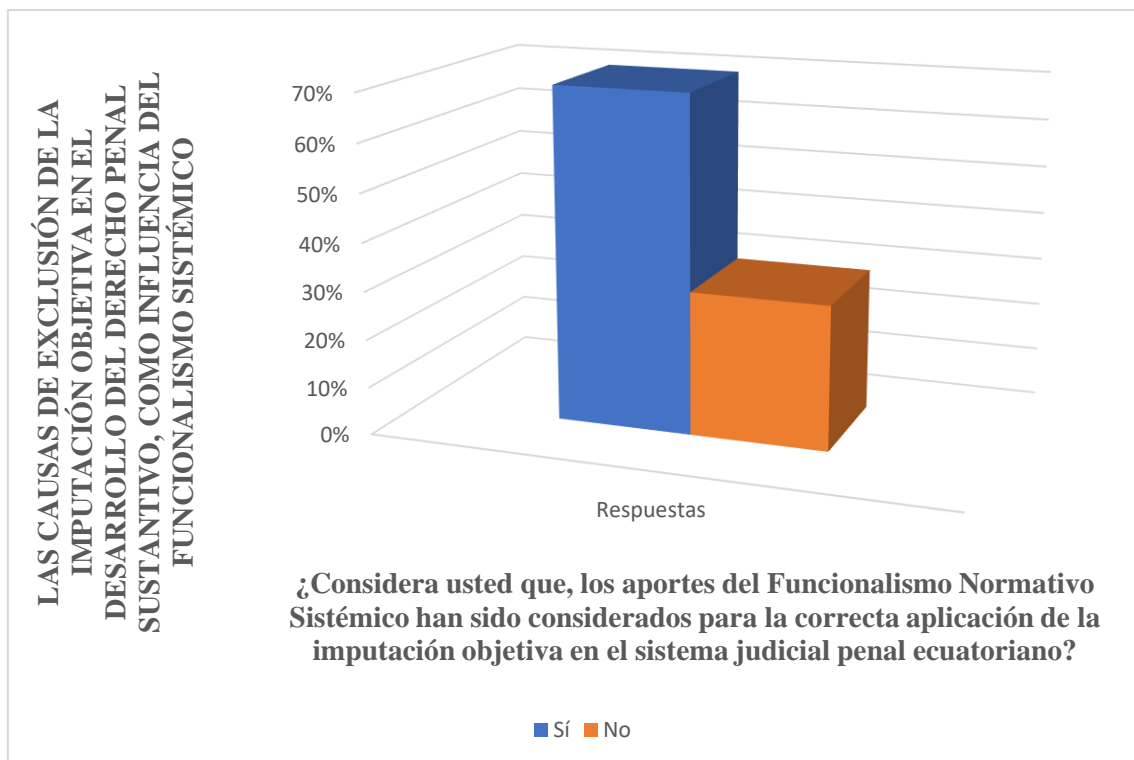
**Cuadro Estadístico Nro.1**

Indicadores	Variable	Porcentajes
Sí	21	70,0%
No	9	30.0%
<b>Total:</b>	30	100%

**Fuente:** Encuestas realizadas por el investigador.

**Autor:** Salvador David Merino Muñoz

### Representación Gráfica Nro.1



#### **Interpretación. -**

En relación a la primera pregunta, se ha obtenido como resultado que veintiún profesionales del Derecho consideran que sí existen aportes del Funcionalismo Normativo Sistémico para una idónea aplicación de la imputación objetiva dentro de nuestro sistema judicial, los cuales reflejan el setenta por ciento de los encuestados; en contraste, nueve profesionales del Derecho consideran que no existen aportes de la teoría en referencia respecto de la imputación objetiva dentro de nuestro sistema judicial, los cuales forman parte del treinta por ciento de la población encuestada.

#### **Análisis. -**

Existe una gran mayoría de profesionales del Derecho que afirman los aportes del Funcionalismo Normativo Sistémico en la correcta aplicación de la imputación objetiva, criterio con el cual concuerdo, puesto que, dentro de la parte general del Código Orgánico Integral Penal ya encontramos una descripción funcionalista del dolo, asimismo, en su parte especial, específicamente en el artículo 146, se prevé parámetros propios de esta teoría, como lo es la evitabilidad y el riesgo jurídicamente desaprobado. Consecuencia de aquello es la multiplicidad de fallos judiciales donde los operadores de justicia aplican los parámetros de imputación objetiva del Funcionalismo Normativo Sistémico para determinar la configuración del ilícito, además, gran cantidad de los profesionales del

Derecho encuestados son juristas dedicados al libre ejercicio, quienes aseveran haber aplicado dentro de sus casos penales los referidos parámetros en la defensa de su clientela obteniendo resultados positivos.

Respecto al restante treinta por ciento de los encuestados, es inquietante que profesionales del Derecho con especializada en la rama del Derecho Penal, no avizoren los aportes realizados del Funcionalismo Normativo en la imputación objetiva y su aplicación en la justicia ordinaria, ya que, si bien algunos de estos profesionales no ejercen la profesión, deberían estar al tanto del modelo de imputación plasmado en varias sentencias de nuestro país, mediante el cual los operadores de justicia califican una conducta como delito. Con esto, no solo se demuestra la omisión de los aportes del Funcionalismo en sí en la correcta aplicación de la imputación objetiva, sino, el desconocimiento de la Teoría como tal.

**Segunda Pregunta: El dolo en su concepción Funcionalista Normativa Sistémica dentro del COIP, prescribe.**

**Cuadro Estadístico Nro.2**

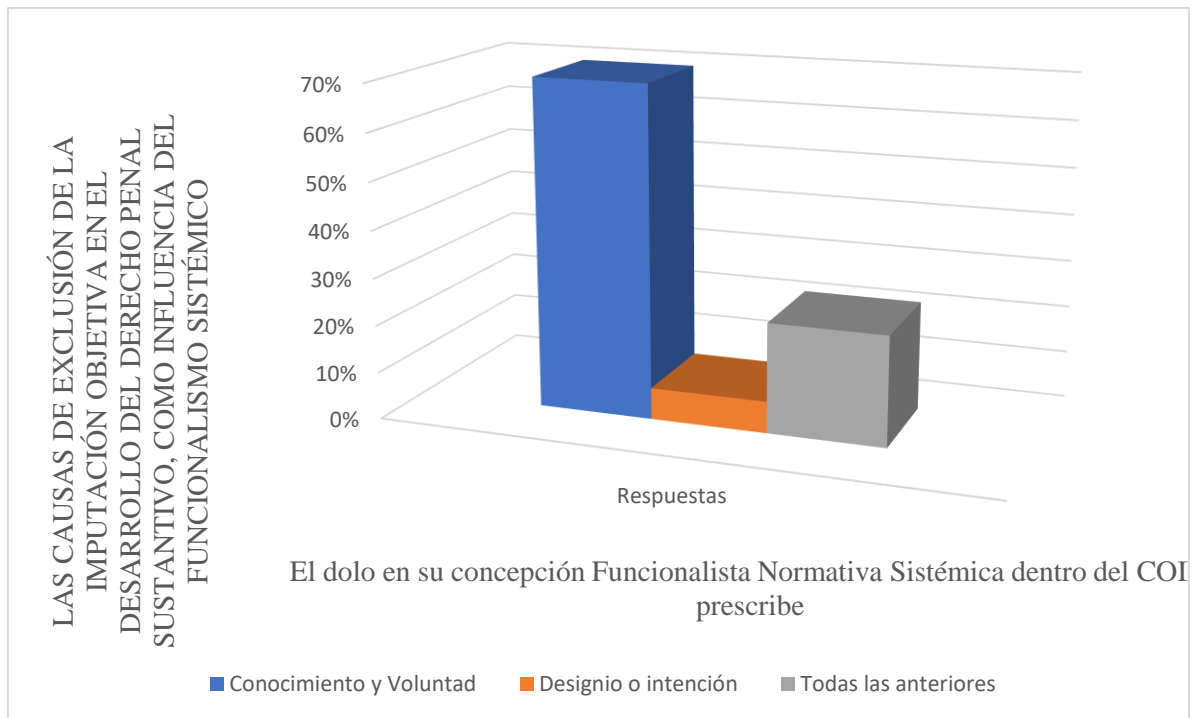
Indicadores	Variables	Porcentajes
<b>Conocimiento y Voluntad</b>	21	70%
<b>Intención o designio de hacer daño</b>	2	6,7%
<b>Todas las anteriores</b>	7	23,3%
<b>Total:</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuestas realizadas por el investigador.

**Autor:** Salvador David Merino Muñoz

**Representación Gráfica Nro.2**





### **Interpretación. -**

Del cuadro estadístico nro.2 y la representación gráfica con idéntica digitación, tenemos que veintiún profesionales del Derecho estiman que el dolo en su concepción Funcionalista Normativa Sistémica dentro del COIP consiste en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y la voluntad para ejecutarlos, los cuales representan el 70% de la población encuestada, mientras que, dos juristas consideran que el dolo en el Funcionalismo Normativo Sistémico refiere al designio o intención de realizar la acción típica, representado el seis punto setenta por ciento de los encuestados; por su parte, nueve abogados que representan el veintitrés punto tres por ciento de los profesionales encuestados, reflexionan que la descripción de dolo como influencia del Funcionalismo Normativo dentro del COIP, consiste tanto en el conocimiento de los elementos del tipo objetivo como en el designio de ejecutar acción típica.

### **Análisis. -**

De la población profesional encuestada, manifiesto expresamente mi conformidad con la respuesta otorgada por la mayoría de ellos, pues, como se detalló en abundancia en el marco doctrinario del presente trabajo investigativo, el Funcionalismo Normativo Sistémico inclina el juicio de responsabilidad penal a la valoración del conocimiento del supuesto autor respecto de su conducta mediante el análisis de los elementos objetivos, por ello, el referido conocimiento es el requisito clave para la realización de la imputación

objetiva en el Funcionalismo. Ahora bien, es válido puntualizar que el Funcionalismo Normativo Sistémico no refiere a la voluntad del autor como presupuesto propio, ya que, este se encuentra dado en la realización de los presupuestos objetivos de la conducta punible, lo que significa que, la voluntad esta entregada y supeditada al conocimiento del autor.

Respecto a la repuesta otorgada por la minoría de los encuestados, es realmente alarmante que los profesionales del Derecho no sepan distinguir entre conceptos básicos de las corrientes penales plasmadas en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, como será de conocimiento del lector, el designio o intención de hacer daño es una definición propia de la Teoría Finalista propuesta por Wetzel, el cual sostiene que la acción humana es una actividad que esta direccionada conscientemente a lograr un fin en específico, por ello sus elementos transcendentales son la consciencia y voluntad. Estos dos elementos se ven reflejados en el ejercicio de la actividad final, es decir, la intencionalidad el autor.

En referencia al tercer grupo, aproximadamente un cuarto de la población total encuestada, sostiene que el dolo en su concepción Funcionalista Normativa Sistémica responde a la unificación de los dos conceptos, esto es, el conocimiento y voluntad para ejecutar los elementos del tipo incluido el designio de hacer daño, al respecto, es menester puntualizar que ambos conceptos se repelen entre sí, por cuanto, la concepción funcionalista prescinde de la finalidad o el designio de ejecutar los elementos objetivos del tipo, debido a que resulta prácticamente imposible que en todos los casos que arriben a conocimiento de los juzgadores penales, estos puedan analizar en base a los hechos si el presunto autor tenía la finalidad de cometer determinado ilícito, es por ello, que el funcionalismo no valora la intencionalidad y propone un juicio de imputación objetiva a través de la evaluación del conocimiento del autor frente a la norma transgredida. Es criterio de este autor que, mientras no se realice un estudio básico de las corrientes penales imperantes en nuestra época por parte de todas las personas que de alguna manera formamos parte del ámbito jurídico, ninguna reforma legal o constitucional podrá suplir las serias falencias que presente en la actualidad nuestro sistema judicial.

**Tercera Pregunta: Dentro de las causas de exclusión de la imputación objetiva. Marque, a su criterio, la causal que menos es analizada en el proceso penal al determinar la existencia o no de la conducta típica:**

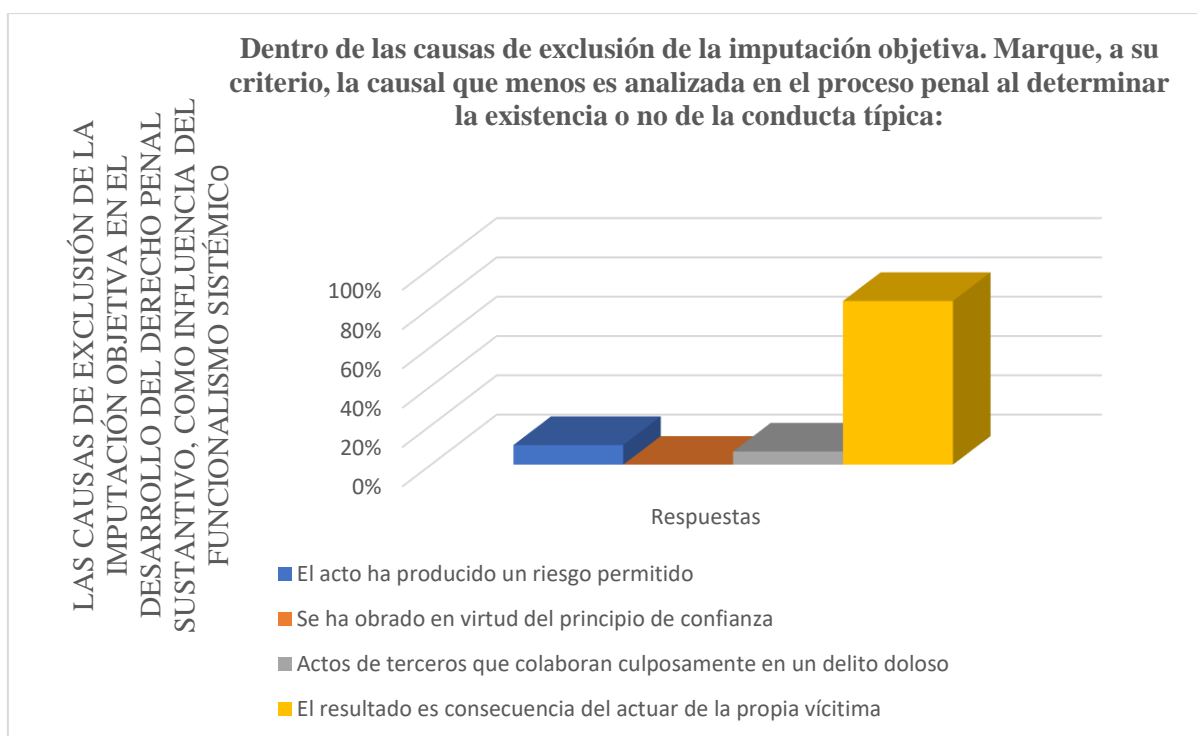
### **Cuadro Estadístico Nro.3**

Indicadores	Variable	Porcentajes
Producción de riesgo permitido.	3	83,3%
Principio de confianza.	0	0%
Prohibición de Regreso.	2	6,7%
Autopuesta en peligro de la víctima.	25	83,3%
Total:	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuestas realizadas por el investigador.

**Autor:** Salvador David Merino Muñoz

### Representación Gráfica Nro.3



#### Interpretación. –

De la tabla y gráficos estadísticos plasmados en la parte superior, se desprende que tres profesionales del Derecho, que representan el diez por ciento del total de los encuestados, refieren que, dentro de un proceso penal, la causal de exclusión que menos es analizada por los operadores de justicia para la producción de un resultado típico es la creación de un riesgo permitido; mientras que, ningún encuestado ha estimado que el principio de confianza es aquella causal que menos es analizada dentro de un proceso penal; por su parte, dos profesionales del Derecho consideran que el presupuesto de

prohibición de regreso es la causal menos examinada en un proceso penal para la determinación del ilícito, estos representan el seis punto siete por ciento de la población encuestada. Finalmente, veinticinco juristas lojanos, que representa el ochenta y tres punto tres por ciento de la totalidad de las encuestas, sostienen que las acciones generadas por la propia víctima (autopuesta en peligro de la víctima) es la causal que menos es valorado por los administradores de justicia al momento de verificar la existencia de una conducta típica.

### **Análisis. -**

En idéntico asentimiento con la pregunta anterior, concuerdo con la respuesta dada por la mayoría de profesionales del Derecho encuestados, pues, en efecto, la causal de autopuesta en peligro de la víctima que es propia del Funcionalismo Normativo Sistémico, es el presupuesto de exclusión de la imputación objetiva menos examinada al momento de calificar una conducta típica, ya que, debido a la falta de desarrollo normativo y desconocimiento de la doctrina “moderna” es verdaderamente inaplicable este tipo de defensas jurídicas dentro un proceso penal, a ello precisamente, se debe su carente análisis por parte de los operadores de justicia. Además, teniendo en cuenta que nuestro país se caracteriza por una justicia netamente legalista, (contrario a nuestro modelo constitucional) la invocación de la doctrina en causas penales resulta ante todo inoficiosa, por tanto, los problemas jurídicos planteados por las partes que se deriven de meros conceptos dogmáticos no son considerados para la respectiva resolución.

Por su parte, diez de los juristas encuestado, estiman que la causal menos analizada es la producción de un riesgo permitido, no obstante, llama la atención del presente autor, que conjuntamente a esta elección no se haya optado por señalar a la par, el presupuesto del principio de confianza, puesto que, para determinar que una persona ha actuado conforme su riesgo permitido, imperativamente se debe demostrar que el supuesto autor no ha quebrantado la confianza legítima de los demás miembros de la sociedad, pues, el principio de confianza es subsumido al ámbito del riesgo permitido (ya se explicó en el marco doctrinario que, para verificar si una actuación está protegida por el riesgo permitido es necesario delimitar las acciones que se realizan bajo el principio de confianza). Lo expresado demuestra nuevamente la falta de estudio y conocimientos respecto del Funcionalismo Normativo Sistémico en la imputación objetiva, generando este tipo de confusiones. La población encuestada que refleja este desconcierto representa el diez por ciento.

Finalmente, dos profesionales encuestados que representan el seis punto siete por ciento, afirman que la causal menos analizada en un proceso penal para la determinación de la conducta típica es la prohibición de regreso, sin embargo, con la descripción actual del dolo y la delimitación de los modos de participación constantes en nuestro Código Orgánico Integral Penal, la aplicación de esta en nuestro sistema judicial es viable y procedente, puesto que, la cooperación culposa en un delito doloso, no prevé sanción alguna, ya que, necesariamente el acto que coadyuba al cometimiento de un ilícito debe estar acompañado del conocimiento (dolo) del autor sobre el injusto a perpetrarse, caso contrario, la adecuación de su conducta no estaría contemplada en ningún supuesto de participación. Además, que la existencia de varios fallos jurisdiccionales respecto de la prohibición de regresos corrobora la mayor aplicación de este presupuesto parangón con la autopuesta en peligro de la víctima. Sin perjuicio de lo antes dicho, respeto el criterio de los juristas encuestados, por cuanto son los profesionales que ejercen cada día el Derecho en los Tribunales de nuestro país.

**Cuarta Pregunta: ¿Considera usted que, el consentimiento de la víctima, excepto en los delitos que expresamente la necesidad de protección Estatal es imperativa, destruye la antijuridicidad de la conducta de la lesión del Derecho?**

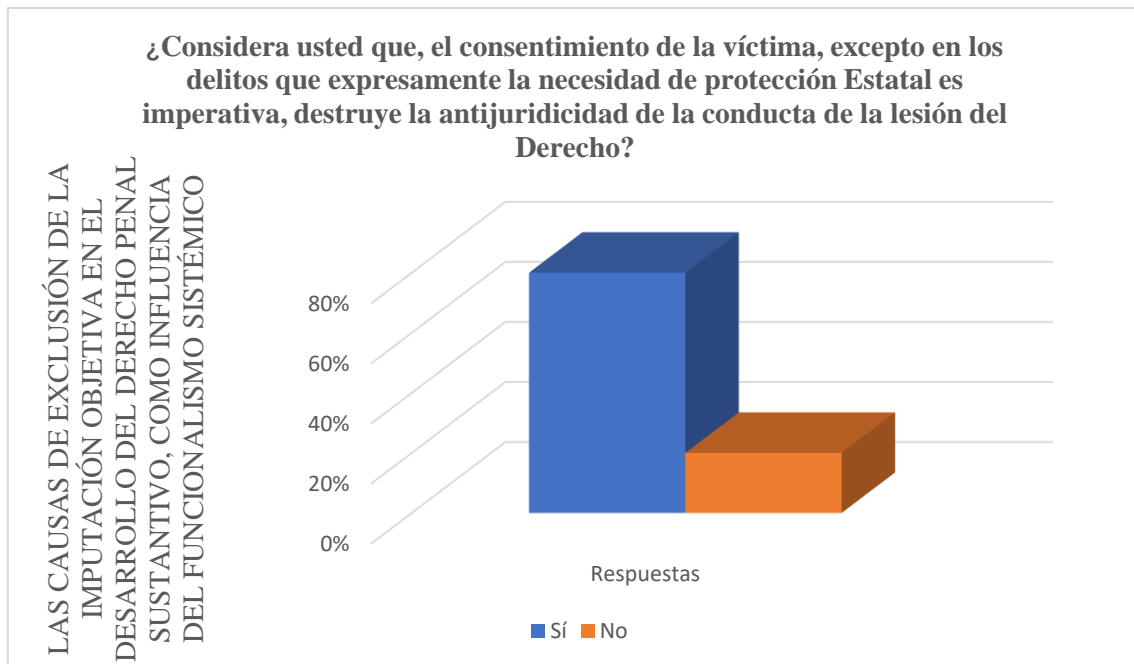
**Cuadro Estadístico Nro. 4**

Indicadores	Variable	Porcentaje
Sí	24	80%
No	6	20%
<b>Total:</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuestas realizadas por el investigador.

