



UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE
INSTITUTO DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN PENAL

**“EL ADELANTAMIENTO DE LA BARRERA DE PROTECCIÓN DEL
DERECHO PENAL EN EL COIP”**

Proyecto del Trabajo de Titulación previo a la obtención del Título de Magíster en
Derecho Penal

AUTOR: Darwin Renán Erazo Mediavilla

DIRECTOR: Mg. Dr. Fausto Ramiro Vásquez Cevallos

IBARRA - ECUADOR

2022

DEDICATORIA

A mi esposa, a mis hijas, a quienes amo tanto y agradezco por tenerme tanta paciencia, estar a mi lado en todo momento y por darme su amor todos los días, lo que me motiva a cumplir todo lo que me proponga. En fin, a todos los que de alguna manera colaboraron en la realización de este trabajo.

RECONOCIMIENTO

A las personas que directa e indirectamente me han apoyado en el desarrollo de esta investigación, en especial a mis profesores y colegas que con sus conocimientos han sido una guía para la culminación de este trabajo.



UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

AUTORIZACIÓN DE USO Y PUBLICACIÓN A FAVOR DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE

1 IDENTIFICACIÓN DE LA OBRA

En cumplimiento del Art. 144 de la Ley de Educación Superior, hago la entrega del presente trabajo a la Universidad Técnica del Norte para que sea publicado en el Repositorio Digital Institucional, para lo cual pongo a disposición la siguiente información:

DATOS DE CONTACTO			
CÉDULA DE IDENTIDAD:	1003541792		
APELLIDOS Y NOMBRES:	Erazo Mediavilla Darwin Renan		
DIRECCIÓN:	Calle Atahualpa, casa Nro. 689, Otavalo, Imbabura		
EMAIL:	darckerazoabg7@gmail.com		
TELÉFONO FIJO:	x	TELÉFONO MÓVIL:	0997079211

DATOS DE LA OBRA	
TÍTULO:	EL ADELANTAMIENTO DE LA BARRERA DE PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL COIP
AUTOR:	Darwin Renán Erazo Mediavilla
FECHA:	12/11/2021
SOLO PARA TRABAJOS DE GRADO	
PROGRAMA:	PREGRADO <input type="checkbox"/> OSGRADO <input checked="" type="checkbox"/>
TITULO POR EL QUE OPTA:	Magister en Derecho, Mención Derecho Penal
TUTOR:	Dr. Fausto Ramiro Vásquez Cevallos

2 CONSTANCIAS

El autor manifiesta que la obra objeto de la presente autorización es original, y se la desarrolló sin violar derechos de autor de terceros, por lo tanto, la obra es original y que es el titular de los derechos patrimoniales, por lo que asume la responsabilidad sobre el contenido y saldrá en defensa de la Universidad en caso de reclamación por parte de terceros.

Ibarra, a los 25 días del mes de enero del 2022.

EL AUTOR:

Firma

Nombre: Darwin Renán Erazo Mediavilla.



UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE

Resolución No. 001-073 CEAACES-2013-13
INSTITUTO DE POSGRADO

Ibarra, 28 de octubre del 2021

Dra. Lucía Yépez V MSc.
Directora
Instituto de Postgrado

ASUNTO: Conformidad con el documento final

Señora Directora:

Nos permitimos informar a usted que revisado el Trabajo de Grado "EL ADELANTAMIENTO DE LA BARRERA DE PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL COIP" del maestrante DARWIN RENÁN ERAZO MEDIAVILLA, de la Maestría de DERECHO MENCIÓN DERECHO PENAL, certificamos que han sido acogidas y satisfechas todas las observaciones realizadas.

Atentamente,

	Apellidos y Nombres	Firma
Tutor/a	MGS. DR. FAUSTO VASQUEZ CEVALLOS	
Asesor/a	MGS. DR. PAÚL PÉREZ REINA	

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORI II	
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	1
RESUMEN	3
CAPÍTULO I	6
EL PROBLEMA.....	6
1. Problema de investigación.	6
1.2 Objetivos de la investigación.	6
1.2.1 Objetivo General	6
1.2.2. Objetivos Específicos.....	7
1.3 Justificación.....	7
CAPÍTULO II	10
MARCO REFERENCIAL	10
2.1. Antecedentes.....	10
2.2. Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto.....	17
2.3. Marco Teórico.....	31
2.3.1. Bienes Jurídicos.....	31
2.3.2. Según la relación con el Bien Jurídico	38
2.3.3. El Riesgo	40
2.3.4. El Delito Imprudente.....	55
2.4. Marco Legal	67
CAPÍTULO III	87
MARCO METODOLÓGICO	87
3.1. Descripción del área de estudio.	87
3.2. Enfoque y tipo de investigación.....	87
3.3. Procedimiento de investigación.	87
3.3.1 Análisis de Entrevista.....	88

3.3.2 Gráficos	89
CAPÍTULO IV 93	
MARCO ADMINISTRATIVO	93
4.1. Recursos.....	93
Recursos Humanos.....	93
Recursos Materiales.....	93
Financiamiento.....	94
Cronograma de actividades.....	94
CONCLUSIONES:.....	95
RECOMENDACIONES	97
REFERENCIAS	99

RESUMEN

Este trabajo de grado se encuentra desarrollado en cuatro capítulos; en el primer capítulo se realiza un análisis del problema, en este caso, es preciso indicar que el tema se desarrolla en el esquema de las diferentes teorías del derecho penal que reconocen la necesidad de realizar un adelantamiento de la barrera de protección siendo indispensable proteger los bienes colectivos e individuales de las personas, a través de la regulación de las conductas que por sí solas no constituirían delito por ser meramente presuntivas y no concretas de actos punibles. Y haciendo un breve análisis de la legislación penal en el Ecuador para reconocer que el Código Orgánico Integral Penal utiliza el mecanismo de adelantamiento de la barrera de protección de una forma muy breve y no muy clara, regulando delitos que se constituyen en delitos de peligro. Por otro lado, en el capítulo segundo se desarrolla la teoría que sustenta este trabajo, definiendo ideas y utilizando conceptos del derecho penal aplicables al adelantamiento de las barreras protección, es así que se narra lo que son los delitos de peligro abstracto y concreto, analizando la importancia de la protección a los bienes jurídicos colectivos y desarrollando un estudio minucioso de la teoría que se desarrolla en torno al comportamiento social.

En el tercer capítulo desarrolla el marco metodológico siendo importante indicar que esta es un estudio a base de investigación bibliográfica y el enfoque se basa en analizar los mecanismos de aplicación del adelantamiento de la barrera de protección mediante el análisis del derecho penal es así que revisara métodos documentales por lo cual el tipo de investigación es cualitativa. El capítulo cuarto y último se basa en un esquema y planificación administrativa para reconocer que recursos se han invertido en el desarrollo del presente trabajo de grado y cuáles son los pasos a seguir para la conclusión del mismo,

estableciendo un cronograma de actividades y analizando los recursos económicos y humanos a utilizar.

