

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

El riesgo jurídicamente desaprobado en el COIP

AUTOR (ES):

Matías Moris Kevin Lenin

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del
Ecuador**

TUTOR:

Palencia Núñez Mónica Rosa Irene

Guayaquil, Ecuador

12 de septiembre del 2017



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Matías Moris, Kevin Lenin**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR (A)

f. _____
Palencia Núñez, Mónica Rosa Irene

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____
Lynch Fernández, María Isabel

Guayaquil, a los 12 del mes de septiembre del año 2017



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Matías Moris, Kevin Lenin**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **El riesgo jurídicamente desaprobado en el COIP** previo a la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 12 del mes de septiembre del año 2017

EL AUTOR

f. _____
Matías Moris, Kevin Lenin



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

AUTORIZACIÓN

Yo, **Matías Moris, Kevin Lenin**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **El riesgo jurídicamente desaprobado en el COIP**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 12 del mes de septiembre del año 2017

EL AUTOR:

f. _____
Matías Moris, Kevin Lenin

URKUND

Documento: [trabajo final.doc](#) (D30493769)

Presentado: 2017-09-11 23:08 (-05:00)

Presentado por: maritzareynosodewright@gmail.com

Recibido: maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com

Mensaje: Tesis Kevin Matias - Monica Palencia [Mostrar el mensaje completo](#)

2% de estas 19 páginas, se componen de texto presente en 5 fuentes.

Lista de fuentes		Bloques
+	Categoría	Enlace/nombre de archivo
+		Tratado Derecho Medico.docx ✓
+		Imputación objetiva y COIP Roberto Pazmiño Ruiz.doc ✓
+		http://www.monografias.com/trabajos55/imputacion-objetiva/imputacion-objetiva.shtml ✓
+		DISERTACION- NIURKA JACOME GONZALEZ- DELITOS DE OMISION EN EL CASO LARRIVA.docx ✓
+		http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20131008_01.pdf ✓
+	Fuentes alternativas	

0 Advertencias. Reiniciar Exportar Compartir

f. _____

Palencia Núñez, Mónica Rosa Irene

TUTOR

f. _____

Matías Moris, Kevin Lenin

ESTUDIANTE

DEDICATORIA:

A Dios Padre, Hijo y Espíritu Santo Trinidad consubstancial e indivisible

A mis padres, José y Patricia, por haberme dado la mitad de su vida

A Paulette, amada mía y alma gemela con quién Dios me unió

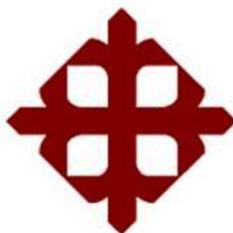
A Raphael Valentino, ¡nunca dejes de ser un niño!

A Joseph, ¿quién sería yo sin ti?

A mi padre espiritual, ¡bendito sea usted y su sagrado oficio!

A Mónica gracias a quién terminé de descubrir mi vocación

A St. Rafael, Slava, Patrono y Protector



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

MARÍA ISABEL, LYNCH FERNANDEZ
DIRECTORA DE CARRERA

f. _____

MARITZA GINETTE, REYNOSO GAUTE
COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. _____

JAVIER EDUARDO, AGUIRRE VALDEZ
OPONENTE



Facultad: Jurisprudencia
Carrera: Derecho
Periodo: UTE A-2017
Fecha: septiembre 12 de 2017

ACTA DE INFORME PARCIAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado “**El riesgo jurídicamente desaprobado en el COIP**”, elaborado por el estudiante **Kevin Lenin Matías Moris**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **10 (diez)**, lo cual lo califica como **APTO PARA LA SUSTENTACIÓN**.

MONICA ROSA IRENE PALENCIA NUÑEZ

Docente Tutor

ÍNDICE

Contenido

CAPITULO 1: UNA APROXIMACIÓN A LOS PRESUPUESTOS DEL RIESGO DESAPROBADO. 1.1.- el riesgo permitido fuera de la imputación objetiva. 1.2.- Líneas generales. 1.3.- Apuntes para dotar de contenido y alcance al riesgo permitido y definir el inicio del desaprobado. 1.4.- Jurisprudencia extranjera.....	16
1.1 EL RIESGO PERMITIDO FUERA DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	16
1.2 APUNTES PARA DOTAR DE CONTENIDO Y ALCANCE AL RIESGO PERMITIDO Y DEFINIR EL INICIO DEL DESAPROBADO.....	18
CAPITULO 2: EL RIESGO DESAPROBADO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL	27
1.3 <i>EL RIESGO JURÍDICAMENTE DESAPROBADO EN NUESTRA JURISPRUDENCIA</i>	29
1.4 EI CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL	30
CONCLUSIONES	32

RESUMEN

El riesgo jurídicamente desaprobado es un concepto que nos permite conocer cuándo un comportamiento ha superado los límites del espacio del actuar permitido en el marco del tráfico relacional y, pese a ser principalmente utilizado en la teoría de la imputación objetiva como uno de sus criterios de imputación, consideramos también que debería ser aplicado fuera de ésta, concretamente como concepto complementario al del deber objetivo de cuidado por su relación con el criterio de evitabilidad. La vigencia del Código Orgánico Integral Penal trajo consigo la introducción de este concepto a nuestra legislación, por lo cual es de vital importancia dotar de contenido y alcance al riesgo desaprobado para garantizar la seguridad jurídica y su coherente uso práctico por su utilidad tanto en los delitos activos doloso como culposos como en los omisivos.

Palabras Claves: *(riesgo permitido, riesgo jurídicamente desaprobado, imputación objetiva, deber objetivo de cuidado)*

ABSTRACT

Prohibited risk is a legal concept that allow us to know when does a particular behavior has surpassed the limits of and acceptable sphere-of-action within society and the web of social relations it is made of, and considering this element was mainly used in the theory of proximate cause as one of its criteria of causation, we also consider that this element should be used outside of it, particularly as a complementary element to the one of the duty and standard of care, because of their proximity with the element of foreseeability. That way, this element having been introduced into our legislation with the enactment of the Integral Organic Criminal Code, it is very important to give this element a clear meaning to guarantee the right of legal security and its coherent application into the active crimes intentional or unintentional and in the passive crimes.

Key Words: (*allow risk, prohibited risk, objective Duty of care*)

Introducción.