**Autor:** Salvador David Merino Muñoz

**Representación Gráfica Nro.4**



**Interpretación. -**

De la población total de profesionales del Derecho encuestados, se obtuvo que, veinticuatro juristas lojanos, están de acuerdo que el consentimiento es una institución jurídica penal que elimina la antijuridicidad de la conducta típica siempre y cuando la necesidad de protección Estatal no sea imperativa; discernimiento que representa el ochenta por ciento de las personas encuestadas. Mientras que, por otra parte, seis profesionales, que representan el seis por ciento de la población encuestada, difieren del criterio vertido por la mayoría y consideran que el consentimiento no destruye la antijuridicidad de la conducta calificada como típica en ningún supuesto de hecho.

**Análisis. -**

Respecto del razonamiento obtenido de la mayoría de los profesionales encuestados, manifiesto mi entera conformidad, por cuanto, es criterio unánime de la doctrina que, el consentimiento de la víctima excluye la antijuridicidad de la conducta típica, y esto se explica a razón de que, la categoría de la antijuridicidad supone la lesión o amenaza al bien jurídico protegido (al ordenamiento jurídico para el Funcionalismo), por ello, cuando una persona libre y voluntariamente brinda la permisión de la transgresión a su derecho, ya no existe una daño ilegítimo a sus bienes jurídicos, ergo, la conducta típica queda plenamente justificada. Ahora bien, este consentimiento dado por la víctima debe estar expresamente habilitado y zanjado por el ordenamiento jurídico, puesto que, sería inadmisibles en un Estado garantista como el nuestro, la aplicación de

esta causal de pie a la impunidad, en este sentido, un servidor público no puede consentir en la desviación patrimonial de los bienes Estatales, ya que, se está lesionando un bien jurídico que le pertenece a la sociedad en general. Asimismo, en determinados derechos donde la protección estatal se encuentre comprometida por tratados internacionales y por la misma Constitución, la libre disposición de bienes jurídicos propios queda proscrita, tal es el caso de la vida. En suma, la causal de consentimiento excluye la antijuridicidad de la conducta típica por cuanto, la víctima brinda su aquiescencia en el resultado de la lesión a sus bienes jurídicos y no en el riesgo eventual.

Por otro lado, la discrepancia del veinte por ciento del total de la población encuestada radica precisamente en la confusión de conceptos entre el consentimiento como causal atípica y como causal de antijuridicidad. No obstante, la pregunta es bastante clara e induce que el consentimiento del cual estamos tratando hace referencia de esta institución como causal de justificación de la antijuridicidad, puesto que, consta en la interrogante planteada la excepción de “*necesidad de protección Estatal*”, lo cual, refleja la limitante de los bienes jurídicos a libre disposición del titular, ya que, si se tratase de esta causal como excluyente de la tipicidad, no sería necesaria la redacción de la excepción antes mencionada, pues, el consentimiento en casos de atipicidad queda plenamente expresado en la descripción del tipo. La disconformidad de criterios en esta pregunta reside en la carente claridad de conceptos respecto al consentimiento y el acuerdo. El acuerdo excluye la tipicidad por cuanto, la conducta presentada por el supuesto autor jamás llega a lesionar bienes jurídicos, tal es el caso, cuando autorizamos a una tercera persona el ingreso a nuestro hogar, mientras que, en el consentimiento, es necesario la verificación de un resultado lesivo que previamente ha sido consensuado con el titular del bien jurídico.

**Quinta Pregunta: Bajo su criterio, considera que la autopuesta en peligro de la víctima elimina:**

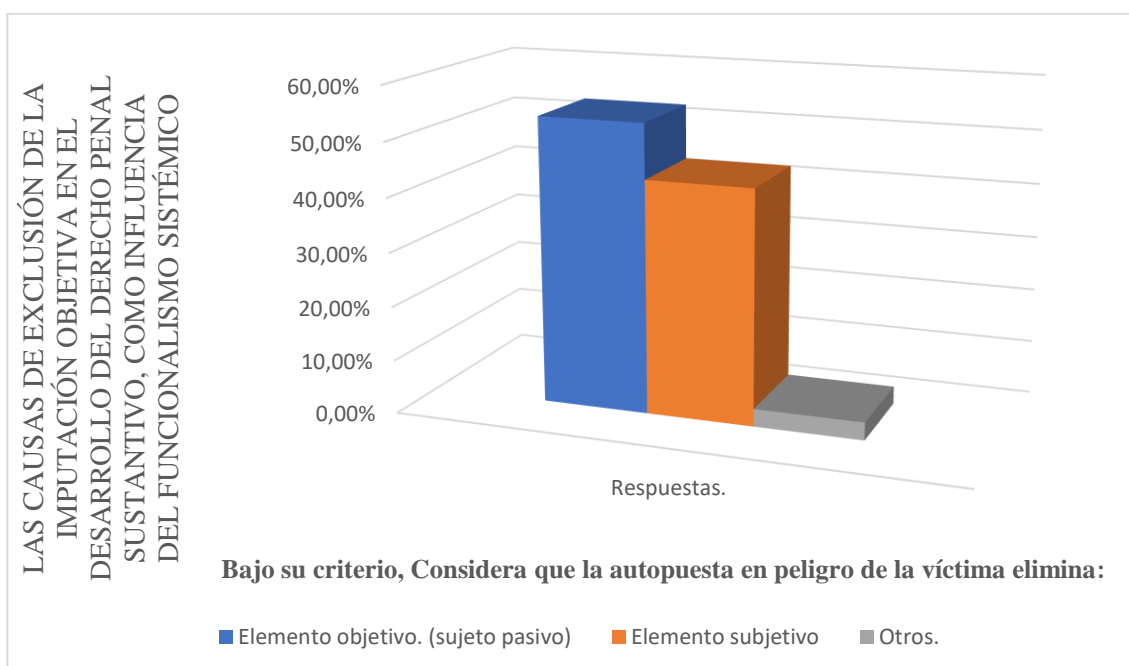
#### **Cuadro Estadístico Nro. 5**

Indicadores	Variable	Porcentajes
Elemento subjetivo del tipo penal.	16	53,4%
Elemento objetivo del tipo penal. (Sujeto pasivo)	13	43,3%
Otros	1	3,3%
<b>Total:</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuestas realizadas por el investigador.

**Autor:** Salvador David Merino Muñoz

### Representación Gráfica Nro.5



#### Interpretación. -

Del cuadro y representación gráfica Nro. 5, se logra evidenciar que dieciséis juristas lojanos consideran que la aplicación de la autopuesta en peligro de la víctima como causal de exclusión de la imputación objetiva y por ende de responsabilidad, elimina el elemento subjetivo del tipo penal, es decir, el dolo o la culpa. Los referidos juristas representan el cincuenta y tres punto cuatro por ciento del total de la población encuestada. Por su parte, trece profesionales del Derecho que representan el cuarenta y tres puntos tres por ciento de los encuestados, manifiestan que la aplicación de la causal de autopuesta en peligro de la víctima destruye un elemento objetivo del tipo, específicamente, el sujeto pasivo. Mientras que, únicamente un solo jurisconsulto se limitó a expresar que la causal de exclusión de la imputación objetiva en mención elimina



la tipicidad de la conducta, el cual representa el tres punto tres por ciento de la población profesional encuestada.

#### **Análisis. -**

De los resultados obtenidos, podemos observar que la pregunta quinta, presenta una considerable división de criterios respecto del elemento del tipo penal que elimina la aplicación de la autopuesta en peligro, a tal punto que la respuesta dominante (elemento subjetivo del tipo) sobrepasa con escasos 10 puntos porcentuales al elemento objetivo (sujeto pasivo).

Ahora bien, contrario a las anteriores interrogantes en las cuales me incliné por la respuesta dada por la mayoría de encuestados, en el presente caso, concuerdo con la contestación otorgada por el cuarenta y tres puntos tres por ciento de los profesionales del Derecho, puesto que, la competencia de la víctima como factor excluyente de responsabilidad penal maneja dos modalidades: la autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro. En ambos presupuestos, la víctima conoce el riesgo al cual se expone, sin embargo, la diferencia radica que, en el primero supuesto, la víctima consiente en la ejecución de la acción riesgosa en la cual colabora una tercera persona, mientras que, en la heteropuesta, la víctima consiente en que otra persona ejecute la acción de riesgo. En estos dos casos, el elemento subjetivo del autor no influye en el cometimiento del ilícito, debido a que, la víctima al momento de asumir el riesgo también asume consecuencias de que este se derive al margen de la intencionalidad del supuesto autor.

Finalmente, tan solo un jurista lojano que representa el tres punto tres por ciento del total de los profesionales encuestados, reflexiona que la aplicación de la autopuesta en peligro destruye la tipicidad de la conducta, criterio que no está en discusión, por cuanto, el debate planteado se circunscribe a el elemento del tipo penal que elimina la causal tantas veces en mención, por ello, el análisis de esta respuesta resulta superfluo.

**Sexta Pregunta: Considera usted que, el no reconocimiento expreso en la norma penal, de las causales de consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima en nuestro ordenamiento jurídico coadyuvan a la carente unificación de criterios jurisdiccionales a nivel nacional, lo cual se refleja en:**

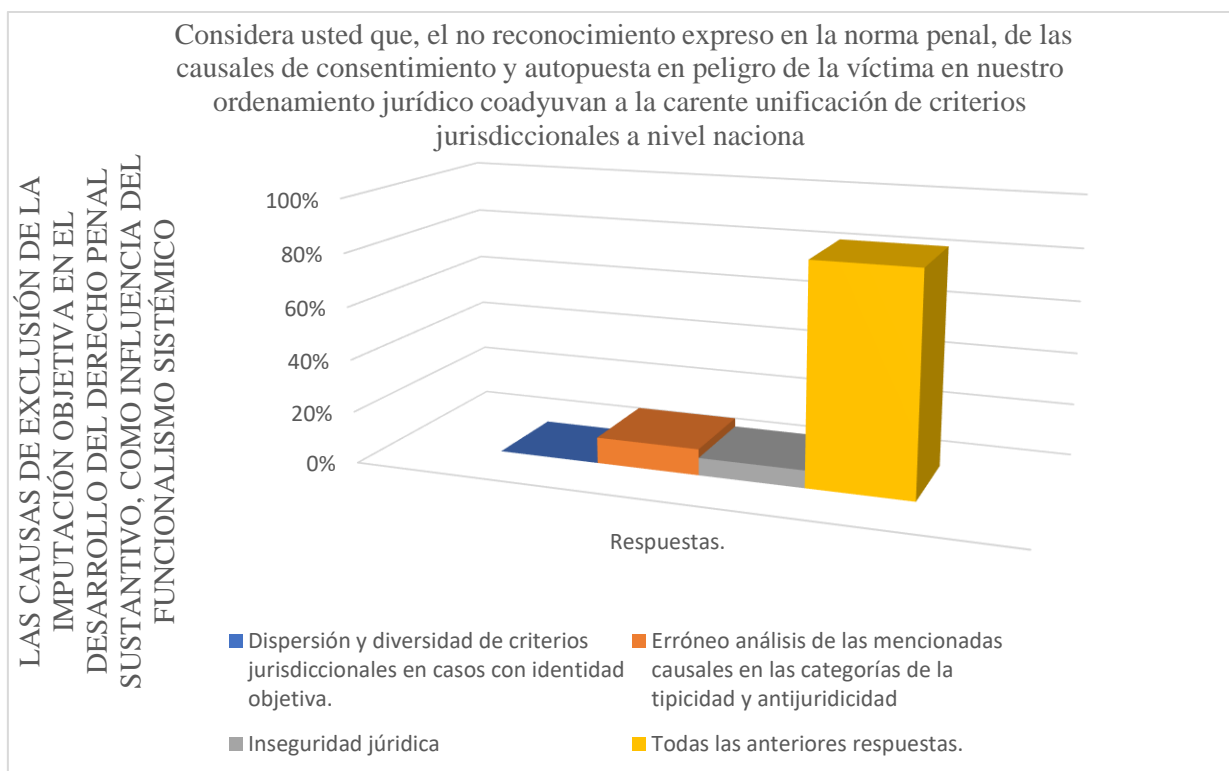
#### **Cuadro Estadístico Nro. 6**

Indicadores	Variable	Porcentajes
Dispersión y diversidad de criterios jurisdiccionales.	0	0%
Erróneo análisis de las mencionadas causales en las categorías correspondientes.	3	10%
Inseguridad jurídica.	2	6,7%
Todas las anteriores respuestas.	25	83,3%
<b>Total:</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuestas realizadas por el investigador.

**Autor:** Salvador David Merino Muñoz

### Representación Gráfica Nro.6



#### Interpretación. –

De la encuesta practicada a los 30 profesionales del Derecho, se obtuvo como resultado que tres de ellos, consideran que la falta de reconocimiento normativo de las causales de consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima en nuestro ordenamiento jurídico vigente generan un erróneo análisis de estas causales respecto de la categoría donde deberían estar ubicadas, ocupando el diez por ciento del total de las encuestas. Mientras que, dos juristas, que representa el seis punto siete por ciento de la población

profesional encuestada, estiman que el no reconocimiento expreso de las causales objeto de estudio conlleva a la generación de inseguridad jurídica. Finalmente, veinticinco profesionales del Derecho, los cuales representan el ochenta y tres punto tres por ciento de la totalidad de las encuestas, reflexionan que el carente reconocimiento normativo expreso de las causales de exclusión de la imputación objetivan en mención, producen una multiplicidad de efectos como lo son dispersión de criterios jurisdiccionales, erróneo análisis de las causales en las categorías correspondientes e inseguridad jurídica.

#### **Análisis. –**

Tal como se desprende del cuadro y gráfica Nro.6, la gran mayoría de los profesionales del Derecho encuestados opto por elegir la opción d, la cual encierra todas las respuestas constantes en la interrogante sexta; criterio al cual me sumo y comparto expresamente, puesto que, el no reconocimiento normativo de las causales del consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima en nuestro Código Orgánico Integral Penal, conlleva la producción de diversos efectos negativos en el sistema judicial ecuatoriano. Como primer punto, debido a la falta de positivización de estas causales, el estudio de estas se ve seriamente limitada para los estudiantes de las diferentes Universidades del país, pues, la malla curricular de las personas aspirantes a titularse como abogados es en extremo corta, lo cual no permite abarcar el análisis de las diferentes instituciones dogmáticas, remitiéndose los catedráticos al estudio únicamente de la ley , en la práctica encontramos casos donde los juristas no pueden distinguir entre los conceptos de autopuesta y consentimiento de la víctima, ni mucho menos interpretar a que categoría de la teoría del delito pertenece cada una de ellas.

Como consecuencia de lo antes expresado, tenemos en la actualidad, jueces de garantías penales con un alto índice de desconocimiento en las diferentes corrientes doctrinarias y sus respectivas instituciones, lo que se refleja en la disparidad de criterios dentro los fallos que estos emiten, pese a existir casos con identidad objetiva. Entonces, nos entregamos a la mera subjetividad del juzgador respecto de su conocimiento en doctrina penal, pudiendo este aplicar o no las causales de exclusión de la imputación objetiva a su libre albedrío. Hecho que se viere formalmente mitigado, si existiere un reconocimiento expreso en la norma, puesto que, la discrecionalidad del juzgador quedaría reducida a lo constante en la ley penal. Asimismo, debido a la falta de positivización de estas causales, el juzgador no tiene el deber de justificar argumentativamente la no aplicación de las mismas en un proceso penal, limitándose a

expresar como si de una muletilla se tratara: La interpretación en materia penal esta ceñida al principio de legalidad, lo que no está en ley está prohibido; escudándose con el axioma del Derecho Público, pese a que nuestro modelo constitucional superó el Estado de Derecho.

Como resultado de esta diversidad de criterios jurisdiccionales, la confianza del ciudadano en los poderes públicos y en la norma en sí se encuentra en decadencia, pues, la certeza de que los parámetros de imputación objetiva aplicados en un caso análogo sean replicados en otros es inexistente, menos aún la previsibilidad de las consecuencias jurídicas a imponerse, ya que, los criterios de valoración de las causales de consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima están supeditados al conocimiento doctrinal del juzgador, por ello, encontramos fallos donde se ha ratificado la inocencia de una persona, mientras que, otros con similares hechos, se ha condenado al presunto infractor. Al no existir certeza, ni previsibilidad, se transgrede de forma evidente nuestro derecho a la seguridad jurídica. Ahora bien, el análisis efectuado en esta pregunta por el autor no sugiere que todos los juzgadores deban compartir criterios en la resolución en sus fallos, sino, que, al momento de plasmar la parte considerativa de la sentencia, exista uniformidad en los criterios de valoración de estas causales, los cuales constan en la propia doctrina, para de esta manera evitar una miscelánea de corrientes penales que se contraponen entre sí.

Por otro lado, tres profesionales del derecho que representan el diez por ciento de los encuestados, estiman que la falta de positivización de las causales de consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima en la norma penal generan un erróneo análisis de estas las categorías en la tipicidad y antijuridicidad.

Finalmente, dos juristas lojanos, consideran que el no reconocimiento expreso de las causales en mención dentro de la norma penal produce inseguridad jurídica, criterio con el cual no discrepo en su totalidad por las mismas razones expuestas en el párrafo ut supra. Estos juristas ocupan el seis punto siete por ciento de la población encuestada.

**Séptima Pregunta: ¿Considera usted necesario, la elaboración de un proyecto de reforma legal al Código Orgánico Integral Penal en el cual se incluya las causales de consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima dentro de nuestro ordenamiento jurídico a efectos de dotar de seguridad jurídica a los detentores de este derecho?**

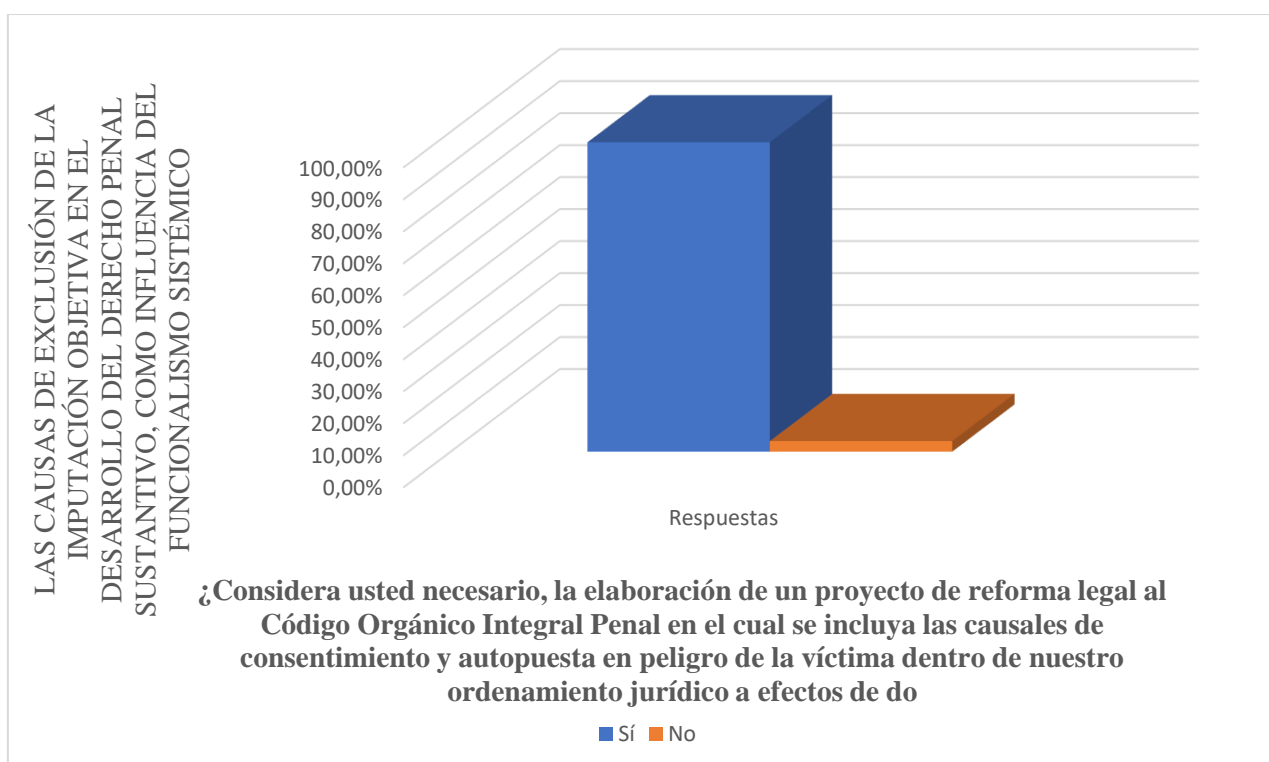
**Cuadro Estadístico Nro. 7**

Indicadores	Variable	Porcentajes
Sí	29	96,7%
No	1	3,3%
Total	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuestas realizadas por el investigador.