ABSTRACT

This degree work is developed in four chapters; In the first chapter an analysis of the problem is carried out, in this case, it is necessary to indicate that the subject is developed in the scheme of the different theories of criminal law that recognize the need to advance the protection barrier, being essential to protect the collective and individual property of the people, through the regulation of behaviors that by themselves would not constitute a crime because they are merely presumptive and not specific of punishable acts. And doing a brief analysis of the criminal legislation in Ecuador to recognize that the Comprehensive Organic Code uses the mechanism for advancing the protection barrier in a very brief and not very clear way, regulating crimes that constitute dangerous crimes. On the other hand, in the second chapter the theory that supports this work is developed, defining ideas and using concepts of criminal law applicable to the advancement of protection barriers, this is how it narrates what are the crimes of abstract and concrete danger, analyzing the importance of protecting collective legal assets and developing a detailed study of the theory that develops around social behavior.

In the third chapter, he develops the methodological framework, it being important to indicate that this is a study based on bibliographic research and the approach is based on analyzing the mechanisms of application of the advancement of the protection barrier through the analysis of criminal law. documentaries for which the type of research is qualitative. The fourth and last chapter is based on an administrative scheme and planning to recognize what resources have been invested in the development of this degree work and results are the steps to follow for its conclusion, establishing a schedule of activities and analyzing the resources economic and human to use.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1. Problema de investigación.

En los delitos de peligro o delitos imprudentes simplemente con la posibilidad de afectar al bien jurídico se torna una conducta penalmente relevante, no hace falta que después se configure o no la afectación, con lo cual existe un adelantamiento de las barreras de protección a una etapa previa al daño que se pueda producir, sin embargo el tratar de entender el alcance del poder de un estado hasta crear una barrera absoluta que proteja todo el bien jurídico universal de una sociedad, parecería un pensamiento utópico, que el legislador trata de consolidar en solo cuerpo normativo, en el caso del Ecuador el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) al consolidar su parte adjetiva y sustantiva no define mecanismos puramente exactos y eficaces para hacer cumplir dichas barreras de protección que mucho tienen que ver con la conducta social que en Latino América se caracteriza por ser rebelde ante la imposición del poder del estado.

1.2 Objetivos de la investigación.

1.2.1 Objetivo General

Analizar en qué medida la estadística mantiene una certeza o certidumbre de la afectación al bien jurídico, para no generar una rémora en el tráfico de contacto social.

1.2.2. Objetivos Específicos

- Describir el adelantamiento de la barrera de protección del Derecho Penal en el COIP.
- Investigar en qué casos se aplica el adelantamiento de la barrera de protección del Derecho Penal en el COIP.
- Definir los mecanismos de aplicación del adelantamiento de la barrera de protección del Derecho Penal en el COIP.

1.3 Justificación.

El presente trabajo de investigación se basa en la problemática de la aplicación del adelantamiento de las barreras de protección del Derecho Penal en el COIP, puesto que, el estado pretende aplicar su poder punitivo antes de estar convencido si existe o no violación al bien jurídico, es decir el legislador se pone en contra del autor antes que el acto ocurra, por cuanto el adelantamiento de la punibilidad con antelación supone la protección de bienes jurídicos antes de ser lesionados, como por ejemplo: en los delitos de peligro o imprudentes, ya que vivimos en una sociedad de riesgo en la cual se pone en peligro únicamente con la creación de un riesgo y es desde ahí que el Estado a través del Derecho Penal debe intervenir para frenar la criminalidad que amenaza al ciudadano. En el Ecuador, en el momento de la intervención de la administración de justicia en un caso en concreto solo se considera juzgar el resultado, es decir un derecho penal de autor y no de acto, sin analizar las infracciones cometidas con anterioridad con las cuales ya se lesionó bienes jurídicos y que forman parte del “itercriminis” o del llamado “curso causal”, aún en las diligencias y pericias practicadas en los diferentes casos, no contemplan estas consideraciones con la finalidad de llegar al

esclarecimiento del hecho fáctico y si el mismo se adecua plenamente a la norma descrita en el catálogo penal, es decir en el supuesto de hecho y sus elementos, para que al final pueda ser considerado un delito el cual haya superado todas las categorías dogmáticas para finalmente imponer la consecuencia jurídica. Es por ello que el derecho penal se ha expandido convirtiéndose en el instrumento de cambio de la sociedad, en el cual la política criminal juega un importante papel. Por lo expuesto que, en el presente trabajo investigativo se analizará posiciones dogmáticas, así como también la política criminal, utilización de los delitos de peligro o imprudentes. Al respecto del adelantamiento Diez Ripollés (2005), menciona que: En la actualidad el adelantamiento de la intervención penal es una de las características del nuevo Derecho Penal creado por una política criminal orientada a hacer frente a las necesidades de control social creadas por la sociedad del riesgo y sus conflictos. Expone con claridad estas características: predominio de las estructuras típicas de simple actividad (delitos de peligro o de lesión ideal); anticipación del momento en que se interviene penalmente (ilícitos administrativos y civiles, generalización del castigo de la preparación), modificaciones en el sistema de imputación penal (interpretación laxa de la lesividad real o potencial de ciertos comportamientos; neutralización de las diferencias entre autoría y participación, tentativa y consumación); se reduce el conjunto de garantías procesales y penales (Citado en OSORIO, 2016, pg.12).

El adelantamiento de la barrera de protección del Derecho Penal es por ende un instrumento de control en las nuevas sociedades ya que supone la protección de bienes jurídicos con la simple puesta en riesgo de los mismos.

Ante nuevas modalidades de vulneraciones de bienes jurídicos tutelados, se debe repeler las mismas con una reacción estatal a través del Derecho Penal, el cual debe anticiparse a la lesión del bien jurídico, por lo menos de los de mayor valor, cuanto más

pueda anticiparse mayor será la protección de estos bienes jurídicos, cuando esto ocurra, se estaría hablando de un adecuado Derecho Penal que detiene la puesta en riesgo o la evolución de peligros en una fase muy temprana. Es por esto que el adelantamiento responde a una necesidad de combate que es real y constatable. Es exigencia máxima la acreditación plena del estatus de enemistad para echar a andar el mecanismo punitivo anticipadamente, técnica que no es utilizada en los procesos penales que son foco de peligro por parte de todos los que conforman la administración de justicia, en todas las etapas del proceso, como es: la fiscalía, el personal del sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses y por parte de los juzgadores al momento de la valoración de la prueba y su concomitante resolución.

La presente investigación aportará a los estudiantes de la UTN a tener un elemento de estudio y análisis del tema planteado.

La línea de investigación del presente proyecto se aplica al desarrollo social y de comportamiento humano.