La legislación penal del Ecuador, vigente hasta antes de 2014, era de corte causalista, esto es, miraba exclusivamente la relación naturalística del nexo causal como la única determinante para establecer una imputación penal, y ello se hacía bajo el recorrido de la estructura tradicional de los diversos estamentos de la teoría del delito, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

El 2014 supuso un cambio con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal¹, no solo con la introducción de nuevos tipos penales, al ser otros y contemporáneos en adición a muchos de vieja data, los bienes jurídicos a proteger, desplazándose la mirada de protección capitalista, hacia una de pretendido tinte socialista y que respondiere al doble objetivo pautado desde el más alto órgano legislativo del Ecuador: actualización de los modelos teóricos, y respuesta punitiva adecuada al siglo XXI

El cambio de paradigma del modelo causalista hacia uno funcionalista, sin desprenderse del todo de rezagos causalistas y de algunas instituciones finalistas, se hizo acompañado de otros, como el del adelantamiento de la barrera punitiva a espacios de puesta en riesgo generándose algunos tipos penales vinculados con la reacción punitiva a los contemporáneos flagelos, que como el de omisión de control del Lavado de Activos, han ido encontrado a sus viejas formas de presentación, nuevas y sofisticadas manifestaciones, con colaboradores que lo son tales, ya sea por ignorancia, descuido, imprudencia, negligencia; esto es culpa, o bien por dolo.

Y es que bajo el fundamento que más genera adeptos, el de la necesaria seguridad, en Latinoamérica se han dado episodios de todo tipo, llegando en Chile a establecerse el delito de marcaje y reglaje, que no es otra cosa que realizar actos de acopio de información, seguimiento o vigilancia, o poseer armas, vehículos, y otros, que pudieren facilitar el cometimiento de actos ilícitos contra la vida, integridad o libertad de las personas, conforme lo refiere (Figueroa, 2013, p.3). Asimismo, el delito de asociación ilícita,

¹ El Código Orgánico Integral Penal fue promulgado por la Ley 0 cero, publicada en el Registro Oficial 180, publicada el 10 de febrero de 2014.

también llamado de asociación para delinquir, con la característica de que un acto de inicio de ejecución pasó a ser en sí mismo penalizable, y en algunos casos, a dar pie a la sanción por pena mayor a la que le hubiera tocado a los sujetos infractores, por la ejecución del delito planificado. Con ello lo que se pretende es evidenciar el rango que desde la llamada “sociedad del riesgo”, término acuñado por BECK ha venido adquiriendo el tema de la seguridad.

Como explica Pritwitz (Zapatero et al, 2013, p.236), la respuesta a los problemas que reclama una sociedad insertada en la Transmodernidad, y que se desarrolla de forma vertiginosa, al quedar sin resolver en otros ámbitos de la vida social, suelen traspasarse al Derecho Penal afectando el principio de mínima intervención penal.

Entra en crisis del Derecho Penal, ante la existencia de solicitudes que pretenden se haga cargo de problemáticas que le son ajenas, como las referidas a controlar la sensación de miedo y riesgo de los ciudadanos, y es que debe actuar, y para ello se le dota de una legislación penal de contenido simbólico y de tipos penales que cumplen el propósito de dar satisfacción a intereses populistas. Uno de los legados de las formulaciones del Estado *post* Revolución Francesa, fue el límite conforme a principios de respeto a la dignidad humana y los diversos derechos del hombre, del poder punitivo del Estado, convirtiéndose la mínima intervención, en un principio que marcó los límites al Derecho Penal, con la llamada subsidiariedad y fragmentariedad, como criterios rectores. Mas los límites quedan desdibujados, cuando las leyes penales pierden la función de tipificar y sancionar conductas que realmente se pretende penalizar, y se abre espacio al carácter simbólico y pedagógico sobre lo correcto o incorrecto, como funciones a cumplir por parte de los ordenamientos jurídico penales.

En ese contexto, el legislador ecuatoriano lo que ha hecho es introducir una nueva manera de entender, y que es propia de los funcionalismos, al afirmar que la conducta penalmente relevante es la que pone en riesgo un bien jurídico, o causa una lesión; esto es, técnicamente en el Ecuador, y por disposición del artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal, se han sentado las bases para el adelantamiento de la barrera punitiva a la sola

puesta en riesgo, por una parte, mientras se ha ubicado el pensamiento penal en el finalismo, ya que se señala en el texto legal, que culpa surge de la infracción a un deber objetivo de cuidado, que personalmente corresponde, y siempre y cuando haya un resultado lesivo, (artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal), y por si fuera poco la generación de un amplio bien jurídico llamado “seguridad” en el Art. 28 del Código Orgánico Integral Penal que hace referencia a la omisión dolosa.

Dado que existe una serie de criterios de imputación objetiva en el ámbito de realización de riesgos, y uno de ellos parte de afirmar que no existe riesgo si no se materializa el peligro, corresponde analizar el sentido que tiene ante tal afirmación, las propias del artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal (COIP).

En el Ecuador el tema luce complejo, principalmente por la existencia de evidencia de que al gusto, se ha venido utilizando el concepto de riesgo permitido, sin clarificarse ni su contenido ni sus límites, más aún porque en ROXIN, el concepto de riesgo permitido está claramente referido a una institución para fines de exclusión de la imputación a quien a pesar de que tuvo una conducta relevante al riesgo en la cadena de antecedentes del resultado lesivo, no existe la posibilidad de hacerle ningún reproche, y esa irreprochabilidad no tiene que ver con la ausencia de capacidad de culpabilidad, como sería el caso de un enajenado mental, sino que hace relación –parecería- a una excluyente de responsabilidad penal.

Si bien es cierto que hay variedad y abundancia en lo escrito sobre Imputación Objetiva y los pasos fundamentales para su realización, más no se ha encontrado en el seno del Ecuador, estudio alguno que se centre en una parte específica del macro-cosmos de las imputaciones, referido al *riesgo desaprobado*.

Se parte de considerar como problemática científica el que la imprecisión en las relaciones del deber objetivo de cuidado y el riesgo permitido, y la falta de claridad conceptual de los contenidos y límites, en adición a un uso mezclado de las instituciones, ha ocasionado que no se conozca cuál es el riesgo jurídicamente desaprobado, en desmedro de la seguridad jurídica.

Se plantea dirigir la mirada al riesgo desaprobado, porque es éste el concepto base del rechazo social, de la reprochabilidad, por lo que nos interesa básicamente, encontrar a base de qué, los operadores de justicia – aunque sea explorando en muestra no representativa y a nivel de indicio- consideran que se ha dado el riesgo desaprobado en una situación, y por ende, hay tipicidad.

Asimismo sería de gran utilidad a la configuración de la herramienta “deber objetivo de cuidado”, en la práctica judicial del Ecuador, el revisar cómo ha venido coexistiendo con el análisis del riesgo y cómo una conducta es desaprobada con afirmación de que el riesgo que ella generó, acarrió o repercutió en el resultado.