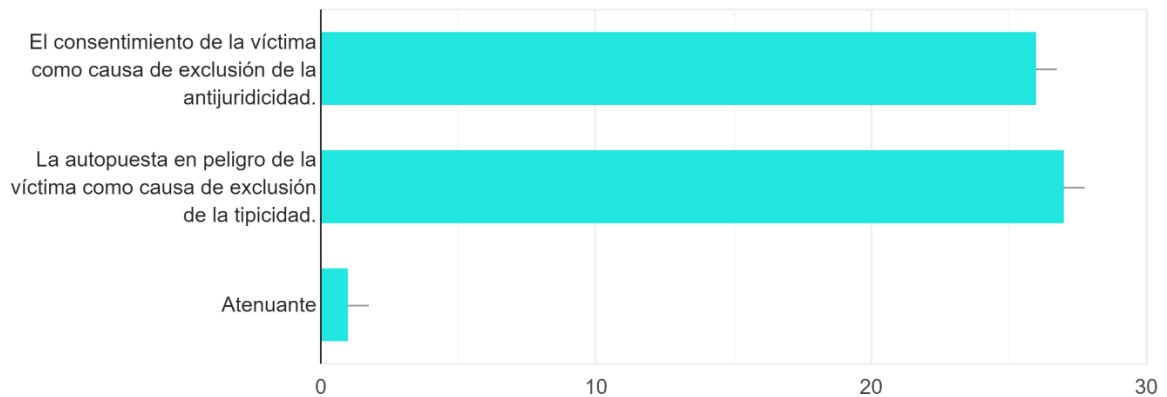
**Autor:** Salvador David Merino Muñoz

**Representación Gráfica Nro.7**



De ser positiva su respuesta, considera adecuado que la incorporación de estas causales sea de la siguiente manera:

29 respuestas



### **Interpretación. –**

De las treinta encuestas practicadas a diferentes profesionales del Derecho, se obtuvo como resultado que veintinueve de ellos, están de acuerdo con la elaboración de un proyecto de reforma legal al Código Orgánico Integral Penal en el cual se incluya las causales de exclusión de la imputación objetiva, en lo que respecta al consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima, con el objeto de garantizar el derecho a la seguridad del cual somos titulares todos los ciudadanos. Esta gran mayoría de juristas que respondieron positivamente a esta pregunta representan el noventa y seis puntos siete por ciento del total de los encuestados. Por su parte, un solo encuestado, que representa el tres punto tres por ciento de las encuestas prácticas, dio contestación de forma negativa, es decir, discrepa con la elaboración de un proyecto de reforma legal a nuestro cuerpo normativo penal donde se incluya las causales mencionadas en líneas arriba.

### **Análisis. -**

De los datos constantes en el cuadro y gráfico nro.6, se desprende que prácticamente la totalidad de los encuestados están de acuerdo con la incorporación normativa de las causales de consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima dentro de nuestro Código Orgánico Integral Penal, criterio el cual comparto, puesto que, la problemática del presente trabajo investigativo tuvo como génesis la carente unificación de criterios a nivel jurisdiccional y el evidente desconocimiento de los principios dogmáticos que sustenta las causales antes en mención. Es por ello, que esta tesis estudia

la teoría Funcionalista Normativa Sistémica con el objeto de dilucidar y aclarar conceptos básicos de la autopuesta y el consentimiento de la víctima a efectos de evitar falacias argumentativas que suelen presentarse en los fallos de los tribunales penales. Además, como bien se ha recalcado a lo largo de esta investigación, nuestro sistema judicial se caracteriza por ser un aparataje netamente legalista, es decir, que los operadores justicia tiene como única fuente de Derecho a la Constitución y la ley, desconociendo los grandes aportes doctrinarios que aporta la dogmática penal para la resolución correcta de los casos en concreto.

Todo esto, ha generado en nuestro país un desconcierto en el auditorio social, pues, la confianza en el sistema judicial es irrisoria, debido precisamente a la diversidad de razonamientos jurisdiccionales en casos similares, por ello, la incorporación de estas causales de exclusión de la imputación objetiva busca mitigar la inseguridad jurídica que se ha generado a lo largo de los años por el carente desarrollo normativo de las instituciones doctrinarias. La vital transcendencia de la incorporación normativa de las causales de consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima, radica en la carga argumentativa que deberán manifestar expresamente los juzgadores a través de la motivación de sus sentencias, al momento de responder los problemas jurídicos planteados por las partes, en los cuales se alegue la concurrencia de alguna de estas causales. En este sentido, el operador de justicia a efectos de otorgar una respuesta fundada en Derecho se verá obligado a estudiar las nociones básicas de estas instituciones doctrinarias; y, como producto de esta motivación suficiente, la seguridad jurídica de nuestro país quedará plenamente materializada.

Asimismo, es válido recalcar que la mayoría de encuestados, en la presente pregunta, asienten en la incorporación del consentimiento de la víctima como causal de exclusión de la antijuridicidad y la autopuesta en peligro de la víctima como causal de exclusión de la tipicidad, lo cual es acertado, por cuanto como se explicó en líneas arriba, en el consentimiento se brinda la aquiescencia del resultado, convirtiendo la conducta lesiva en jurídica por tener el aval del titular del bien jurídico protegido, mientras que en la autopuesta en peligro, la víctima consiente en el riesgo creado, por tanto, las consecuencias que se deriven de él, no pueden considerarse como antijurídicas, ya que, es la propia víctima quien las ocasionó.

Por otro lado, un jurista lojano estima que las causales de consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima deberían ser consideradas como circunstancias

atenuantes de la pena, razonamiento con el cual manifiesto mi inconformidad en parte, ya que, si bien es cierto que en países como España, el consentimiento de la víctima funge como factor atenuante del ilícito de lesiones, no es menos que, esto responde a cuestiones netamente político-criminales, que tienen su sustento en la prevención, represión de los injustos presentes en determinado país, es decir, no existe base doctrinaria que apoye la propuesta de estas causales como circunstancias atenuantes, pues, como ha quedado claramente evidenciado, la aplicación del consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima destruyen por completo la antijuridicidad y tipicidad de la conducta respectivamente, por ello, existe unanimidad de que los referidos supuestos excluyen la responsabilidad penal en su totalidad.

Finalmente, tan solo un profesional del Derecho, que representa el tres punto tres por ciento de la población total encuestada, considera que la incorporación de las causales en estudio no supondría un beneficio para el fortalecimiento de la seguridad jurídica en nuestro país, criterio con el cual discrepo en su totalidad, puesto que, como se ha analizado a lo largo de esta técnica metodológica, el carente desarrollo normativo de las causales de consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima ha generado no solamente dispersión de criterios jurisdiccionales o erróneas interpretaciones del alcance de estas supuestos de exclusión de la imputación objetiva, sino, y en gran medida ha contribuido a la inseguridad jurídica latente en nuestro país.

## **6.2 Resultados de las entrevistas**

Dentro de la metodología detallada en el capítulo cinco del presente trabajo investigativo, se hizo alusión a la aplicación de entrevistas realizadas a cuatro profesionales del Derecho con especialidad en Derecho Penal y Procesal Penal, quienes ejercen su profesión a través de diferentes ocupaciones; esto con el fin de nutrir el contenido de la investigación y abarcar diferentes perspectivas respecto del objeto en estudio. La entrevista en sí consistió en una conversación entablada entre el autor y el jurista con base en cuatro preguntas puntuales, planteadas como el fin de dilucidar y aportar a la verificación de objetivos de esta tesis. En el presente apartado plasmaré mi modesto comentario en cada una de las respuestas otorgados por las personas entrevistadas, dejando a salvo el más ilustrado criterio del lector.

Los profesionales del Derecho entrevistados fueron: Dr. Marco Boris Aguirre, Juez de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la



Corte Provincial de Justicia de Loja; Dr. Rodrigo Cajas Encalada, prestigioso penalista de la ciudad de Loja; Dra. Wendoli Cisneros, abogada en libre ejercicio en la ciudad de Quito con especialidad en Derecho Penal y Procesal Penal; y, Dr. Javier Rogel, abogado en libre ejercicio en la ciudad de Loja, con maestría en Ligación Oral y Escrita y Derecho Penal.

**Primera pregunta: ¿Considera usted que, el Código Orgánico Integral Penal contempla dogmática del Funcionalismo Normativo Sistémico, en cuanto la imputación objetiva; por circunstancias vinculadas a las causales de exclusión de la autopuesta en peligro y consentimiento de la víctima?**

**Respuesta del primer entrevistado:** Considero que, si bien nuestro Código Orgánico Integral Penal si refiere al Funcionalismo en la imputación objetiva, si existen ciertos vacíos relacionados con la autopuesta en peligro y consentimiento de la víctima.

**Respuesta del segundo entrevistado:** Buenos días, en primer lugar, felicitaciones por haber escogido este tema tan interesante de gran actualidad y que nos interesa mucho a los juristas prácticos, respecto a la pregunta, yo diría que, bueno dejando a salvo error en qué incurra nuestro Código Orgánico Integral Penal, si hay ciertos atisbos de Funcionalismo Normativo Sistémico y naturalmente están incorporados en algunas normas esta teoría de la imputación objetiva, en casos como por ejemplo los delitos culposos de tránsito, mala práctica médica y también en delitos dolosos como por ejemplo aquellos que son de infracción de deber; pero en relación con las circunstancias vinculadas a las causales de exclusión de auto puesta en peligro y consentimiento de la víctima me parece que no, no encuentro una norma que se adecue precisamente a esas circunstancias.

**Comentario del autor:** Respecto a la primera respuesta brindada por el entrevistado, manifiesto mi entera conformidad con el criterio vertido, pues, el abogado en libre ejercicio ha sabido identificar correctamente las instituciones Funcionalistas Normativas Sistémicas dentro de nuestro Código Orgánico Integral Penal, es así que, este refiere a la mala práctica médica como un tipo penal funcionalista; y, en efecto, el artículo 146 ibidem es una norma que pregonó la imputación objetiva desde el campo de las corrientes penales propuesta por Jakobs y Roxin.

Así, tenemos que, el artículo en mención nos describe que la “*la mera producción del resultado no configura infracción al deber de cuidado*”, es decir, que la mera causalidad no constituye presupuesto de imputación, lo cual, coincide con los conceptos propuesto por Jakobs, quien se desprende de la obsoleta teoría causal y estudia la producción del resultado desde la teoría de los roles y riesgos. De igual manera, el numeral tres del artículo citado por el entrevistado, exige que el daño generado provenga de la infracción al deber objetivo de cuidado, por lo que, sin dubitación alguna esto constituye uno de los presupuestos bases planteados por Roxin, quien sostiene que, para la correcta imputación de un sujeto, es necesario que se haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado; y que, ese riesgo ilegítimo este directamente relacionado con el resultado de la acción.

Asimismo, el entrevistado al afirmar que, el tipo penal de mala práctica médica contiene una tendencia Funcionalista, quiere dar a notar que, las cuatro reglas constantes en el artículo 146 del COIP se inclinan a los presupuestos de imputación fijados por la doctrina Normativa Sistémica, no obstante, es menester precisar que, los supuestos contemplados en el referido artículo responden a una aleación del Funcionalismo Moderado (Roxin) y el Funcionalismo Radical (Jakobs), por cuanto, el numeral segundo del articulado, exige la verificación de los roles asumidos por el profesional imputado, como también la constatación de que este no ha infringido el principio de confianza, por ello, la ley se remonta al estudio de reglamento o manuales para determinar precisamente cual eran los roles a cumplir. Mientras que, el numeral cuarto, hace alusión a la evitabilidad de la acción, el cual es un parámetro fijado únicamente por Jakobs (al igual que la teoría de los roles), donde, plantea la exclusión de la responsabilidad penal en conductas que pese a ser imprudentes, el actuar conforme a Derecho hubiera supuesto el mismo resultado. Como podemos observar del análisis vertido en líneas arriba, el numeral 3 del artículo 146 responde a la óptica Funcionalista propuesta por Roxin, en contraposición de los numerales 2 y 4 que son abarcados desde los parámetros fijados por Jakobs.

Por otro lado, el profesional del Derecho refiere a la tendencia Funcionalista Normativa Sistémica en el COIP, dentro de los delitos de infracción de deber, lo cual es plausiblemente acertado, pues Roxin, se desprende de la teoría del dominio del hecho con el objeto de realizar la imputación objetiva en delitos contra la administración pública, para lo cual se sirve del “deber especial” que reviste a todos los servidores públicos. Este

deber especial, consiste en las atribuciones que la ley confiere a determinado funcionario en el ejercicio de su rol, mismo, que queda transgredido cuando determinado sujeto abusa o descuida tal obligación y de esta manera lesiona o amenaza un bien jurídico. Así las cosas, se puede inferir de manera correcta, que la mera actividad del incumplimiento del rol especial constituye el factor determinante para ejecutar la imputación objetiva. En otras palabras, la relevancia del dominio del hecho es nula, ya que, únicamente interesa la infracción al deber.

Finalmente, la entrevista concluye con una aseveración ya adelantada en el marco jurídico, la cual consiste en la inexistencia normativa del consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima dentro del COIP. En efecto, de la revisión íntegra a nuestro cuerpo normativo penal podemos dilucidar que expresamente dichas causales no se encuentran positivizadas, por lo que, la necesidad de incorporación es realmente imperativa.

**Segunda pregunta: ¿Considera usted que, la auto puesta en peligro y consentimiento de la víctima son instituciones diferentes que deben de limitarse en la norma penal y la teoría del delito?**

**Respuesta del primer entrevistado:** Debería delimitarse en la norma porque la doctrina digamos en la teoría sí se habla mucho sobre eso, lo que sí debería a lo mejor establecerse con mayor precisión para evitar a veces duda pero, de hecho, por ejemplo, si bien no está en el código una comprensión de algunos principios del derecho penal si nos permiten aplicarlo, creo que lo obvio sí sería ponerlos, por ejemplo, a ver vamos con la auto puesta en peligro, imaginemos nosotros la conducción de un vehículo de un ciudadano A, que está conduciendo en la vía Loja-Catamayo, que tenemos una vía sinuosa donde el conductor puede desarrollar una alerta tranquilamente a unos 90 km/h en vehículo liviano, va en perfectas condiciones mecánicas, él está en condiciones también humanas correctas a su visión ,su percepción está correcta, está habilitado tiene una licencia de conducir, es decir, tanto el conductor como el automóvil cumplen las normas del deber objetivo de cuidado, sin embargo, una persona decide pasarse corriendo de un momento a otro o sea auto poniéndose en peligro y es atropellado por el conductor entonces con una interpretación antigua, una interpretación vieja derecho ahí deberíamos llevarlo preso al conductor, porque simplemente causa-efecto, existe una conexión entre el resultado y el hecho precedente que es la atropellamiento ese conductor debe irse preso,

pero bajo un análisis de la imputación objetiva realmente es el resultado atribuible al conductor ¿sí o no?. Entonces en la imputación objetiva va a evidenciarse que por parte del conductor se cumplieron todas las normas del deber objetivo de cuidado el no responde, primero porque no es doloso absolutamente y segundo tampoco culposo porque no hay infringido ninguna norma legal objetivo cuidado tanto él como conductor, cuanto su vehículo estaba cumpliendo las normas del deber objetivo de cuidado, aquí el resultado es atribuible exclusivamente a la persona que se puso en peligro, decidió cruzarse la calle, una avenida o donde sabe que los vehículos pueden desarrollar hasta 90 km/h de un momento a otro paso corriendo sin darle la posibilidad al conductor, es decir, por sí solo asumió el riesgo y se puso en peligro entonces en esos casos no debe responder el conductor, sino, la persona que se ha autopuesto en peligro; bajo la actual normativa podríamos desarrollar estos conceptos y de hecho lo hemos lo hemos hecho en sentencias pero, yo siempre soy de la idea de que lo que abunda no daña, entonces sí podrían verdaderamente delimitarse en la norma mientras más claro mejor.

**Re-Pregunta: ¿Usted estaría de acuerdo que la causal de autopuesta en peligro de la víctima se incorpore como eximente de responsabilidad penal o atenuante de la pena?**

**Respuesta:** La auto puesta en peligro tiene que determinar la absoluta ausencia del delito por no existir el elemento subjetivo, porque, vamos a suponer cuando nosotros hacemos el ejercicio de tipicidad, es decir, un hecho en concreto lo comparamos con la descripción típica que hace la norma, eso es tipicidad, entonces, nosotros analizamos los elementos objetivos, conductor A mata a ciudadano B peatón ,producir la muerte o sea los elementos objetivos serían cumplidos, pero el elemento subjetivo bien puede ser dolo, entonces, sí está demostrado que no vulneró su deber objetivo de cuidado simplemente no hay delito, no existe uno de los elementos del tipo penal, entonces, si pasamos nosotros a la teoría del delito, le pasamos el filtro número uno que es conducta penalmente relevante y pasa ,vamos al segundo elemento tipicidad, no pasa, entonces no hay responsabilidad penal.

**Respuesta del segundo entrevistado:** Claro que sí, me parece que sí porque justamente si nos guiamos por la teoría que establece cuáles son las características de cada uno de estos eventos jurídicos, debería también la práctica normar dicha delimitación.

**Respuesta del tercer entrevistado:** Sí, son totalmente distintas, tanto por su naturaleza cuanto por el enfoque de cómo como comprobar las mismas, no es lo mismo que yo consienta o se me realice un procedimiento médico, por ejemplo, te digo de un tema de una mala práctica médica, no es lo mismo que yo consienta con mi consentimiento informado un procedimiento que sepa cuáles son los daños reales de una operación que se realice, a ponerme yo mismo en peligro cuando yo voy caminando a las 12:00 pm por la avenida 8 de diciembre que es una avenida de circulación rápida de vehículos ,voy caminando sin percatarme de donde estoy, si hay un paso de peatón, cruzó la vía imprudentemente, también excluye la responsabilidad pero de otra forma; he tomado como ejemplos delitos culposos porque en delitos dolosos tendría que revisar muchísimo más en cuanto a que tipo de delitos aplicaríamos para estas figuras.

**Respuesta del cuarto entrevistado:** Como hace unos momentos conversaba con Usted en esta tertulia jurídica, el tema es muy interesante porque hay dos posturas en juego, tendríamos un ejemplo dentro de la tipicidad que esta la autopuesta en peligro y también consentimiento como causal de antijuridicidad, pero en la autopuesta no se sabe cuál va a ser el resultado, porque el resultado es al azar , como dice Robles planas en su Manual de Derecho Penal; ahora la otra forma sería dentro de la antijuridicidad y consentimiento como bien lo señala el Doctor Felipe Rodríguez donde expresa que si yo con cierto una una acción por parte de otra persona el resultado se vuelve jurídico se vuelve lícito, porque yo consentí entonces yo puse a mi disposición mis bienes jurídicos protegidos para que otra persona pueda agredirlos, entonces, ahí no creo que habría problema, el único problema creo que tendremos es con respecto de la vida que todavía no está resuelto, pero yo creo que muy pronto se esclarecerá esto. Mientras que, en la autouesta como ejemplo, si es una persona que yo conocí de una noche se sube a una moto y está en estado etílico esa persona y además no le importa ir sin caso, entonces quién está poniendo en peligro su propio bien jurídico esa persona que subió a la moto porque sabe que ambos estamos tomados y puede generarse un accidente.