CAPÍTULO II

MARCO REFERENCIAL

2.1. Antecedentes

El adelantamiento de la barrera de protección del Derecho es creado como una técnica legislativa mediante la cual de forma a priori se crea la necesidad de entregar a la sociedad una sensación de seguridad tipificando o sancionando en la norma actos que normalmente no se consideraría por sí solos delito, pero que, la sociedad moderna se ha visto en la necesidad de catalogarlos e incorporarlos en la legislación como actos punibles o que merecen una sanción por su peligrosidad y por la idea hipotética que a través de esos actos se podría en el futuro afectar de alguna forma a un bien jurídico del individuo o del colectivo. Es de esta forma que en las legislaciones modernas y específicamente en los instrumentos normativos de Derecho Penal se puede encontrar ciertas descripciones penales que pretenden catalogar un acto como ilícito en un estado muy anterior, sin que aun si quiera se produjere la lesión al bien jurídico tutelado.

Para los años 70, se introduce esta corriente que dio la pauta hacia una nueva era del Derecho Penal, muy discrepante con la doctrina liberal. La incriminación en una fase anterior a producirse una lesión al bien jurídico surge a partir del interés del legislador por recoger momentos de la conducta ciertamente criminal, que preparen, aunque de forma muy poco precisa y anticipada la ejecución de otra u otras conductas criminales, y es así que, el interés se centra en un ámbito de tutela.

El jurista Puig, indica: “La introducción de la perspectiva político-criminal en el Derecho Penal es una de las principales consecuencias de la evolución de las bases político-ideológicas del sistema dogmático. El progreso científico-tecnológico ha aproximado el

Derecho Penal a la realidad, lo que ha permitido tomar conciencia de la necesidad de que la consecuencia dogmática solucione la cuestión material de acuerdo con valoraciones político criminales”. (Puig, 1976, pág. 324)

En el constante proceso de modernización de la sociedad y por ende en el incesante avance del Derecho Penal que procura hacer un acercamiento a la realidad social a través de las constantes y recurrentes reformas y actualizaciones de la norma jurídica se ha creado un fenómeno de proliferación de los llamados delitos de peligro abstracto en el Código Penal. Esta figura del delito de peligro no es una novedad, puesto que los sistemas penales, centrados en los delitos de lesión que sancionan a través de la tentativa, ya tenían presente esta clase de delitos. Algunos juristas como Zaffaroni, no admite como constitucionales los delitos de peligro abstracto, analizando que ante el caso de tentativa se estaría ante un delito de peligro, totalmente alejado de la efectiva lesión al bien jurídico y por ende en contra posición del principio de lesividad mediante el cual se entiende que no se puede tipificar conductas que no lesionen o afecten a un bien jurídico, ya sea a través de una lesión específica o de una puesta en peligro del mismo.

Para mediados del siglo XX se configura un cambio de idea por medio de la cual se deja de exigir en determinados casos el dolo respecto a una eventual lesión del bien. Esto obliga a plantearse un modelo que permita la anticipación de las fronteras de protección penal a través de la tipificación de un nuevo catálogo de delitos. En estos últimos años, se ha dedicado un singular estudio al peligro abstracto como técnica legislativa y es así que se defienden tesis doctrinales y jurisprudenciales que desarrollan varios factores, entre los que cabe destacar, no sólo la imparable fuerza con la que se ha divulgado, sino también que constituyen una técnica de tipificación plenamente consolidada desde la óptica del derecho penal positivo. Vid. (Bages Santacana, pág. 10)

Las objeciones dogmáticas y político-criminales han surgido históricamente en contra de los delitos de peligro abstracto, por cuanto a través de éstos se ha permitido criminalizar hechos que por sí solos son carentes de peligrosidad, al haberse llegado a la convicción de que pueden co-existir comportamientos coincidentes con la descripción típica y que analizados de forma independiente no afectarían al bien jurídico protegido, pero en un conjunto de actos y en una situación específica pueden ser el instrumento para el menoscabo de los bienes tutelados en la Constitución y protegidos por el Derecho Penal. En tal virtud, hay quienes denuncian la falta de legitimidad de los delitos de peligro abstracto debido a la falta de lesividad o peligrosidad de las conductas incluidas en el tipo, al poner al descubierto el problema de la no coincidencia entre la infracción formal del precepto y la vulneración del fin de protección de la norma, si se considera que éste ha de ser la protección de bienes jurídicos frente a conductas que sean capaces de crear un peligro señaladamente intenso para los mismos.

El origen de la discusión esbozada se sitúa en Alemania, dónde el tema de la expansión de la responsabilidad penal desde hace tiempo se relaciona con una determinada teoría de los tipos de delito, en concreto con la teoría de los delitos de peligro abstracto. Ello ha llevado incluso a proponer modificaciones en la tradicional clasificación tripartita entre delitos lesión, de peligro concreto y de peligro abstracto. Se habla, p.ej., de “delitos de aptitud” para referirse a lo que se considera una forma mixta de “delitos de peligro abstracto-concreto”, cuya nota principal sería que no exigen la creación de un peligro concreto, al bastar con que la conducta muestre un incremento del riesgo de lesión respecto de la conducta atípica. Se habla también de delitos de acumulación para designar aquellos tipos en los que inadecuación de la conducta para lesionar el bien jurídico no es la excepción, sino la regla, en cuyo caso la conducta ni siquiera abstractamente sería peligrosa. En este sentido, tanto los llamados delitos de aptitud como los delitos de acumulación serían delitos de peligro abstracto según la configuración que de éstos se propondrá, lo que no prejuzga la respuesta que se dé a la cuestión de la legitimidad de algunas de estas formas delictivas. Procede avanzar ahora, por un lado, que la categoría de los delitos de peligro abstracto no se define de forma puramente negativa, en el sentido de agrupar en ésta aquellos delitos que no exigen ni la lesión ni la puesta en peligro concreta del bien jurídico. Esta definición resultaría totalmente inútil, al renunciarse con ella al establecimiento de límites para la categoría de los delitos

de peligro abstracto, con la consiguiente privación de toda función crítica a esta tipología delictiva. Y, por otro lado, estimo que no pueden existir delitos sin bien jurídico, como “delitos de conducta”, ni delitos que protejan pretendidas necesidades colectivas elementales sin un referente individual claro. Subyace a todo ello la discusión acerca de por qué el Derecho Penal sólo debe proteger bienes jurídicos, la cual se ha visto reforzada en los últimos tiempos con la inclusión del debate anglosajón acerca del principio del daño (“harm principle”), cuyo contenido, pese a ser similar al del principio del bien jurídico, se considera que amplía las posibilidades de fundamentación del Derecho Penal. Tal ha sido el vigor del debate acerca de los delitos de peligro abstracto, que algunas corrientes doctrinales han renunciado a seguir sosteniendo la aspiración de clasificar todos los delitos en una categoría concreta, al admitir la posibilidad de construir un catálogo casi infinito de categorías mixtas, como la de “delitos de aptitud y de acumulación” o de “delitos de peligro abstracto en sentido clásico con componentes de aptitud”. Con todo, la introducción de una lista ilimitada de categorías intermedias debe rechazarse porque con ella se pierde la manejabilidad y la propia capacidad de convicción del peligro abstracto como técnica de incriminación. En efecto, de poder alcanzar las categorías vinculadas al peligro un número tan alto, lo apropiado sería replantearse justamente la posibilidad de implantación de una clasificación jurídica. (KUHLEN, 2012, pág. 225)