El presente estudio tiene una finalidad eminentemente exploratoria, y no pretende abordar nada más, que la concepción sobre el riesgo desaprobado. En la primera parte de este resultado de exploración, el lector encontrará un estado del arte sobre lo que hay a la fecha en materia de estudios sobre el riesgo desaprobado con miras a clarificar su decisión, conformación, utilidad, parámetros de uso (utilización) y el espacio en el que este deja de ser permitido para convertirse en un riesgo desaprobado, mientras que en la segunda parte, el lector encontrará el resultado sobre los estudios en el Ecuador. Sabemos que es imposible en razón de tiempo, e incluso experiencia investigativa, abordar el tema con la profundidad que ameritaría, ni es ésta la intención de este documento académico, por lo que tan solo debe tenerse el mismo, como un trazado a líneas gruesas que, ojalá, genere el interés de quienes, por condiciones vitales y grado académico, sintieren el llamado a la exploración en doctrina penal con base o sustento filosófico.

Para la labor a realizar, se recurre al origen y conceptualización del concepto riesgo permitido y a su confrontación frente al de “riesgo desaprobado”, y al análisis de las principales posturas doctrinales en torno al tema, así como a la revisión del texto legal.

El lector encontrará a continuación, una aproximación al riesgo desaprobado, en un primer capítulo en el que se incluyen tanto los apuntes para dotar de contenido y alcance al riesgo permitido como para delinear al

desaprobado, una visión del riesgo permitido separada de la imputación objetiva, y el enfoque desde la jurisprudencia así como un segundo capítulo referido exclusivamente, a la situación de tratamiento en el Ecuador.

CAPITULO 1: UNA APROXIMACIÓN A LOS PRESUPUESTOS DEL RIESGO DESAPROBADO. 1.1.- El Riesgo Permitido fuera de la imputación objetiva. 1.2.-Apuntes para dotar de contenido y alcance al riesgo permitido y definir el inicio del desaprobado. 1.3.- Jurisprudencia extranjera

1.1 EL RIESGO PERMITIDO FUERA DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Este es uno de los puntos más descuidados en la doctrina penal, principalmente porque en la literatura se ha mal interpretado al riesgo desaprobado –junto al riesgo permitido- como un componente exclusivo de la teoría de la imputación objetiva, lo cual no es correcto. En este punto debemos tener en cuenta que: a) el riesgo jurídicamente desaprobado es uno de los criterios que compone a la teoría de la imputación objetiva, que fue diseñada para solucionar el tema de imputación de delitos dolosos –al respecto hablaremos en la siguiente sección-; b) el riesgo jurídicamente desaprobado no es un concepto exclusivo de la teoría de la imputación objetiva; y, c) el riesgo permitido no es un concepto que se separa del deber de cuidado, por lo que es perfectamente aplicable en los delitos imprudentes.

El riesgo jurídicamente desaprobado es el primer criterio de imputación en la teoría de la imputación objetiva. Así, Roxin sostiene que para imputar un resultado producido por una conducta de un agente este debe de haber creado un riesgo fuera de los límites permitidos. Sobre este punto ahondaremos en la siguiente sección de este trabajo, pero es preciso agregar, dada la naturaleza de la teoría de imputación objetiva, de ser una teoría de interpretación de la conducta humana penalmente relevante, abarca en si ciertos elementos implícitos del subjetivo porque lo resulta

plenamente contundente a la hora de resolver la imputación al tipo doloso. Esto se explica precisamente porque cuando el autor realiza determinados actos que generan un riesgo desaprobado con conocimiento y conciencia, es totalmente válido afirmar que él creó un riesgo desaprobado, admitiendo así que determinados factores subjetivos son significantes en la imputación objetiva, esto es, que el concepto de Riesgo Permitido es esencial para marcar el punto de inicio de la conducta desaprobada.

Siguiendo con nuestro análisis, debemos traer a la palestra un tema dado por superado, que sin embargo no deja de estar del todo claro. En la literatura ha pasado a ser casi un dogma de fe el considerar al riesgo jurídicamente desaprobado como un componente exclusivo de la imputación objetiva, esto, sin embargo no es correcto. Tan incorrecto es que este concepto fue inicialmente usado por Marx y Weber para referirse a la sociedad industrial y como se repartía la riqueza legítimamente de forma desigual. Sostenían estos autores que se explota al obrero de tal forma que para justificarse se definían ciertos riesgos que no eran de carga del burgués por lo que se daba por legítimo el abuso para repartirse de forma desigual la riqueza. Luego Roxin, cuando esquematizó su teoría de la imputación objetiva sistematizó concepto para darle sentido, tanto que recogió no solo el término “riesgo permitido”, sino también el ya empleado “imputatio” o imputación objetiva para el campo del derecho civil.

El riesgo permitido tiene un enfoque relacionado a consideraciones de carácter sociológico, por esto, lo toma Roxin y otros teóricos para construir toda una estructura teórica con la cual se permita la exclusión de la imputación penal a sujetos que han tenido conductas vinculadas a un resultado lesivo, pero que por haber actuado en un espacio que era indispensable para el tráfico comunicacional y relacional se los termina excluyendo. Por esto es preciso analizar al concepto “riesgo permitido” tanto en los delitos dolosos como en los culposos. En el campo de los delitos imprudentes toma una vital trascendencia², pues (Reyes, 2015: P.30) “sin entrar en la discusión sobre el contenido de la exigencia de cuidado, afirmar

² Recuérdese del pensamiento dominante en la doctrina de que la imputación objetiva es exclusiva para delitos dolosos.

su establecimiento implica un límite de respeto de los riesgos por los que se hará responsable a un agente”, paso crucial para poder esclarecer en que momentos –el momento sería una vez superado el riesgo permitido- pasar a analizar si el resultado producido por la conducta era previsible (capacidad de actualizar el conocimiento) y si es que le era exigible otra conducta al agente (componente del deber objetivo de cuidado).

Podemos recapitular esta sección: el riesgo permitido no es exclusivo de la imputación objetiva, toda vez que puede ser perfectamente utilizado como concepto complementario al de deber objetivo de cuidado³, dirigido a determinar cuándo una conducta puede ser considerada como imprudente por su naturaleza limitante al marco de acción dentro de lo que el derecho tolera, todo lo que esta fuera de ahí en relación con la previsibilidad nos da paso a una infracción del deber objetivo de cuidado.

1.2 APUNTES PARA DOTAR DE CONTENIDO Y ALCANCE AL RIESGO PERMITIDO Y DEFINIR EL INICIO DEL DESAPROBADO

El del riesgo desaprobado es un tema que solo se puede comprender a través del riesgo permitido como ya ha quedado dicho.

La teoría de la imputación objetiva tiene como principales promotores a Claus Roxin –a quien además se le da el mérito de ser el pionero en desarrollarla- y a Gunther Jakobs, sin que sus nombres resulten ni exclusivos ni excluyentes. En 1962, luego de descubrir la insuficiencia de los procesos causales hipotéticos, “Roxin –continuando los trabajos de Larenz⁴ y Honing⁵- propone introducir el criterio del incremento del riesgo” (Gimbernat, 2017: p.28) comparándose las conductas de acuerdo con los principios del riesgo permitido y determinándose qué comportamiento o

³ Esto negando la idea de unificación del tipo subjetivo producto de la imputación al tipo objetivo que algunos autores proponen al respecto.