**Comentario del autor:** De la transcripción de las respuestas obtenidas de los entrevistados especialistas en Derecho Penal, podemos colegir que los cuatro profesionales del Derecho están de acuerdo en la delimitación del consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima en la norma penal para evitar erróneas interpretaciones entre ambas instituciones jurídicas, criterio que comparto.

Asimismo, podemos observar que la mayoría de los juristas entrevistados procedieron a ejemplificar la autopuesta en peligro de la víctima, no así el consentimiento de esta, sin embargo, si realizan un aporte significativo en la clarificación de conceptos de las referidas causales. En este sentido, los ejemplos plasmados en sus respuestas radican en lo típicos hipotéticos dados por la doctrina, donde una persona cruza una calle de forma imprudentemente generando un accidente de tránsito o el sujeto que a sabiendas de que el conductor de un automóvil se encuentra en estado etílico, decide voluntariamente ocupar uno de los asientos del automotor. Si bien es cierto, estos ejemplos forman parte de la doctrina respecto de la competencia de la víctima, no es menos que, pese a ser profesionales especializados en la rama penal, no avizoran la diferencia entre autopuesta en peligro de la víctima y heteropuesta en peligro de la misma.

En este orden de ideas, los hipotéticos casos plasmados por el entrevistado número tres y cuarto son efectivamente un ejemplo de autopuesta en peligro de la víctima, pues, esta causal supone que sea el propio sujeto pasivo del presunto delito, quien voluntariamente se introduzca en un contexto factico, dentro del cual, el aseguramiento de la protección de sus bienes jurídicos no se encuentre garantizado, por lo tanto, al asumir su accionar riesgoso, asume también las consecuencias que de él deriven, sin que necesariamente consienta en ello, además, y aquí radica la gran diferencia con la heteropuesta, en la realización de ese riesgo siempre debe existir la participación de una tercera persona que colabora en la ejecución.

Entonces, subsumiendo el ejemplo dado con los presupuestos de autopuesta en peligro de la víctima, podemos evidenciar que, al momento que una persona cruza de forma repentina e imprudente una vía automovilista expedita, se está incorporando conscientemente en una situación riesgosa donde sus bienes jurídicos están amenazados; y, en el caso de producirse una lesión a su humanidad en razón de un atropellamiento, el sujeto “activo” del supuesto de delito no respondería penalmente, ya que, simplemente ha colaborado causalmente en la ejecución del resultado. Por estas consideraciones, sin temor de incurrir en una falacia, asevero el hipotético caso analizado, está dentro del ámbito de aplicación de la autopuesta en peligro de la víctima.

Mientras que, por su parte, el ejemplo planteado por el cuarto entrevistado que, a prima facie supondría camuflarse como un supuesto de autopuesta en peligro de la

víctima, no es más que una aberrante equivocación, puesto que, el tercero que participa en la ejecución del riesgo consentido no es un mero colaborador sino un ejecutor.

En este sentido, el concepto de Heteropuesta en peligro de la víctima encaja perfectamente con el hipotético caso planteado por el profesional antes mencionado, puesto que, esta institución doctrinaria presupone al igual que la autopuesta en peligro, que la víctima corrompa su principio de autorresponsabilidad y consienta en el riesgo, sin embargo, la diferencia radica, en la heteropuesta, el sujeto pasivo del ilícito autoriza, aprueba u ordena al sujeto activo la ejecución de la actuación en propio riesgo, es decir, un tercero pone en peligro a la víctima.

En síntesis, los elementos propios de cada una de las causales analizadas consisten en:

<b>Autopuesta en peligro de la víctima.</b>	<b>Heteropuesta en peligro de la víctima.</b>
1.Conocimiento en el riesgo.	1.Conocimiento en el riesgo
2.Violación al principio de autorresponsabilidad.	2.Violación al principio de autorresponsabilidad.
3.Ejecución de riesgo realizado por la propia víctima donde un tercer colabora.	3.Ejecución del riesgo realizado por una tercera persona, que la víctima ha consentido previamente.
4. No exista vinculo de garante con la víctima.	4.Equivalencia en la responsabilidad del acto.

Fuente: Elaboración del autor.

Analizado y entendido que, tanto la heteropuesta como la autopuesta en peligro de la víctima supone la existencia de un consentimiento dado exclusivamente al riesgo, es momento de diferenciar estos conceptos con la institución de consentimiento de la víctima, a partir de los aportes otorgados por los entrevistados.

En este sentido, si bien en esta pregunta no se plasmaron ejemplos, los especialistas en Derecho Penal si han precisado que la autopuesta en peligro y consentimiento de la víctima son causales de exclusión de la responsabilidad penal totalmente diferentes, pues, en esta última, la víctima conoce y consienten los resultados de la actuación previamente consensuada, mientras que, en la autopuesta, el resultado no es aceptado ni autorizado expresamente. Por ello se explica que, el consentimiento de la víctima elimine la antijuridicidad de la conducta, pues, efectivamente la acción consentida lesiona o amenaza bienes jurídicos, ergo, la conducta se contrapone al ordenamiento jurídico, sin embargo, al momento de que el titular de los referidos bienes jurídicos dispone consensuadamente para que estos sean transgredidos por determinada

persona, la conducta típica queda justificada. En otras palabras, el filtro de la tipicidad es superado por el consentimiento de la víctima, por cuanto el supuesto autor adecua su conducta al tipo penal, pero esta queda justificada por mediar el consentimiento; a diferencia de la autopuesta en peligro, donde la tipicidad no se logra verificar por falta de uno de los elementos objetivos del tipo penal.

Finalmente, la discusión planteada por los entrevistados respecto de la delimitación de los bienes jurídicos que sean susceptibles de aplicación del consentimiento de la víctima es totalmente procedente, pues, como quedo debidamente detallado en el marco doctrinario, la normativización de esta causal trae consigo un deber extra para el legislador, la cual consiste en realizar un estudio sistemático de la Constitución y los Tratados Internacionales (bloque de constitucionalidad) a efectos de determinar la protección irrestricta de ciertos derechos (bienes jurídicos) de los cuales el Estado tiene el máximo deber de tutela. En este orden de ideas, los bienes jurídicos como la vida o la integridad sexual (en personas menores de 14 años) serían proscritos de aplicación del consentimiento de la víctima como causal justificante de la antijuridicidad, al igual que, los bienes jurídicos de carácter colectivo tales como el ambiente o la administración pública.

**Tercera pregunta: ¿Considera usted que el consentimiento de la víctima y la auto puesta en peligro de la víctima como eximentes de la responsabilidad penal deben ser incorporadas en la norma como causa de exclusión de la antijuridicidad y tipicidad respectivamente?**

**Respuesta del primer entrevistado:** Bien, la autopuesta en peligro me parece que en la tipicidad como lo acabo de explicar y el consentimiento de la víctima, debería estar en la antijuridicidad, claro, de hecho en países como España, por ejemplo, está ahí, está ubicada dentro de la antijuridicidad porque es obvio, tenemos nosotros el típico ejemplo del paciente que va donde el médico, el médico le explica que la operación que va a correr es una operación de alto riesgo, que van a abrir el corazón, le va a poner un bypass y que a lo mejor pueda morir, entonces, él da un consentimiento al médico para que le hagan esa cirugía porque las probabilidades si no se la hacen muere y si la hace puede salvarse, entonces, una persona que ya han explicado y firma un consentimiento informado está aceptando los resultados que puede ser, entonces, en este caso no se está lesionando el bien jurídico vida de una manera arbitraria, sino, que esa persona conscientemente sabe las consecuencias, pues, eso ya entra efectivamente en el campo de



la antijuridicidad, estaría bien si, porque fue un poco a lo que tenemos actualmente como elementos excluyentes de la antijuridicidad la legítima defensa, el estado de necesidad, el mandato de ley, orden de autoridad superior y el desempeño del cargo como policía militar estaría muy bien que se incluya precisamente el consentimiento.

**Respuesta del segundo entrevistado:** Sí, efectivamente yo puedo decir que, en base a mi práctica profesional de varios años, si tuviéramos operadores de justicia que tengan la suficiente formación doctrinaria teórica dogmática no sería necesario, pero en este caso justamente tratándose de temas teóricos que para la aplicación práctica necesariamente tiene que tener una definición, entonces yo sí creo que necesariamente estas dos circunstancias el consentimiento de la víctima y la auto puesta en peligro como causa de responsabilidad si deberían ser incorporados en la teoría del delito como causas de exclusión.

**Re-Pregunta: Doctor, también quisiera ahondar más en esta pregunta respecto, si usted considera, tal como lo dice la teoría ¿qué esta delimitación debería estar enfocada en que en la autopuesta en peligro de la víctima lo que se consiente es el riesgo y el consentimiento la víctima en cambio es el resultado?**

**Respuesta:** Efectivamente, esa es la característica que identifica cada uno de estos dos entes jurídicos tal como usted lo acaba de decir esa es la delimitación.

**Re-Pregunta: Y en casos de delitos sexuales, ¿el consentimiento de la víctima menor de catorce años quedaría proscrito?**

**Respuesta:** Claro, yo creo que esto ya nos hizo bastante bien, una de las sentencias de la Corte Constitucional ha sido bastante esclarecedora en materia de derechos fundamentales e interpretación normativa, en sentido de que, el consentimiento de la víctima en delitos sexuales con personas mayores de catorce años si es relevante, a diferencia de lo que decía anteriormente el código de que no es relevante, si es relevante, pero de catorce para arriba, siempre y cuando. se cumpla con aquellos parámetros que sugiere la Corte constitucional que son sumamente valiosos en el análisis, pero de catorce hacia abajo me parece que el consentimiento estaría viciado porque naturalmente la persona no está en capacidad psicológica de tener una noción clara para tomar decisiones libres responsables e informadas sobre su conducta sexual.

**Re-Pregunta: Doctor, ¿sería pertinente que el legislador en caso de que acoja esta tesis delimitaría qué bienes jurídicos quedan a disposición de la persona?**

**Respuesta:** Claro porque existen bienes jurídicos que no son disponibles, el Estado los protege, entonces, por más que la persona, por ejemplo, eso siempre se ha discutido, siempre la vida y los casos de eutanasia hasta donde; y aquí también ya viene esa discusión antigua, pero ahora muy puesta de moda entre la separación del derecho y la moral, no es cierto, están completamente separados el derecho y la moral o no, yo te digo que no, te digo que yo creo como Atienza cree que, en el sustrato de toda norma jurídica hay un contenido moral, si hablamos ya de temas como eso de los bienes disponibles o no, la vida es digamos entre el fundamento de todos los demás derechos de la persona, entonces no podemos disponer de ese bien.

**Respuesta del tercer encuestado:** Sí, por la conceptualización misma de la autopuesta en peligro, el peligro es el aceptado, entonces me estoy poniendo en una situación de riesgo, por lo tanto, el elemento de la tipicidad queda excluido, pues, en delitos dolosos por ejemplo ya no depende de la voluntad del sujeto activo el acto de creación del riesgo. Ahora, el consentimiento de la víctima debe ser normado en la antijuridicidad porque si lesiona bienes jurídicos, como lo explique en la pregunta anterior.

**Re-Pregunta: ¿No cree usted, que la autopuesta en peligro de la víctima excluye el elemento objetivo del sujeto pasivo?**

**Respuesta:** Es una consideración muy válida, ya lo he leído antes, pero si estudiamos la criminología, esta nos dice que existe victimas consientes por eso creo que se elimina el elemento subjetivo.

**Respuesta del cuarto entrevistado:** Respecto al consentimiento, creo que estamos claros respecto a que el resultado atañe a las causas de exclusión de la antijuridicidad, porque no habría bien jurídico protegido, o sea hay, una lesión, pero hay consentimiento, entonces está jurídicamente permitido. Ahora la autopuesta en peligro elimina el sujeto pasivo prácticamente, porque, estaría dentro de los elementos objetivos del tipo.

**Comentario del autor:** De las respuestas dadas a la tercera pregunta de la entrevista por parte de los profesionales del Derecho, podemos deducir que existe

unanimidad en la incorporación normativa de la autopuesta en peligro de la víctima dentro del apartado de la tipicidad, mientras que, el consentimiento de la víctima como causa de justificación de la antijuridicidad.

El criterio otorgado por los entrevistados es a mi consideración acertado, pues, la autopuesta en peligro de la víctima existe una transgresión al principio de autorresponsabilidad, el cual supone la exigencia de que toda persona sea responsable por los actos que genere o intervenga. A raíz de estos lineamientos, Jakobs y Roxin, desarrollan esta causal como presupuesto de exclusión de la imputación objetiva y por ende de la responsabilidad, empero, los citados autores no debaten sobre la categoría del delito, la cual debería eliminar las aplicaciones de estas causales, puesto que, la imputación objetiva por sí misma a criterio de estos autores constituye una categoría extra.

En este sentido, la discusión de la ubicación de estas causales dentro de los elementos del delito nace a partir de la necesidad de incorporarlas normativamente en las diferentes legislaciones. Ahora bien, los entrevistados mediante el uso de ejemplos han tratado de explicar que la autopuesta en peligro de la víctima debe ser considerada como una causa de atipicidad, debido a que la víctima además de consentir en el riesgo es quien lo ocasiona, por ello, elimina el elemento subjetivo del tipo, es decir, la determinación de si el supuesto autor actuó con dolo o culpa.

Lo expresado, es un razonamiento totalmente válido, por cuanto el tercero que colabora en la ejecución de un resultado dañoso creado por la propia víctima no es posible imputarle que ha actuado con voluntad o ha descuidado su deber objetivo de cuidado cuando el riesgo ha sido creado por la propia víctima, sin embargo, ¿esto sucede en todos los casos? La respuesta es no, por ello, concuerdo con el criterio vertido por el cuarto entrevistado, quien estima que el elemento del tipo que se elimina en la aplicación de esta causal es el sujeto pasivo, puesto que, no se puede hablar de víctima cuando la lesión generada es producto de un actuar reprochable a nuestro comportamiento, sostener lo contrario supondría desconocer el principio de autorresponsabilidad, el cual constituye la base de esta causal.

Ahora bien, la tercera entrevistada, defendiendo la tesis de la eliminación del elemento subjetivo, sugiere que, dentro del campo de la criminología existen diferentes tipos de víctimas, una de ellas es la consiente, la cual engloba a aquellos sujetos que

provoca o generan daños a su propia integridad psíquica o física, no obstante, realizando una análisis prolijo, podemos entrever que la Criminología al referirse a este tipo de víctimas, presupone que el acto de creación de autorriesgo debe ser consiente y deseado por la propia víctima, además debe consentir en el resultado, entonces, bajo este concepto, no existiría autopuesta en peligro de la víctima cuando un agente se incorpora de forma inconsciente en un contexto donde sus bienes jurídicos no están garantizados.

Por otro lado, la cuarta interrogante planteaba también la incorporación normativa del consentimiento de la víctima como exclusión de la antijuridicidad de la conducta típica, es decir como causa justificante.

Como primer punto, es válido dar a conocer que, muchos detractores de esta causal estiman que el consentimiento de la víctima queda abarcado dentro otra causa justificante de la antijuridicidad, la cual es el estado de necesidad. Ahora bien, del ejemplo referido por el entrevistado, tenemos que, un paciente va a ser intervenido quirúrgicamente por una cirugía cardio vascular, puesto que, de no hacerlo su vida podría verse comprometida en el futuro, por ello el galeno explica la importancia de este procedimiento médico y la peligrosidad del mismo, donde incluso dadas determinadas circunstancias podría morir; a pesar de aquello, el paciente consiente en la cirugía.

En síntesis, la única similitud que comparte el estado de necesidad y el consentimiento de la víctima es que existe una efectiva transgresión a los bienes jurídicos, y es precisamente por esto su ubicación como causas justificantes de la antijuridicidad, ya que, toda conducta que lesione o amenaza bienes jurídicos protegidos por el Estado, es calificada como antijurídica.

Finalmente, se deja por sentado que, para la correcta procedencia de la incorporación normativa de esta causal, el legislador deberá limitar la aplicación de la misma a través de los siguientes presupuestos configurativos:

1. El consentimiento debe quedar debidamente manifestado, sin que necesariamente sea expreso.
2. Los bienes jurídicos susceptibles de disposición por el titular deben estar expresamente autorizados en la ley.
3. Únicamente las personas capaces conforme con la ley pueden disponer de sus bienes jurídicos.

4. El consentimiento dado por el titular del bien jurídico no debe adolecer de vicio alguno (error, fuerza, engaño) (Cancio Melia, Teoría Funcional de la Pena, 2008) (Martínez Garay, 2001) (Zugaldía Espinar, 1982) (Luhmann, ¿Cómo es posible el orden social?, 2009)
5. El consentimiento debe concederse antes la comisión del hecho.

**Cuarta Pregunta: ¿Considera usted necesario la elaboración de un proyecto de reforma legal al Código Orgánico Integral Penal, en el cual se incluya las causales de consentimiento y autopuesta de la víctima dentro de nuestro ordenamiento jurídico de seguridad jurídica a los tendedores de este derecho?**

**Respuesta del primer entrevistado:** Sí, totalmente de acuerdo, la única manera de poder dar seguridad jurídica a los ciudadanos es incorporar una reforma a nuestra legislación, vía un proyecto de ley, esa sería la manera de lograr que la Asamblea Nacional pues, al debatir un proyecto se dé el caso que lo apruebe y luego pues el colegislador, que es el presidente de la República sancione.

**Re-pregunta: ¿Cree que la falta de incorporación de estas causales genera fallos contradictorios a nivel nacional?**

**Respuesta:** Sí, la falta de incorporación de este tipo circunstancias relativas al Funcionalismo podría efectivamente generar interpretaciones diversas e inseguridad jurídica.

**Respuesta del segundo entrevistado:** Una vez más yo diría que nos falta mucho en todos los operadores jurídicos y naturalmente también tenemos que hacer una mea culpa los abogados que somos parte del engranaje de la administración de justicia, deberíamos tener una formación teórica mucho más completa en las universidades, en pregrado deberían preocuparse de que nuestra formación sea sólida en conocimientos teóricos y capaz de que cuando tengamos ya que ejercer funciones de tanta trascendencia e importancia cómo es la de administrar justicia y resolver situaciones jurídicas complejas, deberíamos tener en claro que en el sistema de fuentes del Derecho debería estar incluida necesariamente la doctrina; y, que la doctrina sin necesidad de que esté legislada como norma positiva tiene que ser aplicada, pero viviendo en el Estado en el que vivimos y en las condiciones de la justicia que conocemos, yo creo que ese proyecto de reformas de incorporación de estos temas al COIP resulta necesario.

**Respuesta del tercer entrevistado:** Ya, sí me gustaría que exista personalmente por dos razones, todavía tenemos los ecuatorianos y la jurisprudencia ecuatoriana a pensar o creer, no es una crítica negativa contra todos los jueces, no todos piensan así, que si no está en la norma al menos en materia penal no lo puedo aplicar, sí, entonces el tema de los jueces boca de la ley en el ámbito del procedimiento son muy claros, si no está no lo aplico, entonces si no está como una causa de como una causa de eliminación de la antijuridicidad y tipicidad nunca la van a aplicar de manera continua, qué fue lo que pasó por ejemplo con el error de tipo que en su momento se incorporó en la normativa, pese a que jurisprudencialmente se estaba aplicando, entonces, muchas de las veces qué sucede esto algunos jueces dicen si lo vamos a aplicar otros dicen no lo vamos a aplicar, entonces te da una suerte de libertad excesiva para que el juez siga decidiendo cuándo, cómo, dónde aplicarlo de manera indiscriminada, inclusive cuando hay casuística análogas completa, ósea, dos casos completamente, el uno lo aplica el otro no, entonces, si es que hay una normativa pienso que sería mucho más fácil para los jueces entenderla, comprenderla, saber cuándo y cómo aplicarla.

**Respuesta del cuarto entrevistado:** Sí y no solo de la autopuesta en peligro y el consentimiento, sino, creo que demás categorías dogmáticas, porque, yo creo que fue primero un gran avance incluir el error de tipo y el error de prohibición que es algo importantísimo en nuestra legislación, ahora que vayan incluyendo más cuestiones como la puesta en peligro de la víctima y el consentimiento de la víctima, yo creo, que es necesario e indispensable, entonces, para que nosotros como abogados en el ejercicio que sufrimos las torturas en los tribunales podamos alegar de manera más práctica y no decirles señores jueces lo que dice Roxin, lo que dice Jakobs lo que dice Muñoz Conde, etcétera, porque al final del día eso queda en lírica si no está en el COIP, por eso, la reforma que quiere plantear me parece excelente.