El concepto de “Peligrosidad” tiene su origen en el constructo elaborado por Garófalo y Lombroso, mediante el cual se hacía referencia al estado en que se sustenta las características y atributos personales del sujeto que justifican el riesgo de futuros comportamientos violentos. “En su significado original, la peligrosidad hacía referencia a la degradación constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que hay que temer por parte del mismo” (Garrido, V; Illescas, S; y STANGELAND, P, 2006, pág. S/N)

La peligrosidad, para el positivismo criminológico, era una peculiaridad biológica de la personalidad del sujeto activo del delito catalogado como: delincuente, y por ende, inamovible, constante y permanente. No había modo de que el sujeto dejara de ser peligroso, ya que al ser parte de su biología no podía cambiar dicha condición. Con el avanzar del tiempo esta teoría científica ha ido considerando otros conceptos valorados dentro de la tesis de peligrosidad pues ya no era suficiente indicar que la fisonomía de una persona determinaba o media su grado de peligrosidad; es así que, se empieza a evaluar otros

indicadores como son: indicadores médicos, individuo presente alguna enfermedad mental; indicadores psicológicos: ciertas características de la personalidad que hacen que una persona sea más violenta y que configure cierto comportamiento con tendencia criminal; indicadores sociales: las redes sociales que pueden ser las generadoras de conducta criminal; y finalmente el indicador legal: que es la valoración del daño causado, este es el único indicador que tiene que ver con el acto en sí mismo, con el hecho criminal y no con la persona. Se toma en cuenta esta fuente teórica por cuanto al parecer la aparición de los delitos de peligro tienen su principio en el derecho penal de autor, con el cual se examinan ciertas características del sujeto para configurar una tipología penal que no tiene sustento concreto y que pretende anticipar la protección de un bien jurídico posiblemente afectado por el comportamiento del individuo. Pero en contra posición de la teoría de peligro aparece la sociedad del riesgo, que, pese a que parecen ser lo mismo, desde sus definiciones son completamente discrepantes la una de la otra, pues peligro vendría siendo la consecuencia de una intervención humana activa, la responsable de la amenaza y por otra parte el riesgo se considera aquella coyuntura fortuita que se produce sin la intervención del hombre.

A partir del creciente desarrollo de las sociedades post-industriales con el creciente progreso tecnológico, sistema de producción y consumo adquieren una fuerza incontrolable que amenazan de forma masiva a los ciudadanos proporcionando la aparición de nuevos riesgos, los mismo que determinan un cambio de época de una sociedad industrial a una sociedad de riesgo, misma que desarrolla una búsqueda inminente de seguridad, misma que se esgrime alrededor de la figura de la libertad y la seguridad. Esta sociedad del riesgo se consolida con los siguientes elementos: a) Un cambio importante de los peligros actuales en relación con las otras épocas es que los peligros que hoy vive la sociedad son producidos por la actividad del ser humano y vinculados a una decisión de éste, pero que por esto no son

menores o insignificantes frente a los de otras épocas sino más bien se consideran como una gran amenaza que perjudican a un número indeterminado y potencialmente enorme de personas e incluso amenazan la existencia de la humanidad como tal; b) la sociedad del riesgo se ha visto en la complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad. El considerable incremento de las interconexiones causales y su desconocimiento o las dificultades en su aclaración junto con la creciente sustitución de contextos de acción individuales por otros de carácter colectivo, determina que la responsabilidad se ramifique cada vez más a través de procesos en los que contribuyen muchas personas, a veces integrados en un sistema de división del trabajo, pero otras sin relación entre ellos; así se suele hablar de una irresponsabilidad organizada; c) El tercero de los elementos tiene la condición de recrear una sensación de inseguridad subjetiva que incluso puede existir independientemente de la presencia de peligros reales. La demanda específicamente normativa de seguridad busca no sólo la protección objetiva frente a riesgos y peligros, sino la posibilidad de afirmar además a través de esa protección la confianza en la norma de modo que, precisamente, en base a tal convencimiento, sea posible considerarse libre de temores. Lo dicho, nos lleva de manera vertiginosa a una demanda de seguridad siempre en ascenso. Vid. (Omar Lucas, 2017, pág. 16)

El binomio riesgo-inseguridad y, por tanto, la aversión al riesgo con la consiguiente aspiración a la seguridad, hace que los individuos reclamen de manera creciente del Estado la prevención frente al riesgo. La seguridad se convierte en un motivo dominante de la ordenación de la vida social. El punto en cuestión, se traduce, cuando el destinatario de todas las exigencias de seguridad por parte de los componentes sociales es el propio el Derecho penal, el cual, junto con el derecho formal, se ven forzados en un continuo proceso de expansión destinado al control de nuevos peligros. Justamente, asumir ese rol, decanta estar en presencia de un Estado de prevención o Estado preventivo, abriendo fisuras en aspectos garantistas del Derecho penal. Como consecuencia de lo hasta aquí expuesto, decimos que esa demanda de protección en ocasiones masiva, se canaliza, por tanto, a través de la ampliación del Derecho penal, sin constatar en debida forma si las respuestas obedecen a los principios de necesidad; si es adecuada para conseguir las soluciones más idóneas y eficaces

a los problemas planteados y si es una respuesta que se mantiene dentro de los límites de una intervención legítima del Derecho penal. Parece ser que en esta sociedad de riesgo se ve seriamente comprometida la posibilidad de continuar garantizando la seguridad colectiva. Los individuos demandan del Estado una protección dinámica de los derechos fundamentales. Así, el Estado se ve en la tesitura de convertirse en previsor, lo que exige de él tareas de anticipación y control de cursos futuros inciertos en su acaecimiento y dañosidad. La sociedad actual, es una sociedad de enorme complejidad en la que la interacción individual ha alcanzado niveles hasta ahora desconocidos. Sin embargo, la profunda interrelación de las esferas de organización individual incrementa la posibilidad de que algunos de esos contactos sociales redunden en la producción de consecuencias lesivas. Dado que, por lo demás, dichos resultados se producen en muchos casos a largo plazo y, de todos modos, en un contexto general de incertidumbre sobre la relación causa-efecto, los delitos de resultado de lesión se muestran crecientemente insatisfactorios como técnica de abordaje del problema. De ahí el recurso cada vez más asentado a los tipos de peligro, así como a su configuración cada vez más abstracta o formalista. Por ello, esta “sociedad del riesgo” o “de la inseguridad”, conduce, inexorablemente a un Estado vigilante o de prevención. En este contexto policial- preventivo, la barrera de intervención del Estado en las esferas jurídicas de los ciudadanos se adelanta de modo sustancial. (Omar Lucas, 2017, pág. 17)