⁴ Larenz intenta complementar la imputación propuesta por Hegel que consistía en considerar en que solamente se puede imputar a una persona las consecuencias derivadas de su voluntad y no las ajenas a estas. Larenz en relación a los resultados de actos imprudentes responde sosteniendo que lo no conocido se le puede imputar a alguien ya que es consecuencia de su voluntad libre, lo que lo convierte en posible de saberse.

⁵ Honing criticaba los esfuerzos de los autores de su época por encontrar el nexo causal. Consideraba más bien que lo fundamental era dilucidar las propiedades, en relación al orden jurídico-penal, del nexo que hay entre la acción y el resultado. De esta manera dio paso a la normativización del concepto de conducta.

conducta no se le puede imputar al autor como conducta ofensiva a un deber y compararla con la forma de actuar del acusado. Comparadas estas conductas se observa si es que se ha incrementado la posibilidad de causación del resultado lesivo en relación a la conducta dentro del riesgo permitido. Si esto es así, se ha incrementado el riesgo y si este incremento se realiza en el resultado que se encuentra dentro del alcance del tipo podemos imputar objetivamente el resultado lesivo a su autor. Roxin hace todo esto partiendo de la política criminal, intentando acercar al derecho penal –en el funcionalismo moderado- a los fines preventivos de la pena.

Se resalta la obra de Larenz porque es él quien en la década de los veinte del siglo pasado, desarrollara un concepto fundamental para fines de imputación, el de “causalidad objetivamente imputable” y para ello lo que hizo fue utilizar el concepto que años atrás acuñara von Kries, de previsibilidad objetiva, como instrumento para la causalidad adecuada, y que se traducía en que todo suceso lesivo que se diera por fuera de lo que resultare previsible al individuo –y que en esa época era medible bajo criterios no individualizados al sujeto-, le era ajeno para fines de imputación, debiendo considerarse casual, mientras que es con Honig que se destaca la necesidad de que se tengan en cuenta, para fines de tipicidad, los elementos normativos. Esto es, el mérito de con Kries y de Honig, consiste en sentar las bases del reproche social en la conducta en función de la previsibilidad sobre el resultado y en la posibilidad real de obtenerlo, cuando el mismo es lícito, estableciendo los primeros pasos hacia los criterios de imputación objetiva, al interesar la intervención en la causalidad, aunque no se esté en la causación, por encima de consideraciones con respecto a la intención.

Es así que sentadas tales bases y luego desarrolladas, cabe afirmar en la actualidad que el de imputación objetiva es un modelo teórico que parte de la pretensión de tener criterios para separar en calidad de autores, a quienes tuvieron un aporte relevante al resultado lesivo (puesta en riesgo o resultado material), de quienes aunque, presentes en la línea de antecedentes, no influyeron en la causalidad, y por valoración, han de quedar excluidos de imputación.

Esto es, el modelo teórico de imputación objetiva, basándose esencialmente en el criterio de riesgo permitido, sirve de herramienta de imputación luego de que se haya afirmado la existencia de un riesgo desaprobado, conjuntamente con otros criterios, como, por ejemplo: inexistencia de posibilidad de exclusión aduciendo principio de confianza, autorresponsabilidad de la víctima o bien, prohibición de regreso. Ahora bien, siendo como es el de “riesgo permitido”, un concepto de construcción normativa, corresponde revisar cuándo, cómo y a base de qué, se lo puede afirmar.

Por último, y en este acápite, no podemos omitir la posición de quien reacciona como uno de los principales opositores de la teoría de la imputación objetiva. Es Urs Kindhauser, quien sostiene firmemente que la imputación objetiva se llama así porque carece totalmente del ámbito subjetivo del agente, lo cual la vuelve inconsistente al momento de evaluar el dolo o la culpa. Sostiene además que los criterios utilizados para determinar cuándo una conducta puede ser atribuída a un autor requieren siempre de un tercero imparcial que juzgue de manera objetiva quien también tendrá conocimientos limitados. Se le deberá reconocer un margen de error, pues un observador objetivo de la norma y del mundo es inaccesible.⁶

Decíamos entonces, que en los modelos teóricos de imputación objetiva de Roxin, así como de imputación objetiva del comportamiento de Jakobs, el punto de partida está en la determinación de si se ha creado o no un riesgo jurídicamente desaprobado. Pese a esto, nuestros autores parten de maneras distintas en su determinación de la creación de un riesgo desaprobado. Para Jakobs prohibir en su totalidad la situaciones de riesgos es imposible, ya que la vida cotidiana ordinaria de por sí ya está sometida a riesgos y prohibir significaría negar casi de entero una sociedad civilizada. Por esto existe un parámetro- que nos ayuda a dilucidar cuándo se ha actuado fuera o dentro de un riesgo permitido. Jakobs sostiene que “deja de estar permitido aquel comportamiento que el propio derecho define como no permitido” (Dal Dosso, 2011: 53), solo estas consisten en consecuencia

⁶ Véase al respecto Kindhauser, 2016: imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso

defraudaciones a las expectativas de conducta⁷ que pueden servir para el juicio de imputación objetiva. Por otro lado, Roxin parte de supuestos hipotéticos en los que se analiza la conducta en cuestión y las conductas conforme a Derecho que pudieron ser empleadas (tomando en cuenta los conocimientos especiales) si es que comparadas éstas, se determina que el resultado lesivo pudo ser evitado con la conducta acorde a Derecho entonces podemos decir que la conducta ha generado un riesgo jurídicamente desaprobado.

Por lo anterior, sostenemos que en correspondencia con su histórico, riesgo desaprobado es un concepto que hace referencia al espacio en que se coloca en situación de peligro a un bien jurídico, a pesar de que esa posibilidad era naturalmente y objetivamente, previsible. Por ello, el de riesgo desaprobado es un concepto que no puede dotarse de contenido al margen del sujeto, pues no es aislada la posibilidad del peligro de la posibilidad de la previsión del mismo, y consideramos que nada obsta su uso como recurso para revisión de determinación de tipicidad, con independencia de que se trate de tipo penal culposos o dolosos.