**Re-pregunta: ¿Cree que la falta de incorporación de estas causales genera fallos contradictorios a nivel nacional?**

**Respuesta:** Sí, claro que sí, fallos contradictorios porque unos entienden una cuestión u otros otra cuestión, entonces siempre va a haber ese enfrentamiento entre criterio que se solucionaría en parte con la reforma que planteas.

**Comentario del autor:** Finalmente, la cuarta interrogante planteada, se circunscribía a constatar el criterio de los profesionales entrevistados respecto de la

procedencia de incorporación normativa, vía reforma legal al COIP, de las causales de consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima con el objeto de reafianzar la confianza de los ciudadanos en los poderes públicos, es así que, producto de su conocimiento y análisis reflejado en cada una de las respuestas brindadas en la entrevista, han arribado de forma unánime a la conclusión de que, sí es necesario y viable la propuesta de un proyecto de reforma legal a nuestro cuerpo normativo penal a efectos de dotar de seguridad jurídica a los detentores de este derecho; razonamiento con el cual manifiesto mi entera conformidad.

La seguridad jurídica como bien se ha explicado en el marco jurídico, radica en la certeza y previsibilidad que tienen todo ciudadano respecto de las actuaciones que realicen determinadas personas en virtud de una potestad estatal (teoría del órgano), en este sentido, si existe discrepancia entre los operadores de justicia en aceptar a la doctrina como fuente de Derecho (lo cual se ve claramente reflejado en sus fallos), la confianza en nuestro sistema judicial y en el ordenamiento jurídico vigente iría en decadencia, puesto que, la resolución de problemas jurídicos a través de la aplicación de la dogmática dependerá únicamente del arbitrio puro y antojadizo del juzgador. Por ello, califico de pertinente la respuesta otorgada por el primer entrevistado, ya que, la única manera de mitigar la amplia libertad decisoria del magistrado es a través de la positivización de las normas, pues, es principio del Derecho Público que, la discrecionalidad y sana crítica de los jueces tiene un límite, el cual es impuesto por la ley, ergo, cualquier actuación al margen de ella constituye arbitrariedad; incluso, a efectos de poder impugnar esa arbitrariedad en sede extraordinaria (recurso de casación) es imperativo que exista la norma en nuestro ordenamiento jurídico para demostrar el yerro del operador de justicia.

En similar sintonía, el segundo encuestado realiza una crítica al sistema jurídico en general desde su punto inicial, es decir, la educación, reflexión a la cual me sumo y agrego la alarmante preocupación que me invade al observar que la malla curricular de un estudiante de Derecho en pregrado sea de escasos cuatro años, pese a la complejidad y amplitud de esta ciencia social. Este autor enfatiza que ninguna reforma legal podrá contra el desconocimiento teórico, si mantenemos el pensamiento de que la práctica jurídica supera a la teoría, estamos condenando a mantener el paupérrimo sistema judicial actual; y, es precisamente este pensar el cual arroja criterios como los constantes en las respuestas tercera y cuarta, donde abogados en libre ejercicio verifican que

efectivamente la doctrina no es fuente de Derecho en nuestro país, puesto que, los operadores de justicia aplican únicamente lo previsto en la ley.

La causa de una justicia legalista contraria a nuestro modelo constitucional se debe al desconocimiento teórico de las figuras doctrinales como el consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima, ya que, en muchas ocasiones los juzgadores no aplican estas causales porque la carga argumentativa a justificar en su fallo exige un conocimiento meridiano de los orígenes, principios y presupuestos configurativos de la corriente dogmática a utilizar. Consecuencia de aquello, tenemos sentencias donde directamente no se aplicaron estas circunstancias eximentes de la responsabilidad penal, pese a plantarse por una de las partes como problema jurídico a resolver, o en su defecto, existe una interpretación errónea de estas causales, en las cuales el juzgador con el objeto de resolver ha hecho una miscelánea de conceptos que se oponen entre sí, obteniendo como resultado impunidad o condenas injustas.

Entonces, para evitar este abuso de la discrecionalidad del juzgador y en evidente constatación de la inescapable realidad legalista de nuestro sistema judicial, es imperativo la necesidad de incorporar normativamente el consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima en nuestro Código Orgánico Integral Penal a efectos de que exista unanimidad de criterios en la valoración de estas causales, y producto de aquello, la seguridad jurídica en nuestro país se reafiance. Recordemos que un Estado Constitucional de derechos, tiene como puntales de realización la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica, derechos denominados interdependientes, puesto que, su materialización depende del respeto de cada uno ellos, es decir, sin seguridad jurídica no puede coexistir un modelo constitucional como el nuestro.

En definitiva, además de reforzar la seguridad jurídica de los ciudadanos, la incorporación de estas causales de exclusión de la imputación objetiva a la normativa ecuatoriana también exigirá a los operadores de justicia el estudio a profundidad de los conceptos y las teorías dogmáticas provenientes de estas figuras doctrinarias, pues, una vez positivizadas, la aplicación o no de las mismas, requerirá una justificación intelectual del juzgador plasmada a través de la motivación de sus sentencias.

### **6.3 Estudio de casos**

En el presente apartado se realizará un análisis detallado de tres sentencias judiciales provenientes de la Sala de lo Penal, Militar Penal, Policial y Tránsito de la



Corte Nacional de Justicia del Ecuador a efectos de verificar la presencia de fallos contradictorios y erróneas interpretaciones de los presupuestos configurativos para la procedencia de la autopuesta en peligro de la víctima, así como también del consentimiento brindado por esta.

### **Caso Nro.1**

#### **1. Datos de referencia:**

**Sentencia No.:** 286-2018.

**Juzgado:** Sala de lo Penal, Militar Penal, Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador

**Infracción:** Muerte por accidente de tránsito.

**Recurso:** Casación.

**Fecha:** 29 de agosto de 2018.

#### **2. Antecedentes**

El Juzgado Segundo de Tránsito de Chimborazo, dicta sentencia condenatoria en contra del ciudadano Andrés Eduardo Mena Maldonado, por encontrarlo autor responsable del delito culposo tipificado y sancionado en el artículo 376 del Código Orgánico Integral Penal, imponiendo la privación de libertad de 10 años y la suspensión de la licencia de conducir por igual tiempo y la multa de veinte remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general. De esta sentencia ha interpuesto recurso de apelación el sentenciado Andrés Eduardo Mena Maldonado, recayendo el mismo en la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, la cual confirma en lo principal la sentencia dictada por el Juez A-quo, reformándola en lo que tiene que ver con el tiempo de la pena. De esta sentencia tanto el ciudadano Andrés Eduardo Mena Maldonado como el doctor Eduardo Santillán Chávez Fiscal de Tránsito de Chimborazo interponen recuso de casación.

#### **3. Fundamentos de las partes.**

En la audiencia de fundamentación del recurso, la defensa técnica del sentenciado recurrente manifestó en lo principal que: fundamenta el recurso de casación, en la indebida aplicación de normas especialmente las que definen certeza y

responsabilidad, arguye que para que proceda la imputación objetiva, es decir para que se le pueda imputar objetivamente a una persona y esa conducta pueda ser típica, no solamente es necesario que se cumpla con los presupuestos normativos de la conducta sino que se realice un riesgo jurídicamente desaprobado, que ese riesgo se haya verificado en el resultado y que además no haya intervenido una auto puesta en peligro o una acción a propio riesgo de la víctima, agrega, "por ejemplo manejar embriagado es realizar un riesgo jurídicamente desaprobado pero puede ser que ese riesgo no se verifique en el resultado, "yo manejaba embriagado, cruce un verde ,otro carro cruzó el rojo colisionamos y no se debió la colisión al riesgo jurídicamente desaprobado, porque si hubiera estado bueno y sano no se habría producido ningún hecho, en este caso el señor Mena conducía embriagado y producto de ese embriaguez colisiona contra un poste de luz, como consecuencia se produce un resultado lesivo a la vida del señor Palán ,quien salió de tragos con el procesado, pero tenemos el tercer elemento, la acción a propio riesgo o la autopuesta en peligro, estas tienen a su vez tres elementos: el primero es que la víctima haya consentido en el riesgo; el segundo que la víctima haya sido capaz de consentir en el riesgo; y, el tercero que la persona que genera el riesgo no tenga una relación de especial protección frente a la víctima.

Por su parte, Fiscalía General del Estado alegó que discrepa de la tesis sostenida por la defensa pues la teoría de la autopuesta en peligro no corresponde en su aplicación por dos condicionamientos fácticos existentes por un lado y sobre todo por las resoluciones ya de la Corte Constitucional en relación a lo que es la culpabilidad, lo que debe entenderse como tal y sobre todo cuales son las actuaciones, los caminos por los cuales los Jueces deben transitar en los casos que conoce.

#### **4. Consideraciones del Tribunal**

Primera consideración del Tribunal: el artículo 145.2 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, riesgo que, al producir un resultado típico, la muerte de uno de los ocupantes del vehículo le es imputable al conductor, al tenor de lo dispuesto en el artículo 270 del Reglamento a la referida Ley; que establece, en todo momento los conductores son responsables de la seguridad de los pasajeros.

Segunda consideración del tribunal: En el accidente de tránsito que produce la muerte de una persona, debido al actuar del conductor del vehículo, tipificado y sancionado por la ley de la materia, que no solo protege el cuerpo y la vida de los

ocupantes del vehículo, sino la seguridad en el tráfico, y otros bienes jurídicos como la seguridad de la colectividad, el consentimiento "auto puesto en peligro" no produce ningún efecto jurídico, primero porque aquel no puede disponer sobre el bien jurídico la seguridad del tráfico y de la colectividad; porque su consentimiento supuestamente expresado al abordar el vehículo carece de eficacia, porque así lo ha declarado la voluntad del legislador al introducir el tipo 376 del COIP y en este caso porque la facultad de consentir del ahora fallecido estaba viciada al encontrarse en absoluto estado de embriaguez, según ha sostenido el recurrente al momento de fundamentar el recurso. La muerte en el accidente de tránsito no se produjo por un actuar de la víctima que decidió responsablemente autoponerse en riesgo; en este supuesto se produce por el actuar del conductor que infringió la ley.

## **5. Resolución.**

Se declara improcedentes los recursos de casación interpuestos tanto por el ciudadano Andrés Mena Maldonado como por la Fiscalía; y, de oficio, corrigiendo el error de derecho falta de aplicación del artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal, casa la sentencia y confirma la inocencia del procesado.

**Análisis del autor:** En el presente caso, curiosamente, tenemos el típico ejemplo citado por la doctrina en un caso real, donde un sujeto A ingresa al automóvil del sujeto B quien se encuentra en estado de ebriedad, en el transcurso del trayecto B se accidenta contra un poste provocando la muerte de A. El tribunal luego de realizar un análisis de los supuestos elementos valorativos de la autopuesta en peligro de la víctima decide desestimar el recurso de casación propuesta por el casacionista.

Así las cosas, desearía que el estimado lector detenga un momento su lectura y reflexione sobre el ejemplo citado y la causal de exclusión de la imputación objetiva que se ha alegado. ¿Pueden identificar el primer error del casacionista y del tribunal? Si el lector ha repasado con detenimiento el presente trabajo investigativo habrá dilucidado que el caso in examine nos encontramos frente a una heteropuesta en peligro de la víctima y no a una autopuesta.

Analizando lo aseverado tenemos que, entre el señor Mena (procesado) y el señor Palan (Víctima) existe una relación previa de amistad, razón por la cual libre y voluntariamente han pactado en ir a determinado lugar para ingerir bebidas alcohólicas, producto de ello, ambos sujetos procesales al terminar su regodeo se encuentran con un

elevado nivel de alcohol en la sangre. Posteriormente, el señor Mena, al momento de abandonar el lugar es interceptado por el señor Palan y Fuentes quienes se ofrecen acompañarlo en su trayecto a casa de forma insistente, razón por la cual, el procesado acepta el ingreso de los señores antes mencionados.

Primer problema jurídico: ¿Existió consentimiento por parte del señor Palan en el riesgo al cual se expuso?

El tribunal alega que el consentimiento dado por el señor Palan estuvo viciado debido a que se encontraba en estado de ebriedad, lo cual constituye un craso error, puesto que, el consentimiento dado por la víctima en la heteropuesta en peligro consiste en el conocimiento de la acción riesgosa que, al momento de ejecutarse, la víctima acepta de forma consiente o no. En este sentido, el señor Palan conocía que el señor Mena iba consumir conjuntamente con él bebidas alcohólicas y que este se transportaba en su automóvil, por ende, conocía previamente el riesgo al que se exponía en caso de acompañar al procesado en su automotor, siendo irrelevante que el señor Palan, al momento en que ingresó al auto haya estado consiente del peligro.

Por los argumentos vertidos, podemos verificar que se cumple el primer requisito de configuración para la heteropuesta en peligro, es decir, conocimiento del riesgo al cual se expone la víctima.

Segundo problema jurídico: ¿El señor Palan consintió en que un tercero ejecute la acción riesgosa?

En el presente planteamiento el tribunal, vuelve a recaer en un error abismal, donde se demuestra la falta de claridad en los conceptos dogmáticos, pues, ratifica que la autopuesta en peligro no es procedente, ya que, la víctima no puede disponer sobre ese bien jurídico. ¿Identifica el error? El presupuesto desarrollado por los magistrados pertenece a la causal de consentimiento de la víctima, puesto que, como se ha explicado tantas veces, en la autopuesta en peligro no hay disposición de bienes jurídicos porque no se consiente en el resultado sino en la acción, por ello resultaría ilógico exigir este presupuesto, ya que, no se puede disponer de bienes jurídicos sino se ha aceptado previamente la lesión al mismo.

Ahora bien, resolviendo el problema jurídico en cuestión, el señor Palan al tener conocimiento que el automotor le pertenecía al señor Mendez y que este efectivamente

estaba siendo conducido por el procesado, incluso, antes de la acción riesgosa; y, al ingresar en el automovill de forma libre y voluntaria, la presunta víctima ha consentido tácitamente en que el señor Mendez sea la persona quien la coloque en una situación de riesgo, por ende, se cumple el tercer requisito configurativo de la heteropuesta.

Tercer problema jurídico: ¿El señor Palan y el señor Mendez tienen la misma responsabilidad en la acción riesgosa?

Por tercera ocasión el tribunal comete un “horror jurídico”, pues equipara la responsabilidad del conductor en la seguridad de los pasajeros constante en el artículo 270 del Reglamento a la ley de tránsito con la posición de garante, por ello, en este punto es válido realizar la siguiente puntualización: la posición de garante es un deber jurídico que obliga a determinada persona actuar aun cuando el resultado de una conducta lesiva no se derive de su accionar, por ello, el garante responde por comisión por omisión, mientras que, el artículo en mención no consigam un rol de garante como tal, simplemente delimita la responsabilidad del conductor por situaciones creadas únicamente por este. Lo argumentado por el tribunal es una interpretación extensiva, la cual esta proscrita en Derecho Penal.

Ahora bien, afirmar lo desarrollado en el párrafo ut supra, no significa desconocer que el señor Mendez actuó bajo un riesgo no permitido al momento de conducir su automóvil en estado de ebriedad, sin embargo, tampoco es correcto omitir la incorporación consentida de la víctima en ese contexto donde sus bienes jurídicos no estaban garantizados, por ello, ante esta problemática, Roxin afirma que los riesgos causados por el sujeto pasivo, no permiten la imputación del supuesto autor, mientras que Jakobs sostiene que, en la heteropuesta en peligro de la víctima se debe valorar la actuación previa de la víctima como también la violación al principio de autorresponsabilidad.

En otras palabras, el riesgo creado por la víctima convierte en riesgo permitido la imprudencia del autor respecto los resultados que recaigan únicamente sobre ella, entonces, al existir transgresión del principio de autoresponsabilidad por parte de la víctima y un riesgo jurídicamente desaprobado por el supuesto autor (respecto a la seguridad vial) existe una equivalencia en las responsabilidades, por lo que, se cumple el segundo y cuarto requisito de configuración de la heteropuesta en peligro de la víctima.

A efectos de facilitar el entendimiento y comprensión de la lectura, procederé nuevamente a plasmar el grafico elaborado por el presente autor en el cual se especificaba los presupuestos configurativos de la autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro de la víctima.

<b>Autopuesta en peligro de la víctima.</b>	<b>Heteropuesta en peligro de la víctima.</b>
1.Conocimiento en el riesgo.	1.Conocimiento en el riesgo
2.Violación al principio de autorresponsabilidad.	2.Violación al principio de autorresponsabilidad.
3.Ejecución de riesgo realizado por la propia víctima donde un tercer colabora.	3.Ejecución del riesgo realizado por una tercera persona, que la víctima ha consentido previamente.
4. No exista vinculo de garante con la víctima.	4.Equivalencia en la responsabilidad del acto.

Como ha quedado plenamente dilucidado, el Tribunal de la Corte Nacional de Justicia realiza una interpretación totalmente errónea, debido precisamente al carente estudio de la autopuesta en peligro de la víctima, lo cual se verifica en la evidente ambigüedad de conceptos, ventajosamente, por justicia divina, el procesado, ha sido absuelto de la condena debido a que existió duda razonable respecto de si este, era la persona que verdaderamente conducía el automóvil.

## **Caso Nro.2**

### **1. Datos de referencia:**

**Sentencia No.:** 128-2018.

**Juzgado:** Sala de lo Penal, Militar Penal, Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador

**Infracción:** Lesiones y daños materiales por accidente de tránsito.

**Recurso:** Casación.

**Fecha:** 31 de enero de 2018.

### **2. Antecedentes**

La Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, confirma la sentencia dictada por el Juzgado Tercero de Tránsito de Pichincha, que declara al señor Darío Miguel Jaramillo autor de la infracción tipificada en el Art. 379 del

Código Orgánico Integral Penal y le impone la pena privativa de libertad de dos años, suspensión por igual tiempo de la licencia de conducir, multa, pago de costas procesales, daños y perjuicios ocasionados a Francisco Xavier Jácome Chiriboga por las lesiones sufridas y a María Eugenia Chiriboga Gándara como propietaria del vehículo vitara por los daños materiales ocasionados a dicho automotor.

### **3. Fundamentos de las partes.**

El casacionista señala que consta el reconocimiento del lugar de los hechos a fojas 185 a 187 realizado por el licenciado Guillermo Salas y Mauricio Maya López quien señala que la causa basal del accidente es "el participante (1) no cede el derecho preferente de vía al cual está obligado a hacerlo por tratarse de una vía principal impactando el auto móvil (2) estrellándose y volcándose", debo aclarar que el participante 1, es el presunto agraviado y el participante 2 es el procesado, lo que evidentemente tanto la Fiscal como la señora Juez se olvidaron de lo que dispone la Ley de Tránsito en lo referente al derecho de vía y de manera concreta lo señalado en el Art. 195 del Reglamento a la Ley de Tránsito vigente a la fecha en que sucedieron los hechos, es decir, que el culpable del lamentable suceso no es el compareciente sino el presunto ofendido, por lo que existe una autopuesta en peligro.

Por su parte Fiscalía sostiene que, el vehículo tipo camioneta debía esperar a que el jeep circulara. En lo que tiene que ver con la responsabilidad del acusado, a más de los medios de prueba enunciados en la sentencia, se tiene como practicado el testimonio de Juliet Steizy Szabo Estrella, quien asegura haber visto como el vehículo conducido por Darío Miguel Jaramillo impactó al "Vitara" y como, contrario a lo afirmado por el sentenciado, la camioneta tan solo se encontraba ocupada por una persona y no por dos, siendo evidente que los medios de prueba han cumplido con su finalidad al establecer los presupuestos propios de una sentencia de culpabilidad, por lo que no se advierten como transgredidos los artículos citados por el recurrente, se torna preciso manifestar que al no haberse tomado en cuenta los informes de reconocimiento del lugar de los hechos, como prueba que establezca la causa basal del siniestro, debido al tiempo transcurrido entre el hecho y el mismo, deben aceptarse como verdaderas aquellas pruebas que establecen el hecho de que el acusado actuó con negligencia.

#### 4. Consideraciones del Tribunal

En el caso, materia de estudio, es importante dejar consignado la comisión del delito imprudente o culposo, para luego arribar a lo que es el dolo y la culpa en materia de tránsito y al efecto, la Sala hace las siguientes puntualizaciones: Entre el delito doloso y el delito imprudente conocido como culposo, existe un paralelismo y una diferencia trascendental; en el primer caso, existe este paralelismo porque en las dos clases de delito debe mediar la voluntad y en el segundo caso, porque además del querer o poder proceder de otra manera, busca un resultado u objetivo específico, esto es, aquella dirección de la voluntad tendiente a incursionar en una norma prohibitiva. El delito culposo es, por tanto, la acción u omisión voluntaria, perpetradas sin malicia y realizadas; la acción humana "no es un proceso causal ciego, sino un acontecimiento dirigido planificadamente por la voluntad y la necesidad de "la lesión de un bien jurídico", pues sin estos presupuestos, la conducta es atípica como afirma el profesor Gibernau.