El avance del Derecho Penal a un derecho menos rígido alejado de todas sus estructuras de garantías individuales del derecho penal liberal, tiene fundamento en las siguientes ideas; a) El Derecho penal debe ser considerado como un instrumento necesario para la prevención de los riesgos de la sociedad moderna a pesar de que ello pueda representar la flexibilización de los criterios de imputación y las garantías político-criminales del individuo. c) El Derecho Penal moderno debe estar abierto a la protección de la sociedad de riesgos de la sociedad postindustrial, sin que ello tenga porqué traer consigo, necesariamente, menoscabo de rigor dogmático o garantista alguno. d) Este fundamento se enmarca en la causa-consecuencia, toda vez que por las especiales características de la actual sociedad postindustrial provoca la aparición de nuevas formas de delincuencia que conducen, a su vez, a una ampliación o expansión del Derecho penal. Vid. (Gomez Martin, pág. 78)

La idea corriente que marca el punto de partida hacia el adelantamiento de las barreras de protección en el Derecho Penal, justamente que en las sociedades postmodernas con el avance científico y social puede hablarse de un mayor control de los riesgos y las amenazas, pero aquello no quita la sensación de inseguridad, la misma que se ha visto incrementada. Cuando se habla de sociedad de riesgo se hace alusión a la sensación colectiva de una aversión a lo que no se puede controlar y la tendencia a eliminarlo. Es tanto como un interés generalizado de controlar toda amenaza de riesgo, adelantarse al daño. Se ha diseminado toda una cultura de la prevención. En este tiempo la sociedad ha decidido no padecer los riesgos conocidos sino más bien evitarlos.

2.2. Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto

En la doctrina penal de forma tradicional ha existido una especial atención a la protección de los bienes jurídicos, cuya lesión afecta a cada ser humano de forma individual, pero a partir del siglo XX, con el reconocimiento en las Constituciones de los derechos de tercera generación, se ha implementado la tutela de otras figuras delictivas en defensa de la supraindividualidad, lo cual permite suponer la aceptación por parte de la dogmática, de la norma fundamental como un criterio de referencia para legitimar su protección. Con base en esta reflexión, debe entenderse que en ella sea donde primero se reconozcan los bienes jurídicos que, más adelante serán protegidos por el Derecho Penal y otras ramas jurídicas, Así lo indica, (Urquiza, 1998):

La Constitución cumple una función programática que incidirá en el Derecho Penal y en lo específico en la configuración del bien jurídico (...) las normas constitucionales orientan el ordenamiento jurídico-penal (...) La función promotora de la Constitución no debe ser entendida como defensa del status o de un sistema social determinado. Por el contrario, el contenido de las normas constitucionales, que recogen principios generales, valores y aspiraciones se convertirán en instrumento a ser utilizado en la conformación de nuevos bienes jurídicos o en la exclusión de bienes jurídicos. (pág. 2).

ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR afirman que:

“El bien jurídico es creado (lo cual equivale a decir que el interés vital es reconocido) por el Derecho constitucional y el Derecho Internacional (...) la legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que éstos son creados por la Constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación. (...) La ley penal sólo eventualmente individualiza alguna acción que lo afecta de cierto modo particular, pero nunca puede brindarle una tutela amplia o plena, dada su naturaleza fragmentaria y excepcional.” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002, pág. 98)

El derecho penal tiene relevancia desde la perspectiva de protección de los bienes jurídicos previamente reconocidos por los instrumentos internacionales y constitucionales que garantizan los derechos humanos. Welzel, nos da un concepto de lo que se debe entender por bienes jurídicos, señalando que son “bienes vitales de la comunidad o del individuo que por su significación social son protegidos jurídicamente “. Por otro lado, Roxin, los define como: “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”. A partir de aquello la protección de bienes jurídicos por el Derecho Penal requiere unos mínimos lineamientos que deben ser considerados y estudiados, pues su protección no es una idea que llega por casualidad o al azar, sino que requiere de estos mínimos de selección, para asegurar que los bienes que están siendo tutelados o protegidos por la norma penal sean realmente los que merecen ser salvaguardados. En este sentido, tiene asidero la idea de Ferrajoli quien indica: que la selección de los bienes jurídicos debe partir de cuatro criterios político-criminales que nacen de la importancia que las sociedades modernas tienen respecto de los bienes colectivos o supraindividuales como el medio ambiente, la seguridad social y económica.

Ferrajoli, refiere que dicha selección debe partir de cuatro criterios político-criminales: En primer orden, el bien jurídico debe ser de una importancia tal que merezca la protección penal; es decir, debe justificarse la prohibición sólo cuando se dirige a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y, en todo caso, externos al derecho mismo, entendiendo por

ataque no sólo el daño causado, sino también —por ser inherente a la finalidad preventiva del Derecho Penal— el peligro que se ha corrido. Un segundo aspecto es que la lesión que se causa —por medio de la pena— debe ser proporcional a la lesión o a la puesta en peligro. Este criterio es, naturalmente, genérico e indeterminado, pero puede completarse afirmando que ningún bien justifica una protección penal —en lugar de una civil o administrativa— si su valor no es mayor que el de los bienes de que priva la pena. Como tercer criterio, la manera de redactar los tipos penales es importante para que la protección sea adecuada, de tal forma que se excluyan todas las conductas que son permisibles y que se incluyan todas las conductas que resulta necesario sancionar en sede penal. En cuarto lugar, y en virtud de lo extremo de la reacción estatal de castigar, ésta debe ser la última alternativa —última ratio— para hacerle frente a las conductas lesivas de bienes jurídicos. Ferrajoli (2000) p.447.

El modelo de Estado social y democrático de Derecho es el que sostiene el fundamento de bienes jurídicos colectivos, por cuanto las modernas sociedades plantean nuevas necesidades sociales derivadas de la expansión tecnológica a partir de la revolución industrial, técnica y científica, mismas que demandan la satisfacción de dichas necesidades tanto individuales como colectivas y por ende son el detonante para que las sociedades exijan una eficaz protección jurídica que permita enfrentar los riesgos de la modernidad. Esta es una de las razones que justifican la intervención del Estado de forma activa que promueva la atención de las necesidades superando cualquier brecha económica y social. Desde esta idea Bustos Ramírez, expone: “Los bienes jurídicos colectivos hay que definirlos a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social” (Bustos Ramírez, 1987, pág. 190). La antítesis de los bienes jurídicos es presentada por Hassemer, Padovani y Terradillo, quienes indican que todo bien jurídico debe fundamentarse en una realidad individual para que sea garantista, de este modo los bienes jurídicos colectivos carecen de autonomía funcional y por ende esta idea siembra la inquietud de su el bien jurídico, como creación del estado liberal, es capaz de solventar materialmente una visión social y no individualista del ilícito penal. Por otra parte, Hassemer no niega la existencia de

los bienes jurídicos colectivos, pero les da cierta funcionalidad desde el individuo, pero indica que a su vez estos deben cumplir con la condición de brindar la posibilidad de servir a los intereses del ser humano. En tal sentido, dicho autor rechaza explícitamente que, por ejemplo, se pueda proteger el ambiente natural por sí mismo, sino como medio para satisfacer las necesidades de salud y vida del ser humano. Vid. (Dino Carlos, pág. 199)