Lo importante aquí es que siempre la conducta es sometida a una valoración normativa, por lo que debemos partir de normas de conducta analizadas pretípicamente que establecen obligaciones particulares o generales a los sujetos dependiendo, para Jakobs, de su rol social o su posición respecto al hecho. El ejemplo más sencillo y del que muchas letras se le ha dedicado en los últimos años es la *lex artis*. Llamo al criterio del “riesgo” parámetro porque de hecho ya que todas aquellas conductas –aunque riesgosas o generadoras de peligro- que no infrinjan una norma de conducta, se encuentran dentro de los límites del riesgo permitido. En cambio, todas aquellas conductas que aumenten la posibilidad de lesión de un bien jurídico o que lesionen un bien jurídico a consecuencia de una infracción a una norma de conducta, se encuentran fuera de los límites del riesgo permitido. Por esto sostengo que el criterio de “riesgo permitido o riesgo jurídicamente

⁷ En el funcionalismo de Jakobs las expectativas sociales son primordiales ya que de estas dependen la vida social en el Estado civilizado y la norma termina matizando estas expectativas de conducta, por lo que cuando se defraudan las expectativas de conducta la pena termina reafirmando la vigencia de la norma.

desaprobado”, funciona como un parámetro para calificar a las conductas como jurídicamente admitidas o no, esto porque al final del día es el derecho penal en virtud del principio de mínima intervención penal el que nos dirá cuando una conducta es penalmente relevante o no.

El contenido y alcance del concepto doctrinal de riesgo permitido, debe ser clarificado a partir de los presupuestos básicos del concepto, sus características y el fin que persigue, a nuestro entender. Así, recordamos que ya hacia el siglo xix, con motivo de la Revolución Industrial, el de “riesgo permitido” empezó a ser un criterio articulador de las no exigencias con cargo al sector empresarial. Pues bien, en la actualidad el de riesgo permitido es un criterio que requiere de configuración de contenido concreto al servir de base para afirmación de la atipicidad de una conducta, y ese contenido se define a base usualmente, de dos variables, la previsibilidad de las consecuencias de la propia conducta, y la evitabilidad de las mismas.

La previsibilidad hace relación a una posibilidad que parte de la potencia de la situación, de establecer con claridad lo que podría estar en espacio de lo potencialmente conocible, y es a través de esa claridad que se podría llegar hacia a lo evitable. Ahora bien, ello es relevante por cuanto si existen daños que no serían evitables aun cuando se hiciera una adecuada previsión y planificación de la conducta,—y en ello hay un pensamiento unánime de quienes han estudiado estos temas, siguiendo a JAKOBS- aun y cuando lucieren como consecuencia de una conducta no permitida, se deben entender como resultantes de una variación socialmente irrelevante del riesgo, como por ejemplo, el caso de las catástrofes.

Esto es, corresponde analizar si la acción del individuo, con su conducta, creó o no, un peligro jurídicamente desaprobado. La aprobación o no del riesgo, debe pasar por el escrutinio, a nuestro juicio, de lo que indica la sana crítica: lógica, conocimiento y experiencia, de forma tal que solo cuando la persona no haya previsto las consecuencias, siendo éstas evitables, se realizará la afirmación de “riesgo desaprobado” y para definir cuál era las previsibilidad exigible, se debe tener en cuenta las reglas objetivas, mayoritariamente aceptables, identificables como máximas de experiencia.

Por ende, la construcción de riesgo desaprobado, pasa por la negación de “riesgo permitido” y obedece al rechazo social de un comportamiento adoptado frente a la posibilidad del peligro, ya sea por indiferencia frente al resultado, defecto en la organización de la empresa lícita, o bien, intencionalidad de defraudar la norma; esto es, con independencia, a nuestro juicio, de la clasificación del tipo penal al que pretenda tributar para fines de revisión de la tipicidad.

Una vez sentadas estas bases, podemos continuar la explicación con algunos ejemplos. Como hemos dicho una conducta no es creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado o permitido *per se*, sino que depende de una valoración de las conductas partiendo de reglas preestablecidas que nos dan luz, y adecuadas caso por caso. Así, y por ejemplo, la diligencia debida que es un concepto que en la década de los treinta del siglo pasado pusiere en la palestra de la discusión finalista ENGISCH, sirve para definir si se ha violentado o no un riesgo. Tal diligencia –originalmente- era referida a la actividad (y no a la acción), de forma tal que quien actuaba diligentemente, lo hacía cuidadosamente. Pues bien, el hecho de realizar una actividad de manera no cuidadosa conlleva en sí mismo el realizar una conducta de riesgo desaprobado, y los parámetros de “lo cuidadoso” están determinados de antemano, antes de la existencia misma de la acción y la actividad y son, a saber y citando a ENGISCH, la previsibilidad y la evitabilidad. Engisch fue tan insistente en su conducta, que incluso en 1944 reaccionó contra el finalismo, insistiendo en la necesidad de tomar en cuenta la previsibilidad objetiva del resultado, según anota MIR PUIG (2003, pp.2-3)

Así, podemos ejemplificar diciendo que comer llevándose con las manos directamente a la boca los alimentos no es mal visto *per se*, si no fuera por la existencia de reglas previas de etiquetas que establecen la comida debe consumirse utilizando los cubiertos. Mas este comportamiento, mal visto *per se* o no, es totalmente irrelevante al Derecho Penal, y por ende, a todo criterio de imputación en materia penal.

Ahora bien, ¿Cómo determinar estas normas o más bien, que tipo de normas son? Estas reglas utilizadas para la valoración de las conductas

pueden bien estar contenidas en un cuerpo legal, como las normas relativas al tránsito o transporte terrestre que están, en nuestra legislación, en la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Transito y Seguridad Vial, o bien no encontrarse en un determinado cuerpo legal pero si reconocidas socialmente al ser rectoras de una actividad; por ejemplo, el boxeo. Es importante también tomar en cuenta que estas son reglas de comportamiento social, por lo que no son universales, esto es, aplicables a todo o cualquier sociedad, sino más bien dependen de cómo se encuentra organizada en conjunto una sociedad y como en ésta se educa a sus miembros. Sin reglas de comportamiento, valoradas por el sentido social de la conducta, es por ello que los contenidos varían, según la idiosincrasia del lugar, e inclusive la variación podría deberse también, en caso de que el carácter de permitido del riesgo se construya a base de establecer una norma de cuidado exigible, conforme o no, a parámetros de deberes subjetivos.

Ahora bien, la determinación de si una conducta es generadora o no de riesgo jurídicamente desaprobado no depende de lo que el sujeto pudo haber hecho o no –el llamado buen padre de familia en el derecho civil- sino más bien de lo que de conformidad con las normas de conductas, este debió haber hecho para impedir una creación de riesgo jurídicamente desaprobado, llegando así un criterio “objetivo” de actuación, existiendo un llamado “deber de actuación” frente a una expectativa de comportamiento social. Tenemos entonces, una confrontación de la conducta realizada por el sujeto vs la conducta que debió haber realizado para mantener la expectativa de comportamiento social.

Finalmente, concluiremos este sub-capítulo enunciando las fuentes de las normas de valoración de conductas. Estas normas de conducta pueden ser: normas penales, normas extrapenales o incluso reglamentaciones extrajurídicas. Las primeras, las normas penales, son aquellas que se encuentran en la ley penal, como las normas que expresamente sancionan la contaminación ambiental. Las extrapenales, las encontramos en normas jurídicas no penales, como las contenidas en la “Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Transito y Seguridad Vial” con relación a las posibles infracciones de tránsito o las contenidas en el las resoluciones del Ministerio de Salud

con relación a las infracciones en el ejercicio de la profesión médica. Las extrajurídicas se llaman así porque provienen de una norma no jurídica pero que regula un comportamiento y pueden ser escritas o puramente consuetudinarias, por ejemplo la *lex artis* o el código de ética médica, respectivamente.