Igualmente a fojas 185 a 187 consta el reconocimiento del lugar de los hechos realizado por el licenciado Guillermo Salas y Mauricio Maya López, quien señala que la causa basal del accidente es el participante (1) que es quien no cede el derecho preferente de vía al cual estaba obligado el conductor JÁCOME, por tratarse de una vía principal y que fue por culpa de él que se produjo el impacto al móvil (2) que era conducido por Darío Jaramillo, ocasionando el estrellamiento y consecuente volcamiento, violando con ello lo señalado en el Art. 195 del Reglamento a la Ley de Tránsito, vigente a la fecha en que sucedieron los hechos, es decir, que el culpable del lamentable suceso no es el conductor DARÍO JARAMILLO, sino el conductor del vehículo Jeep Vitara, el señor Francisco Xavier Jácome Chiriboga, quien se encontraba en estado de embriaguez.

En el caso, materia de juzgamiento, lo primero que debe observar el Juez es quién es el infractor al deber objetivo de cuidado y que en el caso de juzgamiento se vislumbra que tanto procesado como ofendido tienen una culpa recíproca por cuanto ninguno de los participantes observó el Reglamento de Tránsito, toda vez que el presunto ofendido Francisco Xavier Jácome Chiriboga.

Existen otros supuestos en los que la conducta de la víctima adquiere tal relevancia, en relación con la del sujeto, que, en el examen de la relación de autoría, entre el hecho y el autor, se advierte que el "autor" es la propia víctima, tal es el caso de la



autopuesta en peligro, hecho que no se verifica en el caso, por lo que es obvio que en el presente juzgamiento hay concurrencia de culpas, tal cual lo ha diseñado la doctrina.

## 5. Resolución

Sobre la base de lo expuesto y por cuanto hay mérito para aceptar la casación propuesta por el procesado DARIO MIGUEL JARAMILLO, pues existen graves violaciones procesales mencionadas por el recurrente, que demuestran el error de derecho de la sentencia impugnada, esta Sala, "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", desestima el recurso de casación propuesto por la acusadora particular MARÍA EUGENIA CHIRIBOGA GÁNDARA y por otra parte acepta el recurso de casación formulado por DARIO MIGUEL JARAMILLO y ratificando su estado de inocencia lo ABSUELVE y se dispone se cancelen todas las medidas cautelares dictadas en su contra. NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE Y PUBLÍQUESE. –

**Análisis del autor:** En igual sintonía de la sentencia examinada en el caso nro.1, el Tribunal del presente fallo, desestima el cargo de autopuesta en peligro de la víctima propuesto por el casacionista; y, en su lugar da paso a la aplicación de la figura doctrinaria denominada concurrencia de culpas con el objeto de casar la sentencia.

Ahora bien, para el idóneo análisis de esta sentencia, planteare como en el fallo anterior, tres problemas jurídicos para verificar si el tribunal de casación ha desestimado de forma correcta las alegaciones del recurrente o en su defecto, existe una errónea interpretación de los presupuestos configurativos de la autopuesta en peligro de la víctima.

Primer problema jurídico: ¿De los hechos suscitados, el casacionista formuló correctamente el cargo de autopuesta en peligro de la víctima o en su lugar existía una heteropuesta en peligro?

En el caso in examine tenemos que, el señor Jácome (presunta víctima), conducía un vehículo por una vía transversal en estado de ebriedad al momento de colisionar con el señor Jaramillo (procesado), quien se encontraba circulando en su automóvil dentro de una avenida principal. El accidente sucedió en la intersección de

estas dos vías, donde existía un semáforo titilando en naranja que regulaba el tránsito del camino principal por donde circulaba el procesado.

De lo narrado, se puede evidenciar que la persona que crea la acción riesgosa es la propia víctima, pues se encuentra conduciendo un automóvil en estado de ebriedad, por ende, al momento de cruzar la vía en esas condiciones sin ceder el paso al conductor de la vía principal ha ejecutado su riesgo, en consecuencia, estamos ante la presencia de una autopuesta en peligro de la víctima y se descarta la heteropuesta.

Segundo problema jurídico: ¿Se cumple los presupuestos para la configuración de una autopuesta en peligro?

Es conocido por el lector del presente trabajo investigativo, los requisitos que deben presentarse para la procedencia de la autopuesta en peligro de la víctima, es así que, sin necesidad de volverlos a mencionar, iniciare el análisis de cada uno de ellos. El señor Jácome conocía que el conducir bajo los efectos del alcohol, en altas horas de la noche dentro una vía secundaria sin respetar la normativa legal de tránsito constituye una acción peligrosa para él y los demás transeúntes, por ello, este tenía conocimiento del riesgo al cual se expuso, ergo, transgredió su principio de autorresponsabilidad y al hacerlo adecuó su conducta al primer y segundo presupuesto que prevé esta causal para su aplicación.

Por otro lado, tenemos que, el señor Jácome además de encontrarse en estado etílico, careció de precaución alguna al momento de cruzar la intersección, producto de aquello colisionó, ergo, ejecutó por sí mismo su riesgo creado, donde el señor Jaramillo colaboró únicamente para que esto suceda, ya que la acción peligrosa estuvo en mayor medida a cargo de la víctima, y obviamente, esta, no consintió en que un tercero realice el riesgo, por lo tanto, se cumple con el tercer requisito.

El tema de la ejecución del riesgo y la colaboración en este es un tema muy controversial, no obstante, realizaré un modesto aporte propio, resultado de horas de lectura respecto a esta problemática con el objeto de dilucidar estos dos conceptos: si el riesgo creado o consentido por la víctima depende de una acción conjunta de igual o en mayor medida de un tercero, estamos frente a una heteropuesta, caso contrario, lo procedente es la autopuesta en peligro.

Finalmente, de la simple lectura de los antecedentes y fundamentos brindados por las partes, se puede evidenciar que dentro de la relación “autor-víctima” no existe ninguna posición de garante, ya que, no existe fuente legal o contractual que así lo determine, en consecuencia, se cumple el cuarto requisito. No obstante, es menester aclarar al lector que pese haber concurrido los presupuestos de la autopuesta en peligro de la víctima, en el fallo in examine, no se configura esta causal. La explicación la argumentaré en la resolución del siguiente problema jurídicos.

Tercer problema jurídico: ¿El tribunal casacional incurrió en error al desestimar la autopuesta en peligro de la víctima?

Se ha verificado la existencia de los presupuestos configurativos de la autopuesta en peligro de la víctima, empero, estos requisitos limitan a realizar un análisis desde la perspectiva únicamente del sujeto pasivo, por ello, es procedente constatar la actuación del supuesto autor.

De las constancias procesales se colige que, el señor Jaramillo, se encontraba transitando en una vía principal con su automóvil, sin exceder los límites de velocidad permitidos y dentro de sus cinco sentidos (sobrio), por lo cual, a prima facie, habría actuado bajo su riesgo permitido, no obstante, recordemos que en la intersección en la cual circulaba el procesado existía un semáforo titilando en color anaranjado, es decir que, por mandato legal del art. 201 y 272 del Reglamento a la ley de tránsito, el señor Jaramillo debió tomar todas las acciones preventivas antes de cruzar la intersección e incluso ceder el paso en determinadas escenarios, situación que a valoración de tribunal no sucedió.

Entonces, tenemos un riesgo jurídicamente desaprobado creado por el autor y también por la víctima al autoponerse en peligro, por ello, el tribunal acertadamente aplica la figura de concurrencia de culpas, pues, para la procedencia idónea de la autopuesta en peligro de la víctima, el riesgo creado debe ser atribuible únicamente al sujeto pasivo. Además, el principio base de la concurrencia de culpas supone la exención de la responsabilidad del autor, cuando su inobservancia del deber objetivo de cuidado no fuere la causa eficiente del resultado, supuesto que, se configura en el presente caso, ya que, la causal basal del accidente fue la imprudencia de la víctima.

Por lo tanto, la corrección realizada por el tribunal es acertada, lo único reprochable del fallo es la miscelánea de teorías utilizadas, mencionado en varias ocasiones conceptos de Wetzel como la finalidad de la acción, la intencionalidad y la previsibilidad y a la par, aludiendo al riesgo permitido y principio de confianza propios de Jakobs, sin embargo, es entendible debido a que, a la fecha de resolución del caso, no existía la reforma al dolo en el COIP.

### **Caso Nro.3**

#### **1. Datos de referencia:**

**Sentencia No.:** 21043-2018.

**Juzgado:** Sala de lo Penal, Militar Penal, Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador

**Infracción:** Estupro.

**Recurso:** Casación.

**Fecha:** 04 de junio de 2018.

#### **2. Antecedentes.**

El doctor César Humberto Morocho López, Agente Fiscal del Distrito de Zamora Chinchipe, interpone recurso de casación contra la sentencia absolutoria, dictada por el Tribunal Penal de esa jurisdicción, el 31 de agosto de 2016, dentro del proceso penal seguido contra Sixto Froilán Suquilanda Guamán por el delito de estupro a la menor N.N. Concedido el recurso, corresponde conocer, por sorteo de ley, a esta Sala; y, al encontrarse agotado el trámite, previo a resolver, considera:

#### **3. Fundamentos de las partes**

Fiscalía sostiene que: el Agente Fiscal de Zamora Chinchipe impugna la sentencia porque a su criterio el Tribunal Penal absuelve al acusado basándose en criterios doctrinarios subjetivos, que si bien son muy respetables violan principios constitucionales y legales; que la convicción a la que llegan los juzgadores en el sentido de que las relaciones sexuales mantenidas entre la adolescente N.N., con el acusado "han sido con

pleno acuerdo de voluntades, por lo que no se configura el delito que juzga" contradice principios y normas contenidas expresamente en los Arts. 44, 45 y 46 de la Constitución de la República del Ecuador; los Arts. 4 y 68 del Código de la Niñez y Adolescencia y los Art 167 del Código Orgánico Integral Penal, que tipifican y sancionan el delito de estupro; que la sentencia viola la ley al no valorar como corresponde las pruebas introducidas en la etapa de juicio, que acreditan en forma certera los requisitos indispensables para dictar sentencia condenatoria, esta es la existencia material de la infracción , la participación y responsabilidad del acusado en el delito de estupro, por lo que debió dictar sentencia condenatoria.

La defensa del supuesto autor aduce que la relación mantenida con N.N, ha sido consensuada, y por ello no se cumple los requisitos de tipicidad para que configure el estupro.

#### **4. Consideraciones del Tribunal.**

El tribunal casacionista consideró los siguientes argumentos: mediante prueba legal e irrefutable" está probada la existencia material del delito de estupro con la partida de nacimiento de N.N., que acredita que la menor al 02 de agosto del 2015, fecha en la que dice haber sufrido la agresión sexual frisaba en la edad de 14 años, ocho meses, cuatro días; el informe pericial del médico legista y su testimonio ratificadorio prestando en la audiencia, del doctor Lauro Vicente León Macas.

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 66 numeral 9 consagra como derecho de la persona a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual, derecho que cobra plenitud a partir de los 18 años de edad de todo ser humano, puesto que el Art. 44 de la misma Carta magna coloca a las personas menores de 18 años bajo la legislación de menores y sujetos a un régimen de administración de justicia especializada, ubicando a dichas personas dentro del grupo de personas vulnerables cuya protección proclama instituyendo el principio de interés superior del niño.

Todo lo cual nos lleva a concluir, que las manifestaciones de voluntad y consentimiento dados por la menor de edad adolecen de vicio y se entiende que su consentimiento se lo ha obtenido mediante engaño; esto es que el acusado en su condición de enamorado alcanzó mediante engaño el consentimiento de la víctima para lograr el acceso carnal, perfeccionándose de ese modo el delito tipo de estupro.

**Comentario del autor:** Finalmente en el presente caso, analizaremos en el presente fallo donde de forma tácita se ha sustentado la existencia de la causal de exclusión de la responsabilidad “consentimiento de la víctima”, para lo cual, observaré los requisitos propuestos por la doctrina para la configuración de la misma.

Se recalca que, es necesario nuevamente, plantear problemas jurídicos para facilitar el entendimiento del lector respecto de la idoneidad de resolución y la verificación de los presupuestos concurrentes para la procedencia del consentimiento de la víctima.

Primer problema jurídico: ¿La alegación de consentimiento otorgado por la defensa, respecto como causal de atipicidad es correcta?

Se ha venido argumentando con insistencia a lo largo del presente trabajo de investigación que, confundir en el consentimiento del riesgo y el consentimiento del resultado es un error garrafal, debido precisamente a la falta de claridad de conceptos doctrinarios. En el caso in examine, la defensa del acusado alega el consentimiento de la víctima como causa de atipicidad por no existir el elemento subjetivo del tipo, es decir, el dolo, ya que, la señorita N.N ha consentido en la relación sexual. Ahora bien, precisemos ciertos conceptos, el artículo 146 del COIP describe el supuesto hecho de estupro, donde en su descripción no consta el término “consentimiento”, por ello, el encaje de la conducta al tipo no requiere de forma expresa la aquiescencia de la víctima para que este se configure, por ello, el simple hecho de mantener relaciones sexuales con un adolescente entre los 14 y 18 años de edad a prima facie ya supondría el cometimiento del ilícito.

No obstante, y véase aquí la importancia de incorporación de esta casual, es el consentimiento dado por la víctima respecto a la transgresión de su indemnidad sexual que le protege el Estado a los adolescentes, el cual permite el acto copular entre un adolescente y una persona mayor de 18 años siempre y cuando el consentimiento no este viciado. Entonces al consentir sobre el resultado, se puede verificar una transgresión en el bien jurídico de la víctima (integridad sexual), y por ende la conducta realizada por el supuesto autor es antijurídica, sin embargo, la aplicación de la causal en análisis conlleva la exención de la responsabilidad por cuanto justifica la antijuridicidad de su actuar.

Bajo estas consideraciones, podemos afirmar sin temor a errar, que la alegación realizada por la defensa del acusado respecto a la categoría del delito que esta casual excluye, es desacertada.

Segundo problema jurídico: ¿En el presente caso, se cumple los requisitos exigidos por la doctrina para la configuración del consentimiento de la víctima?

He traído a colación los siguientes hechos, el acusado Sixto Guamán quien es una persona mayor de edad, ha mantenido relaciones sexuales con N.N, adolescente que a la fecha de cometerse el presunto delito tenía la edad de 14 años.

Así las cosas, tenemos que, de las constancias procesales se desprende que, la víctima libre y voluntariamente ha decidido de realizar consensuadamente el acto copular con Sixto Guamán, e incluso en repetidas ocasiones, por lo cual, se demuestre que el consentimiento prestado por ella ha quedado debidamente manifestado, ergo se cumple el primer requisito.

Como segundo punto, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 66 numeral 9, consagra el derecho de libertad sexual a todas las personas, entre ellas, los adolescentes, no obstante, debido a su edad, el Estado limita y refuerza la protección sobre ellos, por cuanto su desarrollo cognitivo y madurez emocional no se encuentra finalizado, por ello, el Código Orgánico Integral Penal antes de la resolución emitida por la Corte Constitucional consagraba como disposición final en esta clase de ilícitos que: *“en los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante”*, lo cual, al menos normativamente, suponía que el delito de estupro no tenga una razón de ser, pues, cualquiera relación mantenida con una menor de 18 años presumiría una violación.

Pese todo este argumento, al ser nuestra Carta Magna el cuerpo normativo que reconoce la libertad sexual de los adolescentes como un derecho innato a toda persona, el bien jurídico protegido del ilícito de estupro supone un carácter individual y disponible (a ello se debe el pronunciamiento de la C.C), por ello, se cumple el segundo requisito.

En el tercer requisito exige que el titular del bien jurídico transgredido sea capaz de disponer de él, puesto que, debe tener un cierto nivel de discernimiento para consentir en el resultado de la acción de la típica, sin embargo, la capacidad que refiere

la doctrina penal, no refiere a la dispuesta en el Código Civil, al contrario, el Funcionalismo Normativo Sistémico, reconoce la libertad en la toma de decisiones de los individuos y el libre desarrollo de la personalidad de las personas desde una edad temprana, hecho que nuestra misma Constitución también lo hace, por ello, el bien jurídico de integridad sexual de N.N era susceptible de disposición.

El tema medular del ilícito de estupro radica en la forma mediante la cual fue obtenido el consentimiento, pues de estar viciado, se encontraría configurado el delito o en su defecto, adecuarse a otro tipo penal (violación en caso de coacción). Ahora bien, los señores magistrados, consideran que las manifestaciones de voluntad respecto a la libertad sexual de los púberes adolecen de vicio, puesto que son menores de edad, esto es, sin vacilación alguna una total aberración, pues, el hecho de que una persona no sea capaz conforme el Código Civil no significa que toda decisión que tome sea invalida, sostener lo contrario, supondría desconocer la evolución intelectual constate de los adolescentes y suprimirles su autonomía como seres titulares de derechos.

Lo que legalmente debió analizar el Tribunal, es la verificación de ardides realizados por el supuesto autor, como podría ser falsas promesas o seducción para conseguir mediante engaño el consentimiento víctima, escenarios que procesalmente no se han justificado, por lo tanto, se cumple el cuarto requisito.

Finalmente, el quinto requisito, refiere a la existencia de un consentimiento previo a la infracción, lo cual, en el caso in examine, se puede inferir con la declaración de la presunta víctima al expresar que los actos carnales han sido voluntarios y en repetidas ocasiones, por ende, se cumple este requisito.

Tercer problema jurídico: ¿El tribunal de casación erro en su resolución?

Por las consideraciones expuestas en los párrafos ut supra, este autor, estima que ha quedado plenamente justificada la aplicación de la causal de consentimiento de la víctima en el presente caso, criterio que se ve reforzado con el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia 13-18-CN/21, en la cual, este máximo órgano de interpretación de la Constitución, reconoció el derecho de libertad sexual a los adolescentes mayores de 14 años con ciertas restricciones, las cuales se asemejan a los presupuestos de esta casual.



## 7. Discusión

En el presente capítulo se realizará la comprobación de los objetivos planteados al inicio del trabajo investigativo, en relación con la información recabada a lo largo de este proyecto, así como a la contrastación de la hipótesis.

### 7.1 Verificación de objetivos

A efectos de realizar la verificación de objetivos, debemos remitirnos a los constantes en el proyecto de tesis aprobado con anterioridad, el cual contiene un objetivo general y tres específicos.

#### 7.1.1 *Objetivo general*

El objetivo general plasmado en el proyecto de tesis legalmente aprobado es:

**“Realizar un estudio conceptual, doctrinario, jurídico y comparado de la influencia del Funcionalismo Normativo Sistémico y las causas de exclusión de la imputación objetiva.”**

Al respecto, el presente objetivo ha quedado plenamente dilucidado y verificado en el capítulo de revisión de literatura a través del desarrollo del marco conceptual, doctrinario y jurídico. En referencia al estudio conceptual, tenemos que, dentro del marco con idéntica denominación, se realizó una investigación fundamentada y bibliográfica de diez conceptos básicos vinculados con el tema planteado, mismos que sirvieron para dotar de un mayor entendimiento el contenido de la presente tesis. Estos diez conceptos fueron desarrollados a través del análisis de cuatro definiciones brindadas por diferentes autores, para de esta manera, rescatar semejanzas y diferencias entre estas nociones. Los conceptos desarrollados fueron: derecho Penal, garantismo penal, seguridad jurídica, delito, funcionalismo, normativo, nexos causal, imputación, tipo penal; y víctima. Por su parte, el estudio dogmático se realizó en una vasta investigación dentro del marco doctrinario, en el cual, de forma minuciosa, fueron abarcadas y explicadas cada una las categorías dogmáticas de la teoría del delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), como también, el origen, fundamentos y desarrollo evolutivo de la imputación objetiva a lo largo de la historia, iniciando con los postulados de Hegel y finalizando con la teoría propuesta por Wetzel.

Posteriormente, se continuó con el Funcionalismo Normativo Sistémico a través de sus dos grandes exponentes, Roxin y Jakobs, para concluir con el estudio de las causas de exclusión de la imputación objetiva; profundizando en la competencia de la víctima en lo referente a la autopuesta y consentimiento de esta. Finalmente, el estudio jurídico y comparado quedó debidamente verificado en el marco jurídico, donde se analizaron e interpretaron diversos derechos fundamentales de rango constitucional y convencional (seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y legalidad), como también normas de carácter infra constitucional (COIP), realizando en todo momento la respectiva vinculación con el objeto de estudio, mientras que, el estudio comparado, se realizó bajo la técnica de contraste de las normas jurídicas constantes en nuestro ordenamiento vigente paragón con la dispuestas en las legislaciones española, chilena y peruana; e inclusive, se realizó el cotejamiento de cada una de ellas, con sus semejantes. Por las consideraciones expuestas, evidenciadas a lo largo de este trabajo, se puede aseverar que el objetivo general ha quedado plenamente verificado.