Para Padovani los bienes colectivos no son bienes jurídicos propiamente, sino simples “metáforas conceptuales que designan el ámbito particular donde se percibe y se individualiza un conflicto de intereses, y las modalidades normativas establecidas para resolverlo o ponderarlo”³⁸. De este modo, por ejemplo, la referencia al ambiente natural lo es a situaciones instrumentales consideradas fundamentales para la salvaguarda de los intereses puestos en peligro en un determinado contexto existencial como el proporcionado por el ecosistema, aunque es innegable que dichas situaciones instrumentales están ligadas a bienes jurídicos aceptados pacíficamente, pero respecto de los cuales la tutela es insuficiente e inadecuada³⁹. También en el plano crítico, y retomando los argumentos de Padovani, Terradillos Basoco que señalan la innecesidad de que los bienes jurídicos colectivos, en tanto condiciones instrumentales, sean dotados de sustantividad propia y autonomía, de forma que sus ataques revistan la forma de delitos de lesión. Considera que no es posible construir el concepto de bien colectivo sin que en él se identifiquen bienes individuales, pues dicho concepto constituye un marco de referencia o un conjunto de condiciones que garantizan la viabilidad de éstos. Consecuentemente, el autor sostiene la conveniencia de reducir al máximo los casos en que tales marcos abstractos se eleven a la categoría de bien jurídico colectivo, por razones de certeza y lesividad en la definición de los objetos de ataque tan difusos, que difícilmente podrían ser abarcados por el dolo, y, además, para evitar procesos de sobre- criminalización sustentados en bienes jurídicos ficticios y que dejan sin contenido la anti-juricidad material. Por ello, Terradillos concluye apuntando a la necesidad de proteger sólo los bienes jurídicos individuales que «se esconden tras los colectivos», los cuales les dan contenido recurriendo a los tipos de peligro. Fuera de estos casos, deberá recurrirse al empleo de sanciones administrativas. Ahora bien, pese a la importancia de los aportes antes reseñados, que reivindican las garantías inherentes al carácter personalista del bien jurídico penal, considero que éstos conducen a resultados políticos criminales reñidos con las necesidades de protección penal de los propios bienes jurídicos individuales. En efecto, al exigirse que en todo bien jurídico colectivo se reconozca una realidad individual, se corre el riesgo de retrasar la intervención punitiva, pues al sancionarse sólo las conductas que vulneran, por ejemplo, la vida humana, la salud o el patrimonio, entonces el Derecho Penal es concebido como un instrumento impotente desde el punto de vista preventivo al permitir que tales riesgos, quizás evitables mediante la protección autónoma de los bienes

colectivos, se realicen en resultados peligrosos o lesivos, en cuyo caso la pena no cumple ninguna función utilitaria reconocible y se limita a la mera retribución por el hecho. Si a ello se añade que aún se desconocen científicamente la mayoría de relaciones causa-efecto entre tales riesgos, es evidente que la eficacia de la norma penal queda muy limitada. (Dino Carlos, pág. 200).

Es relevante precisar la autonomía de los bienes jurídicos colectivos en relación con los individuales, lo que implica un vínculo entre ambas realidades normativas, así nos dice (Bustos Ramírez), los colectivos son bienes que inciden en el funcionamiento del sistema y por ende se encuentran al servicio de bienes micro-sociales como la vida humana o la salud, razón por la cual son jerárquicamente inferiores y precisan de una tutela penal menos intensa, pero a la vez autónoma de cara a la eficacia penal sostenida en fines preventivos y de protección de bienes jurídicos, pues sólo si se acepta que los bienes jurídicos colectivos poseen sustantividad propia puede concluirse que la titularidad de los mismos es colectiva (Bustos Ramírez, pág. 197)

Los bienes jurídicos colectivos son considerados complementarios de los bienes jurídicos individuales, es de esta forma, la tutela de los mismos sólo se justifica cuando se lo hace de forma autónoma y adelantada la protección de éstos últimos, adelantamiento que se basa, en el ámbito del merecimiento de pena, por el grado de daño producido en la sociedad. Dicho carácter complementario no implica que los delitos que se configuren para proteger bienes jurídicos colectivos se puedan oponer a los bienes jurídicos individuales complementados. Con esta idea, no hay necesidad de recurrir a la tipificación contraria al principio de lesividad.

La necesidad de instrumentar delitos abstractos de peligro ha cobrado gran relevancia en la actualidad en el terreno del Derecho Penal económico, de forma que un sector los considera esenciales en el marco de una política criminal con pretensiones de validez, para lo cual se ha sostenido últimamente que estos ilícitos no son ajenos al principio de lesividad, pues siempre afectan la seguridad en el uso de los bienes. Por contra, otro sector entiende que debe primar el respeto a los principios esenciales como el de lesividad o determinación, de modo que sólo es posible recurrir a los tipos de lesión y peligro real o concreto.

A su vez, otra línea doctrinal considera que los principios básicos del Derecho Penal y las necesidades de eficacia, pueden salvaguardarse si se utilizan técnicas que contemplan como base mínima para la tipicidad la realización de un comportamiento ex-ante peligroso, y a las que se denomina delitos de peligro abstracto. Sin embargo, debe reconocerse las mayores dificultades que plantea la concreción y estructuración de los tipos penales que protegen bienes jurídicos colectivos, frente a lo cual debe recurrirse a los criterios de merecimiento y necesidad de pena, pero teniendo presente además que generalmente se halla ante relaciones de conflictividad entre múltiples intereses, de modo tal que la protección a instrumentarse no puede ser absoluta o pretenderse en términos de intangibilidad, sino más bien como producto de la ponderación de dichos intereses. Por ejemplo, en la protección del entorno natural, como señala Heine, existe en la mente del legislador un conflicto “entre los intereses particulares y sociales en la conservación de un medio ambiente puro, por un lado, y el derecho a la libertad de empresa del contaminador, junto a intereses públicos de desarrollo tecnológico e industrial. Es así que, la ponderación de los conflictos sociales en relación a los bienes jurídicos individuales se efectúa en muchas ocasiones a través de las causas de justificación, sin embargo, en relación a los colectivos, se efectúa principalmente al definir el bien jurídico y al estructurar el tipo penal. (Dino Carlos, pág. 204).

Dada la enorme influencia del pensamiento utilitario (costo/beneficio) inherente a la lógica de los modelos económicos de mercado que imperan, de forma que la sociedad admite convivir con determinadas fuentes de peligro por los importantes beneficios que reportan. Dicho de otro modo, “puesto que es imposible eliminar de raíz la amenaza de todo peligro para los bienes jurídico-penalmente protegidos, el Ordenamiento jurídico -concretamente aquí, su sector penal- autoriza, no castigar, a las personas a realizar algunos de ellos, por su

utilidad, a pesar incluso de que en algunos casos puedan llegar a lesionar efectivamente dichos bienes jurídicos.