EL ESTADO DEL RIESGO DESAPROBADO EN LA JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

En esta sección comentaremos breves rasgos sobre el estado de nuestro tema en la jurisprudencia Peruana, Española y Alemana. En nuestro vecino país encontramos esbozos de lo que es la imputación objetiva desde 1997, en una sentencia emitida por el Tribunal Superior de Lima. Sin embargo, recién en 1998, la Corte Suprema de Perú emplea por primera vez el concepto de riesgo desaprobado en el fallo 1767-97-Lima del 12 de enero de 1998, expresando que “de acuerdo con la moderna teoría de la imputación objetiva no puede atribuirse objetivamente el resultado a quien con su acción no ha creado para un bien jurídico ningún riesgo jurídicamente desaprobado” (Corte Suprema de Perú Expediente No. 1767-97-Lima, 1998: S.P.), hecho con el que inmortaliza el punto de partida. Pues bien, este fallo no se equivoca, es necesaria la creación de un riesgo desaprobado que provoque un resultado lesivo para imputar –preliminarmente- un resultado a una conducta.

Siguiendo esta posición, la Corte Suprema de Perú en el Expediente 1208-2011-Lima, en un caso en el que un conductor de un bus de transporte público que sin respetar una luz roja, a exceso de velocidad y distraído sintonizando la radio chocó de manera fatal con otro auto. En este caso la Corte resolvió imputar el resultado a la conducta del conductor del bus por cuanto al no respetar los límites de velocidad (que en esa calle eran de 40km/h) aumento el riesgo fuera de los límites del riesgo permitido al infringir una norma de tránsito materializándose en la muerte del conductor del auto investido. Vemos como este fallo analiza la conducta valorándola con base a las normas de tránsito infringidas.

Otro fallo importante de la Corte Suprema de Perú es el No. 18707-2011-Lima, en el que con relación a otro caso de tránsito en el que el acusado es

un conductor de un bus público sin licencia profesional que invadiendo un carril que se le estaba prohibido –iba en contravía- a exceso de velocidad irrespetando una luz roja por lo que termina atropellando a un peatón; la Corte decidió afirmar la imputación del chofer por haber incrementado el riesgo fuera de los límites asumiendo así los resultados de su actuar.

Mientras tanto, al otro lado del mundo el Tribunal Supremo Español en la sentencia T.S. 914/2010 emitida por la segunda Sala de lo penal, en un caso de lesiones con efectos permanentes consecuencia de una pelea entre dos hombres. En el caso, el ganador de la pelea desfiguró bastante al perdedor y al final –antes de que la policía los arreste- el perdedor saltó por una ventana quedando inconsciente. El Tribunal resolvió dejar sin efecto el fallo de instancia que condenó a dos años de prisión al ganador de la pelea por las lesiones causadas en la pelea y las provocadas por la caída desde la ventana. El argumento central fue por un lado la compensación de lesiones y por otro la ausencia de imputación al acusado de ese resultado por no haber creado un riesgo desaprobado, sino más bien las lesiones acontecidas como consecuencia de la caída entran dentro del ámbito de responsabilidad de la víctima. Concluye diciendo que “el sujeto que crea una situación de riesgo desaprobado jurídicamente responde del resultado producido” (Tribunal Supremo de España Sentencia T.S. 914/2010: S.P.

Así mismo, el Tribunal Federal Alemán ha utilizado el criterio de la creación de un riesgo desaprobado para imputar un resultado a un agente, agregando, como lo hace en la sentencia TFA NStZ-1995, que para que exista dolo no hace falta que el agente conozca todos los detalles de su curso causal, es suficiente con que conozca que el riesgo que el desata puede provocar un resultado lesivo. En otro caso en el que un conductor de un tráiler que atropelló a un ciclista ebrio cuando irrespetó la distancia mínima de separación entre vehículos y bicicletas, provocando la caída del ciclista quien terminó bajo las llantas del tráiler, el Tribunal Federal Alemán resolvió absolver al conductor por cuanto se demostró que aunque el conductor hubiese respetado la distancia el resultado posiblemente se hubiese concretado de igual forma, por lo que aunque el conductor haya aumentado el riesgo no cabe imputación por cuanto el resultado

posiblemente también hubiese acaecido con una conducta conforme a derecho. Como dijimos en línea anteriores Roxin⁸ porque para el basta que se infrinja una norma de conducta para que se concrete el riesgo desaprobado y se proceda –preliminarmente- a imputar ese resultado a una conducta.

CAPITULO 2: EL RIESGO DESAPROBADO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

En presente capítulo abordaremos el estado de la ciencia de nuestro tema a la luz de la doctrina nacional, de la jurisprudencia y concretamente de nuestra legislación penal. Para esto como marco teórico revisaremos algunas publicaciones hechas con relación a la teoría de la imputación objetiva en el repositorio de la UCSG, Universidad del Pacífico, UESS y la Universidad San Francisco junto con algunas publicaciones de autores nacionales. La segunda parte será un análisis de nuestra jurisprudencia. Luego aterrizaremos en el Código Orgánico Integral Penal para cerrar este capítulo.

SOBRE EL ESTADO DE CIENCIA EN NUESTRO PAÍS

Si bien la teoría de la imputación objetiva ha sido tratada por juristas de renombre en nuestro país, el tema del riesgo jurídicamente desaprobado no ha tenido más de pocas páginas escritas. Sin embargo podemos rescatar el trabajo que el doctor Alfonso Zambrano Pasquel ha realizado en algunas de sus obras, como también otras investigaciones de índole universitaria, recogidas de los repositorios de algunas universidades de este país. El profesor Alfonso Zambrano Pasquel, no dice en su obra “Derecho Penal Parte General”, que el riesgo permitido es toda conducta que crea un peligro relevante pero que de modo general está permitido, justamente porque prohibir toda actividad humana que significa algún riesgo sería paralizar del todo la vida social. En consecuencia, todo riesgo jurídicamente desaprobado sería todo riesgo que sobrepasa los límites impuestos a determinada

⁸ Ver el último punto del primer párrafo del primer subcapítulo de este capítulo

actividad concreta en cada circunstancia. Esto, es correcto de plano con normas de conducta que regulan toda actividad en general.