### ***7.1.2 Objetivos específicos***

El primer objetivo específico plasmado en el proyecto de tesis legalmente aprobado es:

**“Establecer que la auto-puesta en peligro de la víctima; y la competencia o consentimiento de la víctima excluyen la imputación objetiva y deben considerarse dentro de la teoría del delito”.**

Dentro del estudio dogmático realizado a través del marco doctrinario, se ha demostrado que existe unanimidad de criterios doctrinarios respecto a las causales de autopuesta en peligro y consentimiento de la víctima como supuestos de exclusión de la imputación objetiva. Asimismo, se desprende de la tercera pregunta (Dentro de las causas de exclusión de la imputación objetiva. Marque, a su criterio, la causal que menos es analizada en el proceso penal al determinar la existencia o no de la conducta típica) realizada en las encuestas que, veinticinco profesionales del Derecho que representan el ochenta y tres punto tres por ciento de la población encuestada, afirman que efectivamente la autopuesta en peligro de la víctima y el consentimiento de esta excluyen la imputación objetiva, además, consideran que son las causales menos analizadas dentro de la práctica jurídica. De igual manera en la pregunta dos (¿Considera usted que, la auto puesta en

peligro y consentimiento de la víctima son instituciones diferentes que deben delimitarse en la norma penal y la teoría del delito?) y tres (¿Considera usted que el consentimiento de la víctima y la auto puesta en peligro de la víctima como eximentes de la responsabilidad penal deben ser incorporadas en la norma como causa de exclusión de la antijuridicidad y tipicidad respectivamente?) realizada a los entrevistados, quienes son especialistas en la rama del Derecho Penal, en razonamiento uniforme y unánime aseveraron la imperativa necesidad de delimitar correctamente y con una mayor precisión la autopuesta en peligro y el consentimiento de la víctima dentro de la teoría del delito y más aún dentro de la norma penal. En este punto, es menester recalcar que, los entrevistados son profesionales que ejercen el Derecho desde diferentes ocupaciones como Jueces de la Sala Provincial, Abogados en libre ejercicio y catedráticos de educación superior, por ello, el valor que se le otorga a sus criterios es realmente elevado, ergo, al existir unanimidad en la respuesta brindada por estos respecto a las interrogantes transcritas, queda plenamente verificado el primer objetivo específico.

Además, del análisis realizado en el estudio de casos, se puede evidenciar que ciertos operadores de justicia ya comienzan a reconocer a estas causales como excluyentes de la imputación objetiva y la vinculan, (aunque de forma desacertada, dentro de alguna de las categorías del delito.

Por su parte, el segundo objetivo específico constante en el proyecto de tesis legalmente aprobado es: **“Evidenciar que la ausencia de las causas de exclusión de la imputación objetiva genera fallos judiciales contradictorios e inseguridad jurídica”**.

El objetivo en cuestión se logra verificar en primer lugar con la pregunta seis (Considera usted que, el no reconocimiento expreso en la norma penal, de las causales de consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima en nuestro ordenamiento jurídico coadyuvan a la carente unificación de criterios jurisdiccionales a nivel nacional, lo cual se refleja en) ejecutada en la técnica de encuestas, donde veinticinco de los treinta encuestados, que representan el ochenta y tres punto tres por ciento del total de la población profesional encuestada, considera que la ausencia específica de estas causales generan inseguridad jurídica en la población general, y a la par, disparidad de criterios jurisdiccionales; se debe tomar en cuenta que el noventa por ciento de los encuestados son profesionales en libre ejercicio quienes de forma directa conocen de las sentencias

judiciales que se emiten a diario dentro de las causas penales a su cargo o en su defecto de sus colegas.

Asimismo, de la pregunta cuatro y sus repreguntas (¿Cree que la falta de incorporación de estas causales genera fallos contradictorios a nivel nacional?) realizadas bajo la técnica de entrevista, se obtuvo mediante respuestas pormenorizadas, la inquietante unanimidad en el criterio de que existe un sinnúmero de fallos contradictorios generados por los diferentes tribunales de garantías penales donde se emiten razonamientos dispersos, sin asidero doctrinal alguno, y en los mejores casos, se realiza una miscelánea de teorías dogmáticas que se contraponen entre sí, es por ello, que la seguridad jurídica en nuestro país, a criterio de los encuestados, es inexistente.

Finalmente, como fiel comprobación de veracidad de las respuestas obtenidas mediante la técnica de entrevistas y encuesta, encontramos en el apartado de revisión de casos, tres fallos jurisdiccionales totalmente disparejos, en los cuales, dentro del primer caso, se exigían presupuestos configurativos de la autopuesta en peligro diferentes a los sugeridos por la doctrina, además de una interpretación antojadiza y arbitraria de los parámetros de valoración de los referidos presupuestos; en consecuencia se desestimaron los cargos casacionistas referentes a la aplicación de estas causales, pese a que los hechos ameritaban la procedencia de esta causal; mientras que, en el segundo fallo, se pudo verificar de forma tácita la aplicación correcta de los supuestos configurativos de la autopuesta en peligro de la víctima, empero, no existe razonamiento alguno que justifique su improcedencia, simplemente descartan esta causal sin realizar el diligente análisis.

Por lo tanto, la suma de todo lo antes expresado da como irrefutable resultado que el carente desarrollo normativo de las causales de exclusión la imputación objetivo en mención coadyuvan a la carente unificación de criterio, ergo, queda totalmente verificado el segundo objetivo específico.

Finalmente, el tercer objetivo específico constante en el proyecto de tesis legalmente aprobado es: **“Elaborar un proyecto de reforma legal al Código Orgánico Integral Penal”**.

La viabilidad del presente proyecto de reforma legal al Código Orgánico Integral Penal queda justificada en primer lugar, mediante el análisis del derecho comparado, en el cual, se pudo evidenciar que legislaciones como la española, peruana y

chilena, contemplan dentro de sus cuerpos normativos penales, las causales de autopuesta y consentimiento de la víctima como eximentes de la imputación objetiva y por ende la responsabilidad penal. Esto demuestra que en estos países el desarrollo dogmático que se viene realizando a lo largo del tiempo no queda en letra muerta, honrando con ello a la doctrina como verdadera fuente del Derecho al momento de incorporar dentro de sus legislaciones figuras netamente doctrinarias.

En similar forma, este objetivo queda verificado en la técnica de encuestas, donde, en la pregunta séptima (¿Considera usted necesario, la elaboración de un proyecto de reforma legal al Código Orgánico Integral Penal en el cual se incluya las causales de consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima dentro de nuestro ordenamiento jurídico a efectos de dotar de seguridad jurídica a los detentores de este derecho?), prácticamente la totalidad de los profesionales encuestados estiman necesario y conveniente el desarrollo normativo de estas causales de exclusión de la imputación objetiva, puesto que, como quedo plenamente identificado a lo largo del proyecto investigativo, existe un desconocimiento teórico de las teorías productoras de estas causales, lo que conlleva a una carente unificación de criterios jurisdiccionales y erróneas interpretaciones, ergo, la seguridad jurídica en nuestro país es utópica.

Asimismo, la totalidad de los entrevistados, en la interrogante cuarta (¿Considera usted necesario la elaboración de un proyecto de reforma legal al Código Orgánico Integral Penal, en el cual se incluya las causales de consentimiento y autopuesta de la víctima dentro de nuestro ordenamiento jurídico de seguridad jurídica a los tendedores de este derecho?), consideran que la elaboración del proyecto de reforma legal al COIP a efectos de incorporar las mencionadas causales de exclusión de la imputación objetiva, constituye un hecho indefectible, pues, los operadores de justicia en el Ecuador, pese a que nuestra Constitución proclama y enarbola un nuevo paradigma dentro de su modelo constitucional, aun tiende ser en extremo legalista, es decir, el juzgador esta predispuesto a cumplir estrictamente lo contemplado en la normativa vigente, sometándose únicamente a las leyes imperantes de la época, desconociendo con ello los grandes avances doctrinales desarrollados y a la par, emitiendo fallos legítimos en derecho, pero injustos; por ello, la Corte Constitucional ha sido enfática en insistir que, el administrador de justicia debe razonar su decisión bajo los principios constitucionales y no en la mera legalidad. Es válido recalcar que nuestro Estado Constitucional de

Derechos tiene con fin la búsqueda de la justicia social y no la aplicación escueta de la ley.

Finalmente, con el estudio de casos se verificó que la elaboración del proyecto de reforma legal tantas veces en mención, además de ser necesario, es imperativo, puesto que, la carencia de claridad en los conceptos y el escaso desarrollo normativo y jurisprudencial respecto a las causales de autopuesta en peligro y consentimiento de la víctima, han llevado a la impunidad en escenarios donde no eran procedente la aplicación de estas causales o en su defecto, han sido fundamento de condenas injustas.

## **7.2 Contrastación de la hipótesis**

La hipótesis propuesta en el proyecto de tesis debidamente aprobado fue la siguiente: **“La ausencia de causales de exclusión de la imputación objetiva como influencia del Funcionalismo Normativo Sistémico en el COIP generan inseguridad jurídica”**.

La hipótesis ha quedado plenamente contrastada, se corrobora esta aseveración de la revisión de literatura, pues se puede inferir de forma acertada que, los conceptos de competencia de la víctima desarrollados por el Funcionalismo Normativo Sistémico son en extremo vastos, pues, en el presente trabajo investigativo se ha realizado un estudio detallado de únicamente dos causales de exclusión de la imputación objetiva, lo cual ha abarcado prácticamente la totalidad de la tesis, es por ello que, para la correcta aplicación de los presupuestos configurativos de la autopuesta en peligro y consentimiento de la víctima se vuelve necesario examinar con detenimiento no solamente los conceptos, sino, los principios base que dieron pie al desarrollo de la teoría dogmática productora de estas causales, ya que, un análisis somero sin profundidad alguna, conlleva a una errónea interpretación y por ende, una falacia argumentativa en diferentes actos jurídicos, ya sean estos, denuncias o sentencias.

Asimismo, en el análisis del Derecho comparado, se ha podido evidenciar que el escueto reconocimiento expreso de estas causales en otras legislaciones han sido base para el desarrollo jurisprudencial de la autopuesta en peligro y consentimiento de la víctima, delimitándose en cada escenario los supuestos que deben concurrir para una correcta aplicación de estas, ergo, dotando de confiabilidad al destinatario de la norma penal.

En similar sentido, la hipótesis ha quedado contrastada en la técnica de encuestas, en la cual, dentro de la interrogante séptima (¿Considera usted necesario, la elaboración de un proyecto de reforma legal al Código Orgánico Integral Penal en el cual se incluya las causales de consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima dentro de nuestro ordenamiento jurídico a efectos de dotar de seguridad jurídica a los detentores de este derecho?), la totalidad de los encuestados han referido que efectivamente es necesario el desarrollo normativo de estas causales, precisamente, por la falta de certeza y previsibilidad de criterios aplicar en los fallos judiciales; y, hay que ser enfáticos en esto, quien mejor que los profesionales en libre ejercicio para atestiguar está fatal realidad, es por ello, que la mayoría de encuestados fueron abogados litigantes en materia penal, sin que esto último signifique desmerecer el criterio obtenido por excelsos catedráticos con maestría en Derecho Penal o Procesal Penal.

En este orden de ideas, no es coincidencia que los juristas entrevistados mantengan un razonamiento en idéntica posición respecto con los encuestados, más aún, cuando el primer profesional del Derecho entrevistado ejerce las funciones de administrador de justicia en materia penal, y es precisamente este, quien exhibe en su respuesta a la cuarta pregunta, la necesidad de incorporar las causales de consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima en nuestro ordenamiento jurídico, debido a la falta de certeza, previsibilidad y confianza en los fallos judiciales de los diferentes juzgados y tribunales a nivel nacional. Asimismo, de la entrevista realizada a los tres profesionales del Derecho restantes, quienes desempeñan la abogacía desde el libre ejercicio, obtuvimos la ratificación en la crítica del típico operador de justicia netamente legalista, e incluso, se destacó como fiel ejemplo del no reconocimiento de la doctrina como fuente de Derecho al supuesto del error del tipo, donde fue necesario su positivización en la norma para que exista una aplicación uniforme por parte de los juzgadores. En relación a esto último, tenemos que las causales de consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima se encuentra en el mismo escenario que el error de tipo en su momento, pues, existen sentencias de tercer nivel, en la cuales se ha reconocido los fundamentos y procedencia de estas causales, mientras que en otras, se ha desestimado directamente su aplicación debido al carente conocimiento y ambigüedad de conceptos, además del acostumbrado y obsoleto criterio legalista de “no se aplica por no estar incorporadas debidamente en la norma”.

Todo esto, se ha visto plenamente verificado en el apartado del estudio de casos, donde las sentencias analizadas no guardaron semejanza alguna en la aplicación de los presupuestos configurativos de estas causales, ni mucho menos en los criterios de valoración de estas, lo cual supone, lamentablemente, estar a expensas de la pura subjetividad del juzgador para obtener un fallo justo; situación que se ve comprometida, precisamente, por la falta de incorporación normativa del consentimiento y la autopuesta en peligro de la víctima.

Aceptar lo antes expresado, constituye la irrefutable prueba que la confianza en nuestro sistema judicial por parte de los ciudadanos es realmente exigua, la previsibilidad y certeza que debe existir en las actuaciones de las personas que ostenta el poder público, de la cual tanto nos habla la Corte Constitucional, queda secuestrada por la arbitrariedad del juzgador, ergo, la inseguridad jurídica gobierna nuestro país a través de los diferentes fallos jurisdiccionales a nivel nacional.

Finalmente, este autor desea concluir con una especie de silogismo para una mayor comprensión del auditorio jurista: Premisa A: La doctrina como fuente de Derecho en nuestro país no es aplicada de facto. Premisa B: El consentimiento y la autopuesta en peligro de la víctima son figuras netamente doctrinarias. Conclusión: Ecuador no reconoce el consentimiento y la autopuesta en peligro de la víctima como causas de exclusión de la responsabilidad penal, por ende, su aplicación esta supeditada a la discrecionalidad del juzgador, ergo, la seguridad jurídica no se encuentra garantizada.



## 8. Conclusiones

Ejecutado en su totalidad el objeto de estudio de la presente investigación, y verificado los objetivos e hipótesis de la misma, es necesario arribar a una serie de conclusiones a efectos de sintetizar la información corroborada a lo largo de esta tesis.

1. Aportes dogmáticos del Funcionalismo Normativo Sistémico en relación con la imputación objetiva, se evidencian en la parte general del Código Orgánico Integral Penal en instituciones jurídicas como el dolo, la inevitabilidad y el riesgo jurídicamente desaprobado, pero estos no son avizorados con claridad por concedores del Derecho, en algunos casos ni por los operadores de justicia, quienes omiten o realizan un erróneo análisis.
2. En el proceso penal, la causal de exclusión de la imputación objetiva menos empleada para calificar una conducta como típica es la autopuesta en peligro de la víctima debido a la falta de desarrollo normativo y desconocimiento de la doctrina “moderna”, que contrario al modelo de Estado constitucional de derechos, sigue anclada a una justicia netamente legalista.
3. El consentimiento es una institución jurídica penal que elimina la antijuridicidad de la conducta típica siempre y cuando la necesidad de protección Estatal no sea imperativa, puesto que, la categoría de la antijuridicidad supone la lesión o amenaza al bien jurídico protegido, por ello, cuando una persona libre y voluntariamente brinda la permisión de la transgresión a su derecho ya no existe un daño ilegítimo a sus bienes jurídicos, ergo, la conducta típica queda plenamente justificada.
4. Existe confusión de conceptos entre el consentimiento como causal atípica y como causal de antijuridicidad. Aunque la doctrina señala que el acuerdo excluye la tipicidad, en el consentimiento es necesario la verificación de un resultado lesivo que previamente ha sido consensuado con el titular del bien jurídico. Mientras que en la aplicación de la causal de autopuesta en peligro de la víctima se destruye un elemento objetivo del tipo, específicamente, el sujeto pasivo.
5. Es necesario clarificar que la competencia de la víctima como factor excluyente de responsabilidad penal maneja dos modalidades: la

autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro. En ambos presupuestos, la víctima conoce el riesgo al cual se expone, sin embargo, la diferencia radica en que, en el primer supuesto, la víctima consiente en la ejecución de la acción riesgosa en la cual colabora una tercera persona; mientras que, en la heteropuesta, la víctima consiente en que otra persona ejecute la acción de riesgo. En estos dos casos, el elemento subjetivo del autor no influye en el cometimiento del ilícito, porque la víctima al momento de asumir el riesgo también asume consecuencias

6. La falta de reconocimiento o positivización normativa de las causales de consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima en nuestro ordenamiento jurídico penal vigente generan un erróneo análisis y ubicación de estas causales en la estructura jurídica de delito, generando con ello efectos negativos en el sistema judicial que conlleva a la dispersión de criterios jurisdiccionales e inseguridad jurídica.
7. Existe la necesidad imperativa de incorporar en la ley penal, la autopuesta en peligro y el consentimiento de la víctima como causales de exclusión de la responsabilidad penal totalmente diferentes, pues, en esta última, la víctima conoce y consienten los resultados de la actuación previamente consensuada, mientras que, en la autopuesta, el resultado no es aceptado ni autorizado expresamente. Pues su ausencia limita la certeza, previsibilidad de las normas, ergo, transgrede el derecho a la seguridad jurídica.
8. El filtro de la tipicidad es superado por el consentimiento de la víctima, por cuanto el supuesto autor adecua su conducta al tipo penal, pero esta queda justificada por mediar el consentimiento; a diferencia de la autopuesta en peligro, donde la tipicidad no se logra verificar por falta de uno de los elementos objetivos del tipo penal.
9. La protección irrestricta de ciertos derechos (bienes jurídicos) de los cuales el Estado tiene el máximo deber de tutela deben ser proscritos en la aplicación del consentimiento de la víctima como causal justificante, conforme al bloque de constitucionalidad.

## **9. Recomendaciones**

- 1.** Exhortar a la Escuela de la Función Judicial, capacitar trimestralmente por el lapso de un año a los operadores de justicia, fiscales, abogados en libre ejercicio y estudiantes de la facultad de Derecho en lo referente a la influencia del Funcionalismo Normativo Sistémico en nuestro Código Orgánico Integral Penal; y, la doctrina como fuente de Derecho.
- 2.** Instar a las diferentes universidades del país a implementar dentro de su malla curricular en la carrera de Derecho, la materia de Dogmática Penal como asignatura propia.
- 3.** Exhortar a la Asamblea Nacional del Ecuador, acoger el presente proyecto de reforma legal al COIP a efectos de incorporar dentro de nuestra normativa las causales de consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima como eximentes de la responsabilidad penal.

## 9.1 Proyecto de reforma legal



### ASAMBLEA NACIONAL

#### CONSIDERANDO:

- Que**, el artículo 1 de la Constitución de la República declara al Ecuador como un Estado “constitucional de derechos y justicia, intercultural y plurinacional”, siendo un deber primordial su respeto, promoción, protección y garantía;
- Que**, la letra b) del número 3, del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce y garantiza a las personas una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia;
- Que**, la Constitución, de conformidad con el artículo 75, reconoce a las personas el derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, y que en ningún caso quedarán en indefensión;
- Que**, el artículo 76 de la Constitución dispone que en todo proceso en los que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, como es en materia penal, se asegurará garantías y derechos que constituyen el debido proceso, tanto de la persona procesada como de las víctimas; en tal sentido, es obligación mejorar el texto normativo en procura de su adecuada aplicación;
- Que**, de conformidad con el artículo 76 de la Constitución, se debe garantizar la debida proporcionalidad entre infracciones y las sanciones penales; deben existir sanciones

no privativas de la libertad, las que tienen que respetar los derechos de las personas, y deben ser impuestas mediante procedimientos adversariales, transparentes y justos;

**Que**, de acuerdo al artículo 84 de la Constitución, la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa debe adecuar formal y materialmente las leyes y demás actos normativos a los derechos previstos en la Constitución y los Tratados Internacionales y los necesarios para garantizar la dignidad del ser humano;

**Que**, la Constitución, en el inciso primero del artículo 424, señala que es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, y por lo tanto, las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, caso contrario carecerán de eficacia jurídica;

**Que**, el Código Orgánico de la Función Judicial, establece en su Artículo 28 inciso tercero que Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia

**Que**, de acuerdo al artículo 120 número 6 de la Constitución, la Asamblea Nacional puede expedir, codificar, reformar o derogar leyes. En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales expide la presente:

## **LEY ORGÁNICA REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**

Art. 1.- Agrégase a continuación del artículo 28.1, un artículo con el siguiente texto:

**“Art. 28.2.- Autopuesta en peligro de la víctima:** No existe infracción penal cuando, el actuar riesgoso de la víctima haya ocasionado la comisión de la conducta penalmente relevante, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Conocimiento de la víctima en el riesgo al cual se incorpora;
2. Violación al principio de autorresponsabilidad;
3. Ejecución de riesgo realizado por la propia víctima donde un tercero colabora;

4. No exista vinculo de garante con la víctima.”

Art. 2.- Agrégase a continuación del artículo 32, un artículo con el siguiente texto:

**“Art. 32.1.- Consentimiento de la víctima:** No existe infracción penal cuando se actúa con el consentimiento del titular del bien jurídico protegido, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos:

1. El consentimiento debe quedar debidamente manifestado, sin que necesariamente sea expreso.
2. Los bienes jurídicos susceptibles de disposición por el titular deben estar expresamente autorizados en la ley.
3. Únicamente las personas capaces conforme con la ley pueden disponer de sus bienes jurídicos.
4. El consentimiento dado por el titular del bien jurídico no debe adolecer de vicio alguno (error, fuerza, engaño)
5. El consentimiento debe concederse antes la comisión del hecho.