En tal medida, cobra relevancia penal la institución del riesgo permitido, sobre la cual se discute aún su concepto, contenido, funciones y autonomía sistemática, pero existe cierta unanimidad en reconocer su rendimiento en la resolución de casos en donde la autorización general de la conducta peligrosa o lesiva para el bien se deriva de considerar el concurso de otros intereses, merecedores también de tutela, limitándose así dicha protección, en función de la ponderación de todos los intereses concurrentes. Ahora bien, cuando los bienes colectivos constituyen entidades macro- sociales, entonces su efectiva lesión o puesta en concreto peligro no puede lograrse muchas veces a través de una mera conducta individual, sino mediante la reiteración generalizada de comportamientos que violan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento. Los bienes jurídicos colectivos tienen autonomía frente a los individuales y su titularidad pertenece a toda la ciudadanía por igual. Éstos son complementarios de los bienes individuales en la medida que constituyen condiciones esenciales para su adecuado funcionamiento. Por ello, la reacción penal frente a las ofensas que sufren los bienes colectivos debe ser menor a la conminada respecto de los individuales. La determinación del contenido y límites de los bienes jurídicos colectivos debe ser producto de una ponderación racional de diversos intereses legítimos. La tutela de dichos bienes debe operar en relación a su propio contenido, sin necesidad de referencias implícitas o explícitas a los bienes individuales, y recurriendo sólo a tipos de lesión o de peligro concreto.

Una de las teorías clásicas en el tratamiento de la punición de los delitos de peligro abstracto, en absoluto superada aunque no sea la más extendida en la actualidad, es la llamada teoría de la presunción del peligro. A pesar de las diferencias nominales y de fundamentación, las conclusiones a las que llega esta teoría no son muy distintas de la mayoritaria teoría de la peligrosidad

general, con la que: se procede a una justificación de la punición del comportamiento basada en una consideración general y no particular del hecho que finalmente se imputa. En esta teoría esto opera a través de una presunción de carácter general, llevada a cabo por el legislador, de que el comportamiento coincidente con el tipo implica la producción de un peligro o al menos la peligrosidad de la propia acción típica. Según la versión tradicional de esta teoría, la presunción legal sería *iuris et de iure*, puesto que no se admitiría prueba alguna en el sentido de que no hubo peligro en el caso concreto; sólo posteriormente, como propuesta limitadora de tal regla sin excepción, se ha sostenido el carácter *iuris tantum* de la presunción, rebatible en el proceso. La tesis más extendida sobre la fundamentación del castigo de los delitos de peligro abstracto es la denominada teoría de la peligrosidad general o peligrosidad en la que el legislador, parte de la idea de que al formular estos preceptos y tomar como base la peligrosidad típica o general de cierta clase de conductas, no incluye en la formulación típica la característica del peligro ni como resultado ni como elemento integrante de la acción típica a comprobar por el Juez. Con ello, y este es el paso decisivo en esta teoría, la relevancia general para la lesión se eleva, a razón o motivo de la prohibición, sino que más allá, alegando que el dato de la peligrosidad de la acción no está incluido expresamente en el tipo, se abre paso a la consideración de que la tipicidad y el propio injusto del hecho van únicamente anudados a la constatación de la realización del comportamiento descrito en el tipo, con independencia de que la concreta conducta tenga o no capacidad alguna para ser en sí misma peligrosa. La peligrosidad es, según la experiencia, característica de un grupo de acciones, pero no necesariamente de la acción individual que sólo se castiga porque pertenece a esa clase de acciones que generalmente, es decir con una frecuencia relevante, conlleva determinadas consecuencias indeseables. (Mendoza Buergo, 2002, pág. 46)

Es relevante indicar que los delitos de peligro no consisten en la protección estricta del bien jurídico frente al daño o lesión que una acción y omisión específica puedan causar, es decir es una forma *sui generis* de daño con una lesividad propia e independiente, que no se define como estado previo a la lesión, sino que supone afectar a la posibilidad de disponer de los bienes de forma segura. Es por esta razón que junto a la protección de la integridad de los bienes jurídicos hay que proteger también la garantía de la posibilidad de una disposición segura sobre los mismos.

En el caso de los delitos de peligro concreto se afecta a ésta por la indefensión extrema que supone producir una situación en la que el bien ya no puede protegerse de modo

final con los medios del ámbito estructural al que pertenece; la situación que se da en los delitos de peligro abstracto supone, en cambio, la afectación de las condiciones de seguridad heterónomas necesarias para posibilitar la segura y despreocupada disposición de los bienes. Su concepción se sostiene también sobre el concepto de seguridad al que atribuye una naturaleza práctica y que supone la expectativa objetivamente fundada de un sujeto, que enjuicia racionalmente, de poder utilizar bienes de manera despreocupada, basada en la ausencia de condiciones relevantes para la lesión.

El agravio al bien jurídico, que constituye la naturaleza del juicio de antijuricidad, puede consistir en un perjuicio o en una puesta en peligro de dicho bien jurídico. El menoscabo al bien jurídico es un concepto normativo. Por tal, no sólo debe entenderse la destrucción o daño de un objeto material, sino también los agravios inferidos a bienes jurídicos de tipo ideal que no tienen un sustrato material como por ejemplo el honor, la salud, el medio ambiente. Es así que frente al Derecho Penal es igual de importante la lesión que se comete contra la vida o destrucción de cosa ajena en los delitos de homicidio o daños, así como la ofensa al honor en el delito de injurias y es así que se castiga no solo el daño, perjuicio o lesión sobre esos bienes sino también la puesta en peligro de los mismos. Siendo así el peligro un concepto normativo en la medida en que se fundamenta en un juicio de probabilidad de que un determinado bien reconocido constitucionalmente pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión o daño de hecho presumible no se produzca.

El juicio de peligro es, pues, un juicio ex ante, que se emite, situándose el juzgador en el momento en que se realizó la acción. Para establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, si era probable que produjera su lesión, es preciso que el juzgador conozca la situación de hecho en la que se realiza la acción que está enjuiciando (conocimiento ontológico) y sepa además las leyes de la naturaleza y la experiencia por las que se puede deducir que esa acción, realizada en esa forma y circunstancias, pueda producir

generalmente la lesión de un bien jurídico (conocimiento nomológico). Para saber por ejemplo, si A conducía peligrosamente su automóvil es necesario, primero, saber a qué velocidad lo conducía, porqué tipos de carreteras viajaba, que clase de auto conducía, etc., y segundo, deducir si, conforme a las reglas de la experiencia, era probable que, por esa forma de conducir y dadas las circunstancias, se produjera un accidente que provocara la muerte o la lesión de alguien. Si una vez hechas estas comprobaciones se deduce que no hubo tal peligro, el hecho dejará de ser antijurídico. Este concepto de peligro es también importante para establecer la idoneidad o la adecuación de una acción en relación con la producción de un determinado resultado: sólo la acción que considerada ex ante (es decir, situándose en el lugar del autor en el momento en que es realizada), es objetivamente peligrosa, puede servir de base para la imputación objetiva de un determinado resultado delictivo. (Madrigal Navarro, 2015, pág. 176)

Los delitos de peligro son el resultado del contraste que la doctrina hace con los delitos de lesión al bien jurídico tutelado; con esto se debe indicar que algunos delitos se consuman con la producción de una lesión o un daño efectivo, y por otro lado, otros exigen para su consumación únicamente la producción de un peligro. En Costa Rica los juristas Cecilia Sánchez y José Alberto Rojas indican lo siguiente: “Si bien todos los delitos importan una lesión al bien jurídico, no todos los resultados son relevantes para el legislador. Los tipos penales que solo requieren la realización de la acción (por cuanto esta es ya de por sí lesiva al bien jurídico), se conocen como delitos de mera actividad (v. gr. incumplimiento de deberes, falso testimonio), o de mera inactividad (omisión de auxilio). Cuando un tipo penal requiere, junto con la realización de la acción u omisión, la producción de un resultado específico (una consecuencia en el mundo exterior), nos encontramos ante los delitos de resultado (v. gr. el delito de daños requiere que la cosa ajena sea destruida, inutilizada o desaparecida. Los delitos de lesiones requieren, como mínimo, que la víctima haya sufrido una incapacidad para sus ocupaciones habituales de cinco días). En los delitos de resultado material, la causalidad es un elemento no escrito del tipo penal que debe ser comprendido por el dolo del autor.