Así también, Miguel Sarmiento Mora nos dice que riesgo permitido es ese margen de actuación que deja la norma al sujeto para realizar actividades de riesgo, y que cuando alguien crea un riesgo desaprobado causando un resultado, este resultado le debe ser imputado. Agrega además, respecto a la creación de un riesgo desaprobado que (Sarmiento, 2015: p.29) “el individuo puede participar en diferentes escenarios, dependiendo de cada escenario surgen determinadas reglas que debe observar (...) la inobservancia de la norma por parte de quien estaba obligado a cumplirla es determinante para que se haya creado un riesgo”, por lo tanto solo así podríamos decir que se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado. Vemos como este último autor nos enfoca un poco más claro el sentido del riesgo permitido y del riesgo jurídicamente desaprobado al hablarnos de normas de conducta que surgen en el desarrollo de alguna actividad según las circunstancias.

Por último, el quiteño Fausto Vasquez Cevallos, respecto al riesgo permitido nos dice (Vasquez, 2016, P.105) “el riesgo permitido está relacionado con la asunción de ciertos riesgos de convivencia social; es necesario asumirlos para desarrollarse socialmente. (...) está cercano a la certeza de causar daño. (...) son riesgos avalados por la sociedad.” Esta autor continua su análisis a través de otros autores incluyendo a Roxin, pero no termina de concretarnos el concepto de riesgo permitido, ni mucho menos de riesgo desaprobado.

En este punto es importante tomar en consideración lo que ya hemos expuesto en líneas anteriores, primero respecto a la postura de Jakobs, y debemos insistir en que según este autor el rol de individuo dependerá de las obligaciones le sean exigibles según su ámbito de competencia o según haya asumido riesgo que no le correspondían, de esta manera la existencia de normas de cuidado en cada circunstancia se aclara aún más. Y en segundo lugar, las precisiones realizadas al concepto y alcance del riesgo desaprobado que hace Yesid Reyes, concluyendo con que la literatura

nacional respecto al tema es completamente insuficiente e imprecisa –y creemos que en parte también en el mundo-, puesto que no hemos encontrado autores que nos precisen el concepto de riesgo permitido y riesgo desaprobado, en relación a su contenido, sino más bien en relación a su utilidad y característica de uso, volviéndose un tanto caótico a la hora de utilizarse en el ámbito práctico. Con esta observación –preliminar- cerramos este subcapítulo tomando en cuenta la advertencia hecha que será resuelta en la última sección de este capítulo.

1.3 EL RIESGO JURÍDICAMENTE DESAPROBADO EN NUESTRA JURISPRUDENCIA

En el fallo No.016-13, del juicio 389-2012 emitido por la Corte Nacional de Justicia el 22 de enero del 2013, la Sala especializada en materia penal sostiene que:

“En los delitos culposos la tipicidad depende de la comprobación de una acción que ha producido un peligro jurídicamente desaprobado y requerido para su punibilidad, presupuestos que han sido debidamente razonados para determinar que no existió caso fortuito y por tanto rechazar el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado.” (Corte Nacional, 2012: P.13)

En otro fallo, el 296-12, de la Corte Nacional también dijo lo siguiente:

“este Tribunal advierte que manejar un vehículo en estado de embriaguez constituye un riesgo no permitido sancionado por 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 126 ibídem, en relación con el artículo 270 del Reglamento a la referida Ley” (Corte Nacional, 2012: P.22)

Por último, en el juicio No. 53-12, la jurisprudencia nos dice:

“se puede decir, que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un riesgo creado por el autor, no cubierto por un riesgo permitido y que se encuentra dentro del radio de acción del tipo” (Corte Nacional, 2012: P.21)

Hemos visto como la jurisprudencia en tiempos de vigencia del Código Penal ya nos habló sobre el riesgo desaprobado, lo que nos demuestra que nuestros idiosincrasias jurídica –antes del COIP- ya nos pedía la ruptura del paradigma causalista, incorporando a la imputación objetiva en la ratio decidendi de estos fallos dándonos luz de que nuestra jurisprudencia hasta momento para apuntar al criterio de exclusividad del concepto de riesgo desaprobado a la imputación objetiva, sin embargo pese a explicar el tema, como hemos dicho, esta usó la institución de la imputación objetiva con una legislación que imposibilitaba ese concepto, siendo el paradigma jurídica vigente el causalismo, donde lo importa en el análisis de la tipicidad era el nexo causal visto de forma súper naturalistas (causa efecto), teniendo además un concepto de conducta vacío (tipicidad sin dolo ni culpa), haciendo imposible la imputación al tipo objetivo, por lo que queda descarta la imputación objetiva en este sistema. Es importante agregar aquí que de nuestra búsqueda logramos notar que en tiempos de vigencia del COIP no existe jurisprudencia relativa al riesgo jurídicamente desaprobado.

1.4 EI CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

El Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) nos introduce – aunque de forma entreverada- al funcionalismo con los conceptos de riesgo desaprobado, rol de garante y puesta en peligro.

Continuado nuestro análisis debemos partir con el Art. 22 del COIP, norma que nos define a la conducta penalmente relevante, diciendo que estas son las acciones u omisiones que ponen en peligro a bien jurídico o que producen un resultado lesivo. Si bien el concepto de delitos de peligro es ajeno al de la imputación objetiva, debemos recordar que los delitos de peligro al ser delitos de mera actividad son perfectamente analizables en la teoría de la imputación objetiva del comportamiento ya que lo que importa al fin y al cabo es la infracción a una norma de cuidado, por lo que aquí es

perfecto aplicable el concepto de riesgo desaprobado. El Art. 23 del COIP (modalidades de conducta) respecto a la omisión nos dice que el no impedir un acontecimiento cuando se tiene una obligación jurídica de impedirlo (evitarlo) equivale a ocasionarlo. Esto nos da luz verde para aplicación del concepto de riesgo desaprobado, pues no nos olvidemos que este depende de normas de cuidado que nos obligan a evitar la acusación de ciertos resultados, por lo que existe una obligación de no hacer implícita en las normas de conducta que al ser desobedecida se convierte en riesgo permitido y conducta penalmente relevante.

La norma más contundente para la introducción del concepto o de los conceptos “riesgo permitido” o “riesgo desaprobado” es sin duda el Art. 28 del COIP. Esta norma nos explica qué es la omisión dolosa, y nos dice que está nos describe un comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico cuando se encuentra en posición de garante. Y agrega que se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal de un bien jurídico y ha provocado o ha incrementado un riesgo que resulte determinante en la afectación de dicho bien jurídico. Vemos como esta normas al hablarnos del “rol de garante” nos ubica en los de Jakobs, particularmente a la teoría de los roles sociales –rol organizacional y rol institucional- figura que depende de normas de conducta específicas o general en determinados ámbitos de organización de la vida en la sociedad aplicable a cada circunstancia en particular. Esto es el primer punto a favor lucido en nuestra legislación a la utilización del concepto de “riesgo desaprobado, fortaleciéndose aún más cuando cierra la idea con que la posición depende de una obligación legal o contractual (jurídica al y al cabo) de evitar ciertos comportamientos.