### **DISPOSICIÓN FINAL**

La presente enmienda entrará en vigor en ciento ochenta días a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los veinticuatro días del mes de marzo de dos mil veintidós.

.....

**F. en ejercicio de la Presidencia**

.....

**F. Secretario General**

PALACIO NACIONAL, DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, A LOS  
VEINTICUATRODÍAS DEL MES DE MAYO DE DOS MIL VEINTIDÓS.

SANCIONASE Y PROMULGASE

.....

**F. PRESIDENTE CONSTITUCIONAL**

## 10. Bibliografía

- Albán Gomez, E. (2018). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A.
- Bacigulpo, E. (1999). *Derecho Penal, Parte General* (Segunda ed.). Madrid: Hammurabi.
- Barbosa, G. (2011). *Teoría del Delito*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Betancourt, A. (1988). *El pensamiento jurídico penal de Francisco Carrara*. Medellín: Litomadrid.
- Bustos, J. (2005). Antijuridicidad y Causas de Justificación. *Estudios*, 25-36.
- Calamendri, P. (2007). *La Casación Civil*. Buenos Aires: Librería El Foro.
- Cancio Melia, M. (2008). *Teoría Funcional de la Pena*. Madrid: ADP.
- Cancio Melia, M. (2010). *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. Lima: Palestra.
- Cancio Melia, M., & Feijóo Sánchez, F. (1996). *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*. Madrid: Civitas S.A.
- Carrara, F. (1971). *Programa de Derecho Criminal*. Bogotá: Temis.
- Carrara, F. (2004). *Programa de Derecho Criminal*. Bogotá: Temis.
- Cavero García, P. (2005). La imputación subjetiva en el proceso penal. *Revista Externado Colombia*, 125-136.
- De los Santos, M. A. (2005). *El Recurso de Nulidad*. Buenos Aires: Rubiznal.
- Fairchild, H. (1980). *Diccionario de Sociología*. México D.F: FCE.
- Falcone, R. (2008). Delitos de peligro III. *Revista de Derecho Penal*, 255.
- Falconí Garcia, R. (2012). *Seguridad Jurídica*. Quito: Derecho Ecuador.



- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos Fundamentales en Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.
- Gimbert Ordeig, E. (1990). *Delitos cualificados por resultado y causalidad*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Glaser, J. (1883). *Das Prinzip der Strafverfolgung* (Segunda ed.). Wien: Arche Verlag.
- Gomez, J. M. (1997). *La imputación objetiva*. Buenos Aires: Belgrano Editorial.
- Granja, P. (2019). *¿Qué es y qué no es Derecho Penal del Enemigo?* Guayaquil: DIPC Agencia Gráfica.
- Hegel, G. W. (1968). *Filosofía del Derecho*. (Á. Mendoza de Montero, Trad.) Buenos Aires: Claridad.
- Hernández Terán, M. (2004). *Seguridad Jurídica*. Quito: Edino.
- Hirsch, H. (2004). *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Wetzel*. Deutsch: Universidad zu Koln.
- Hobbes, T. (2011). *Levitán*. Buenos Aires: Losada.
- Honig, R. (1989). *Kausalität und Objektive Zurechnung*. Deutsch: DIKE.
- Hoyo, I. (2004). *Introducción a la Psicología del Derecho*. Madrid: Dykison.
- Jakobs, G. (1995). *ZStw*. 107.
- Jakobs, G. (1996). *Ciencia del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. (J. Cuello Contreras, Trad.) Madrid: Civitas.
- Jakobs, G. (2004). *Dogmática de Derecho Penal y la configuración Normativa de la Sociedad*. Madrid: Thomson.
- Jakobs, G. (2006). *Moderna Dógmatica Penal*. México: Porrúa.
- Jakobs, G. (2016). *La organización de la autolesión y heterolesión*. Madrid: Pueratas del Sol Editoriales.
- Leone, G. (1963). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ejea.

- Luhmann, N. (2007). *Teoría de Sistemas y Derecho Penal, fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: Ara Editores.
- Luhmann, N. (2009). *¿Cómo es posible el orden social?* México: Herder.
- Luhmann, N. (2014). *La Paradoja de los Derechos Humanos*. Bogotá: UEC.
- Luzon Peña, D. (1999). *Curso de Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Universitas S.A.
- Maier, J. (1989). *Derecho Procesal Penal Argentino*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Malinowsky, B. (1939). *The Group and the individual Analysis*. New Yrk: The Amercian Journal of Socology.
- Marchori, H. (2006). *Criminología, La Víctima del delito* (Quinta ed.). México D.F: Purruá.
- Martínez Garay, L. (2001). *Aproximación historica a la imputación subjetiva*. Valencia: RDCP.
- Mendelson, W. (2009). *The Origin of the Doctrine Victimology*. California: Greenwood Publishing Group.
- Mir Puig, S. (2004). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: B de F.
- Momethiano Santiago, J. (2015). *Manual del Derecho Penal Parte General*. (Segunda ed.). Lima.: San Marcos.
- Muñoz Conde, F. (2015). *Derecho Penal, Parte General*. Valencia: Tirant Lo Balnch.
- Navarrete, A. (2009). La responsabilidad del Estado y su adecuación a párametros inteamericanos. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 335-376.
- Navarro, D. M. (2015). Initial care of maxillofacial polytrauma patients: evaluation of the airway and circulation. *SCIELO*.
- Noguera Laborde, R. (2000). *Introducción General al Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Orts Berenguer, E. (2004). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: USAID.

- Ossorio, M. B. (2006). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasta.
- Pastrana, V. (2018). Analisis del Nexo Causal. *Revista Vis Iuris*, 1-24.
- Patiño, H. (2008). Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. *Revista de Derecho Privado*, 193-217.
- Peñaranda Ramos, E., & Cancio Melia, M. (1999). *Un nuevo Sistema del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Perez, A. (2000). *La seguridad Jurídica: Una Garantía del Derecho y la Justicia*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Polaino-Orts, M. (2009). *Lo verdadero y lo falso en el Derecho Penal del Enemigo*. Huánuco: Universidad de Huánuco.
- Polaino-Orts, M. (2014). *Funcionalismo Normativo*. México D.F: Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminología.
- Reyes Alvarado, Y. (1996). *Imputación objetiva*. Bogotá: Temis.
- Ricoeur, P. (1990). *Lo Justo*. Madrid: Caparros Editores.
- Rodríguez Moreno, F. (2013). *La Expasión del Derecho Penal Simbolico*. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Rodríguez Moreno, F. (2019). *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo I*. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Rodríguez Moreno, F. (2020). *Curso de Derecho Penal, Parte General, Teoría del Delito* (Segunda ed.). Quito: Cevallos.
- Romagnosi, G. D. (1956). *Génesis del Derecho Penal*. Bogotá: Temis.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. (D. M. Luzon Peña, J. Paredes Castañon, & M. Díaz y Garacía Conlledo, Trads.) Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2000). *Observaciones a la prohibición de regreso*. Lima: Grijiley.
- Roxin, C. (2007). Ingerencia e Imputación Obetiva. *Revista Penal No. 19*, 152-161.
- Roxin, C. (2008). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

- Sainz Cantero, J. (1985). *Lecciones de Derecho Penal, Parte General I*. Barcelona: Bosch.
- Salazar , A. (2016). EL FUNCIONALISMO NORMATIVO SISTÉMICO. *Revista Jurídica IUS Doctrina*, 4.
- Struensee, E. (2010). Acerca de la Legitimación de la Imputación Objetiva. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 759-782.
- Vilchez, M. Á. (2019). *Garantismo Penal. Crisis del Dereho*. Ciudad de México: UNAM.
- Von Liszt, F. (1990). *Tratado de Derecho Penal (Vol. II)*. Madrid: Reus.
- Wetzel, H. (1956). *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Editoria Jurídica de Chile.
- Zaffaroni, E. (2006). *Derecho Penal del Enemigo*. Buenos Aires: Dykinson.
- Zugaldía Espinar, J. (1982). *Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad*. Salamanca: Editorial Almeria.

## **Leyes**

- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Lexis Finder. Registro oficial 449 de 20- oct.-2008. Última modificación: 25-ene.-2021
- Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. (1977). OAS. [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). Lexis Finder. Registro Oficial Suplemento de 10- feb-2014.
- Código Penal Chileno, Código 18742. (1874).  
:http://www.leychile.cl/Navegar/?idNorma=1984&idVersion=2010-03-18&idParte

Código Penal Peruano, decreto legislativo No.635. (1991).  
[http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento\\_institucional/legislations/PDF/PE/  
decreto legislativo 635 codigo penal.pdf](http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/PE/decreto_legislativo_635_codigo_penal.pdf)

Código Penal Español, Ley Orgánica 10/1995. (1995).  
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0250.pdf>

## 11. Anexos

### 11.1. Oficio de designación de director de trabajo de titulación



UNL

Universidad  
Nacional  
de Loja

FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

Presentada el día de hoy, veinticinco de noviembre de dos mil veintiuno, a las diecisiete horas con cuarenta y tres minutos.- Evacuada la diligencia otórguese lo solicitado por la persona interesada e incorpórese al expediente académico.- LO CERTIFICO.-

EN A REGINA  
PELAEZ SORIA

Firmado digitalmente  
por ENA REGINA  
PELAEZ SORIA  
Fecha: 2021.11.25  
17:28:17 -05'00'

Dra. Ena Regina Peláez Soria,  
**SECRETARIA ABOGADA DE LA  
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA**

Loja, 25 de noviembre de 2021, a las 17H44.- De conformidad a las competencias establecidas en el Art. 228 del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, al informe favorable de pertinencia de estructura y coherencia conforme lo determinado en el artículo 224 del RRA-UNL emitido por la Dra. Rosario Paulina Moncayo Cuenca, Ph. D., Docente de la Carrera de Derecho de la Facultad Jurídica, Social y Administrativa, sobre el proyecto de tesis intitulado: **"LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DESARROLLO DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO, COMO INFLUENCIA DEL FUNCIONALISMO SISTÉMICO"**, presentado por el postulante **Salvador David Merino Muñoz**, estudiante del Décimo Ciclo de la Carrera de Derecho, periodo actual, Modalidad Presencial, previo a la obtención del Grado de Licenciado en Jurisprudencia y la obtención del Título de Abogado, se autoriza la ejecución del proyecto de tesis, y se designa como Directora de tesis a la Dra. Rosario Paulina Moncayo Cuenca, Ph. D., conforme lo ordenado en el Art. 228 RRA-UNL.- NOTIFÍQUESE para que surta los efectos de ley que corresponden.



MARIO ENRIQUE  
SÁNCHEZ ARMÍJOS

Dr. Mario Enrique Sánchez Armijos, Mg. Sc.,  
**DIRECTOR DE LA CARRERA DE DERECHO**

Loja, 18 de noviembre de 2021, a las 17H47.- Notifiqué con el decreto que antecede a la Dra. Rosario Paulina Moncayo Cuenca, Ph. D., personalmente y firman.



Firmado por  
ROSARIO PAULINA MONCAYO  
CUECA  
EC

EN A REGINA  
PELAEZ  
SORIA

Firmado digitalmente  
por ENA REGINA  
PELAEZ SORIA  
Fecha: 2021.11.25  
17:28:21 -05'00'

Dra. Rosario Paulina Moncayo Cuenca, Ph. D.,  
**DIRECTORA DE TESIS**

Dra. Ena Regina Peláez Soria, Mg. Sc.  
**SECRETARIA ABOGADA**

Elaborado por: Nancy M. Jaramillo

073 - 545177  
Ciudad Universitaria "Guillermo Falconi Espinoza"  
Casilla letra "D", Sector La Argelia - Loja - Ecuador

## 11.2. Oficio de aprobación



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA  
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA  
CARRERA DE DERECHO**

Loja, 02 de Junio de 2022

PhD. Rosario Paulina Moncayo Cuenca.  
DOCENTE TITULAR DE LA CARRERA DE DERECHO

Que he revisado y orientado todo el proceso de elaboración de la tesis de grado titulada: **“LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DESARROLLO DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO, COMO INFLUENCIA DEL FUNCIONALISMO SISTÉMICO”** de autoría del estudiante de la Carrera de Derecho Salvador David Merino Muñoz, quien desarrolló responsablemente y con pertinencia tanto en la investigación teórica, de campo y en la discusión los aportes de la Dogmática penal moderna del Funcionalismo Normativo sistémico; y su aplicabilidad en el Código Integral Penal, como insumo del perfeccionamiento normativo vinculado a la teoría del delito, en sus elementos tipicidad y antijuridicidad, importante trabajo académico previa a la obtención del grado de licenciado en jurisprudencia y título de Abogado. Cumple con todos los requisitos reglamentarios y de rigor académico exigidos por la Universidad Nacional de Loja, autorizo la presentación para la respectiva sustentación y defensa, una vez que se ha cumplido el 100% del desarrollo de la misma.



firmado electrónicamente por:  
ROSARIO PAULINA  
MONCAYO CUENCA

**Ph.D Rosario Paulina Moncayo Cuenca.**  
**DIRECTORA DE TESIS**

### 11.3. Certificación de traducción del abstract

Loja, 21 de junio de 2022

Licenciado.

**Marcos David Castillo Ramón.**

**Docente de la Escuela Municipal Monseñor Jorge Guillermo Armijos.**

Ciudad.

Yo, **Marcos David Castillo Ramón**, portador de la cédula de ciudadanía número **1900775238**, de profesión licenciado en ciencias de la educación, mención inglés, con registro senescyt número **1031-2020-2197493**, certifico que he traducido al idioma inglés el apartado denominado "Resumen" del trabajo investigativo intitulado: **"LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DESARROLLO DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO, COMO INFLUENCIA DEL FUNCIONALISMO SISTÉMICO"**, elaborado por el señor **Salvador David Merino Muñoz**, portador de la cédula de ciudadanía número **1105772949**.

Es todo cuanto puedo certificar en honor a la verdad, facultando al interesado hacer el uso legal que estime pertinente.

Atentamente;



**Marcos David Castillo Ramón.**

**C.C: 1900775238**



## 11.4. Formato de encuesta a profesionales del derecho

### 12. Anexos



Universidad  
Nacional  
de Loja

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**

**FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA**

**CARRERA DE DERECHO**

#### **“ENCUESTA A PROFESIONALES DEL DERECHO”**

Distinguido Profesional de Derecho me encuentro desarrollando mi Tesis de Investigación Jurídica previo a la obtención del grado de licenciado en jurisprudencia y título de abogado bajo el título **“LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DESARROLLO DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO, COMO INFLUENCIA DEL FUNCIONALISMO SISTÉMICO”**; por tal motivo me dirijo a usted para pedirle de la manera más comedida y respetuosa se sirva en dar contestación a las siguientes interrogantes sobre la problemática. Su criterio me será de gran ayuda para el desarrollo de mi trabajo, de antemano agradezco la ayuda que Me pueda brindar.

#### **PREGUNTAS:**

- 1. ¿Considera usted que, los aportes del Funcionalismo Normativo Sistémico han sido considerados para la correcta aplicación de la imputación objetiva en el sistema judicial penal ecuatoriano?**

Si ( ) No ( )

¿Por qué?:

.....  
.....  
.....  
.....  
.....

**2. El dolo en su concepción Funcionalista Normativa Sistémica dentro del COIP, prescribe:**

- a) Conocimiento de los elementos objetivos del tipo y voluntad para ejecutarlos.
- b) Intención de realización de la acción para producir el resultado típico
- c) Las anteriores respuestas son correctas

**3. Dentro de las causas de exclusión de la imputación objetiva. Marque, a su criterio, la causal que menos es analizada en el proceso penal al determinar la existencia o no de la conducta típica**

- a) El acto ha producido un riesgo permitido.
- b) Se ha obrado en virtud del principio de confianza.
- c) Actos de terceros que colaboran culposamente en un delito doloso (prohibición de regreso)
- d) El resultado o acción es consecuencia de la conducta o situación generada por la propia víctima

**4. ¿Considera usted que, el consentimiento de la víctima, excepto en los delitos que expresamente la necesidad de protección Estatal es imperativa, destruye la antijuridicidad de la conducta de la lesión del Derecho?**

Sí ( )                                      No ( )

**5. ¿Bajo su criterio, Considera que la autopuesta en peligro de la víctima elimina:**

- a) Elemento subjetvo del tipo penal.

b) Elemento objetivo del tipo

Otra.....

.....

**6. Considera usted que, el no reconocimiento expreso en la norma penal, de las causales de consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima en nuestro ordenamiento jurídico coadyuvan a la carente unificación de criterios jurisdiccionales a nivel nacional, lo cual se refleja en:**

- a) Dispersión y diversidad de criterios jurisdiccionales en casos con identidad objetiva.
- b) Erróneo análisis de las mencionadas causales en las categorías de la tipicidad y antijuridicidad.
- c) Inseguridad jurídica.
- d) Todas las anteriores respuestas.

**7. ¿Considera usted necesario, la elaboración de un proyecto de reforma legal al Código Orgánico Integral Penal en el cual se incluya las causales de consentimiento y autopuesta en peligro de la víctima dentro de nuestro ordenamiento jurídico a efectos de dotar de seguridad jurídica a los detentores de este derecho?**

Sí ( )

No ( )

**De ser positiva su respuesta, considera adecuado que la incorporación de estas causales sea de la siguiente manera:**

- a) El consentimiento de la víctima como causa de exclusión de la antijuridicidad.
- b) La autopuesta en peligro de la víctima como causa de exclusión de la tipicidad.

**Gracias por su colaboración.**

## 11.5. Formato de entrevista a profesionales del tema



Universidad  
Nacional  
de Loja

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

### “ENTREVISTA A PROFESIONALES DEL DERECHO”

Distinguido Profesional de Derecho me encuentro desarrollando mi Tesis de Investigación Jurídica previo a la obtención del grado de licenciado en jurisprudencia y título de abogado bajo el título **“LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DESARROLLO DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO, COMO INFLUENCIA DEL FUNCIONALISMO SISTÉMICO”**; por tal motivo me dirijo a usted para pedirle de la manera más comedida y respetuosa se sirva en dar contestación a las siguientes interrogantes sobre la problemática. Su criterio me será de gran ayuda para el desarrollo de mi trabajo, de antemano agradezco la ayuda que Me pueda brindar.

#### PREGUNTAS:

1. **¿Considera usted que, el Código Orgánico Integral Penal contempla dogmática del Funcionalismo Normativo Sistémico, en cuanto la imputación objetiva; por circunstancias vinculadas a las causales de exclusión de la autopuesta en peligro y consentimiento de la víctima?**

.....  
.....

.....  
.....  
.....

**2. ¿Considera usted que, la auto puesta en peligro y consentimiento de la víctima son instituciones diferentes que deben de limitarse en la norma penal y la teoría del delito?**

.....  
.....  
.....  
.....

**3. ¿Considera usted que el consentimiento de la víctima y la auto puesta en peligro de la víctima como eximentes de la responsabilidad penal deben ser incorporadas en la norma como causa de exclusión de la antijuridicidad y tipicidad respectivamente?**

.....  
.....  
.....  
.....

**4. ¿Considera usted necesario la elaboración de un proyecto de reforma legal al Código Orgánico Integral Penal, en el cual se incluya las causales de consentimiento y autopuesta de la víctima dentro de nuestro ordenamiento jurídico de seguridad jurídica a los tendedores de este derecho?**

.....  
.....  
.....

.....  
.....

**Gracias por su colaboración.**