Por último, debemos incluir el caótico artículo 27 del COIP que nos define al delito imprudente de una forma complicada de entender, pues dice que actúa con culpa quien infringe un deber de cuidado que personalmente le corresponde provocando un resultado lesivo. La observación que debemos hacer es que una conducta no infringe un deber objetivo de cuidado, sino más defrauda un expectativa de conducta contenida en una norma de

cuidado –creación de riesgo desaprobado- y que el deber objetivo de cuidado solo es una categoría teoría para analizar a la conducta imprudente que provoca un resultado lesivo, observando si el agente tenía capacidad de prever y advertir el resultado. Por esto, sostenemos que no se infringe un deber de cuidado, sino una norma conducta que genera un riesgo desaprobado, hecho que nos da luz verde para el análisis de la previsibilidad y advertibilidad del resultado.

Cerramos este capítulo marcando la incertidumbre que causa nuestro COIP respecto al uso de los nuevos conceptos que brinda el paradigma que el legislador intentó tomar, por la falta de claridad de las normas, del legislador y del doctrinario nacional.

CONCLUSIONES

Para dar por cerrado este trabajo de investigación debemos exponer las conclusiones:

1. La doctrina si bien es rica en tanto al análisis de la teoría de la imputación objetiva, es escasa en cuanto al concepto “riesgo permitido”.
2. El riesgo permitido no es más que un concepto normativo, que consiste en la tolerancia del Estado y el Derecho Penal a conductas que pueden generar resultado lesivos, en un matiz que limita a la libertad de actuación humana al ámbito de normas de conducta, que si se infringen, sobrepasan este límite de actuación humana tolerada por el Estado y derecho penal convirtiéndose en riesgo jurídicamente desaprobados.
3. El concepto de riesgo permitido y riesgo desaprobado depende necesariamente de normas de conducta, porque al fin y al cabo lo que se consigue con éste es valor una conducta como aceptada o no por el derecho penal.
4. Por esto, el riesgo permitido debe verse como un concepto autónomo y no dependiente de la imputación objetiva, pues es perfectamente aplicable a los delitos culposos ya que además complementa al concepto “deber objetivo de cuidado”.
5. En el Ecuador no existe un concepto claro ni de imputación ni de riesgo permitido o riesgo desaprobado, por lo que es necesario trabajar en su semántica contextualizada.

6. La precisión conceptual de riesgo desaprobado en el medio ecuatoriano es esencial para la concreción de la seguridad jurídica como derecho fundamental.

REFERENCIA:

Alcocer Huaranga, W. N. (1 de noviembre de 2015). La Teoría de la Imputación Objetiva en la Jurisprudencia peruana. *Derecho y Cambio Social*, 1-55.

Asesinato, 43-2013 (Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia 28 de junio de 2013).

Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo*. (J. Navarro, D. Jiménez, & M. Borrás, Trads.) Barcelona: Paidós.

Dal Dosso, A. D. (Noviembre de 2011). *Teoría de la Imputación Objetiva*. Mendoza, Argentina: Universidad de Mendoza.

Figueroa Navarro, A. (2017). *El delito de marcaje o reglaje: ¿expresión de un derecho penal de riesgo?* Obtenido de Sitio Web de la Unifr: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20131008_01.pdf

Gimbernat Ordeig, E. (2017). *El comportamiento alternativo conforme a derecho* (segunda ed.). (J. C. Faira, Ed.) Montevideo: B de F.

Homicidio inintencional, 53-12 (Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia 27 de junio de 2013).

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.

Kindhäuser, U. (Octubre de 2008). El tipo subjetivo en la construcción del delito. *InDret*, 4(2008), 1-35.

Prado, R., & Mendes, L. (2007). *Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado una Aproximación Crítica a sus Fundamentos*. Lima: Ara Editores.

- Prittwitz, C. (2003). *Ciencias Penales*. Recuperado el 11 de junio de 2017, de <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/13sociedad-del-riesgo-y-derecho-penal.pdf>
- Problemas de imputación imprudente por contagio de VIH, Ts. 2011/4542 (Tribunal Supremo español 6 de junio de 2011).
- Reyes Alvarado, Y. (2013). *Imputación Objetiva*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Reyes Romero, I. (2015). Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva. *Ius et Praxis*, 1(21), 137-170.
- Roca Trias, E. (octubre de 2009). El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. *InDret*, 2009(4), 1-17.
- Romero Flores, B. (2001). La Imputación Objetiva en los delitos imprudentes. *Anales de Derecho*, 2001(19), 259-278.
- Roxin, C. (2014). *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Lima: Grijley.
- Samiento, M. (2015). *La Creación del Riesgo en el delito de homicidio culposo analizado desde la teoría de la imputación objetiva*. (J. Ochoa Andrade, Ed.) Cuenca, Azuay, Ecuador: Universidad del Azuay.
- Transito y Muerte, 286-2012 (Sala Especializada de lo Penal de I Corte Nacional de Justicia 29 de agosto de 2015).
- Vasquez, F. R. (2016). *El punto de inflexión de la imputación objetiva según la interpretación del principio de legalidad material y formal penal en el COIP*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Zambrano Pasquel, A. (2017). *Derecho Penal Parte General*. Guayaquil: Murillo.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Matías Moris, Kevin Lenin**, con C.C: **0927469825** autor del trabajo de titulación: **El Riesgo Jurídicamente desaprobado en el COIP** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **12 de septiembre de 2017**

f. _____

Nombre: **Matías Moris, Kevin Lenin**

C.C: **0927469825**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	El Riesgo Jurídicamente desaprobado en el COIP		
AUTOR(ES)	Kevin Lenin, Matías Moris		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Mónica Rosa Irene, Palencia Núñez		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	12 de septiembre de 2017	No. PÁGINAS:	36
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Penal, Dogmática Penal, imputación objetiva		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	riesgo permitido, riesgo jurídicamente desaprobado, imputación objetiva, deber objetivo de cuidado		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p><i>El riesgo jurídicamente desaprobado</i> es un concepto que nos permite conocer cuándo un comportamiento ha superado los límites del espacio del actuar permitido en el marco del tráfico relacional y, pese a ser principalmente utilizado en la teoría de la imputación objetiva como uno de sus criterios de imputación, consideramos también que debería ser aplicado fuera de ésta, concretamente como concepto complementario al del deber objetivo de cuidado por su relación con el criterio de evitabilidad. La vigencia del Código Orgánico Integral Penal trajo consigo la introducción de este concepto a nuestra legislación, por lo cual es de vital importancia dotar de contenido y alcance al riesgo desaprobado para garantizar la seguridad jurídica y su coherente uso práctico por su utilidad tanto en los delitos activos doloso como culposos como en los omisivos.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-984881719	E-mail: kevinmat93@gmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza Ginette		
	Teléfono +593-994602774		
	E-mail: martiza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			