En algunos casos, ese resultado es solo un peligro y da lugar a la distinción entre delitos de lesión (en donde, la tipicidad requiere la producción de lesión del bien jurídico o el objeto que lo representa, como los casos ya citados de daños y lesiones) y delitos de peligro. En estos últimos, no se requiere que la acción haya causado un daño sobre un objeto, basta con que el objeto protegido jurídicamente, haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar”. (Sánchez Romero, Cecilia y Rojas Chacón, José Alberto, pág. 91)

Por otro lado, Bacigalupo nos dice que: “La teoría ha distinguido tradicionalmente entre los delitos de peligro concreto, en los que el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de lesión, y los delitos de peligro abstracto, en los que ese riesgo real no es necesario” (Bacigalupo, 1984, pág. 102).

Por su parte Hassemer los define como aquéllos en los que “...no se requiere que la acción haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar” (Hassemer, 1989, pág. 275)

Sin embargo, los autores de origen alemán, formulan la distinción entre delitos de lesión y de peligro no ya con relación al bien jurídico, sino con referencia a lo que normalmente se conoce como: objeto de la acción, que se define como la persona o la cosa sobre la cual recae la actividad delictiva y que coincide con lo que los autores italianos y españoles denominan: objeto material del delito.

Las razones para rechazar la opinión de quienes intentan formular la distinción con relación al objeto de la acción la expone magistralmente Escrivá Gregori, son las siguientes: a) Primero, porque al Derecho Penal le interesa no tanto el ataque al objeto material sino más bien la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos; de modo que aquél ataque sólo tiene sentido o importancia cuando se produce la afectación de los valores ideales que tutela la norma penal.

b) Segundo, porque algunos delitos de peligro no exigen al ataque a un objeto material... c) Tercero, porque si la distinción se basa en el objeto material y no en el bien jurídico, entonces no se ofrece el criterio adecuado para la solución de ciertos problemas que surgen cuando el peligro desemboca en la provocación de una lesión, como sucede, por ejemplo, en ciertos delitos donde concurren el peligro y la lesión. d) Porque algunos tipos considerados tradicionalmente como delitos de daño (el hurto, por ejemplo) no suponen una lesión al objeto material (cosa ajena) sino más bien una lesión al bien jurídico tutelado (patrimonio o propietario). Con respecto a la naturaleza de los delitos de peligro, lo único importante señalar es que se trata de tipos penales creados por el legislador, por lo que formalmente no se diferencian de los delitos de daño o lesión. La diferencia está más bien con el resultado que produce cada uno de ellos, pues mientras los delitos de daño le ocasionan una lesión efectiva al bien jurídico, los delitos de peligro provocan sólo el riesgo de que se produzca esa lesión. Y es que como dice Reyes Echandía, existen intereses colectivos de tal importancia que el legislador no espera a que sean destruidos para sancionar al infractor. Se podría decir, que la utilización de los delitos de peligro abstracto se justifica en la peligrosidad de la acción y en su aptitud para lesionar un bien jurídico individual o la infracción de la norma. (Madrigal Navarro, 2015, pág. 178)

Los delitos de peligro se clasifican dependiendo de la clase de riesgo que corre el bien jurídico, y es de esta forma que se presentan: delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Así como también se clasifican dependiendo del número de titulares del bien jurídico que resultan afectados, dichas infracciones se clasifican en delitos de peligro individual y delitos de peligro común o general.

En lo relacionado con los delitos de peligro concreto se puede decir que sólo se consuman cuando se ha producido realmente el peligro, lo cual obliga a demostrar esa circunstancia en cada caso particular. Nos dice Bacigalupo que: “La teoría ha distinguido tradicionalmente entre delitos de peligro concreto, en los que el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de lesión, y delitos de peligro abstracto, en los que ese riesgo real no es necesario. La realización del tipo objetivo en los delitos de peligro concreto requiere, además de la acción, el peligro real sufrido por el bien jurídico protegido. Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto es suficiente la comprobación de la acción. Por este

motivo, estos últimos no se diferencian de los delitos de pura actividad. La distinción entre delitos de peligro abstracto y concreto resulta acaso superflua: sólo interesan los delitos de peligro concreto” (Bacigalupo, 1984, pág. 312)

En cuanto a delitos de peligro concreto Roxin, expone: “son aquellos delitos que requieren que en el caso concreto se haya producido un peligro real, cierto, manifiesto y evidente para un objeto protegido por el tipo penal. En otras palabras, son aquellos en que el respectivo tipo penal exige la causación efectiva y cierta de un peligro; por esa razón, estos delitos sólo se consuman cuando se ha producido realmente un peligro, lo cual obliga a demostrar esa circunstancia en el caso particular. Los delitos de peligro son delitos de resultado. Este peligro se comprueba por medio de una reconstrucción de los hechos posterior que contenga una visión objetiva de lo sucedido; si falta un peligro de resultado, el hecho tampoco será imputable, aunque se produzca una efectiva puesta en peligro. En el peligro de resultado debe haberse realizado en un resultado que suponga un resultado de “peligro concreto” que ha de incluir todas las circunstancias conocidas con posterioridad a la acción que la originó, y ello debe incluir, en primer lugar, que exista un objeto de la acción y que haya entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro, y, en segundo lugar, la acción incriminada tiene que haber creado el peligro próximo de lesión de ese objeto de la *acción*.” (Roxin, 1997, pág. 336)

Por otra parte, en cuanto a lo relacionado con los delitos de peligro abstracto la teoría convencional afirma que en ellos el peligro no es el elemento constitutivo de la figura de delito sino mero motivo del legislador.

En esta clase de delitos se describen acciones generalmente peligrosas según un análisis de las experiencias, que, sin embargo, no precisan ser peligrosas en la situación en concreto. Los delitos de peligro abstracto reclaman un desvalor de acción constituido por el comportamiento peligroso para el bien jurídico protegido. En ellos no es preciso, frente a los delitos de peligro concreto, un peligro real o efectivo para el objeto de protección. Los delitos de peligro abstracto son en pocas palabras delitos de peligro posible. En estos delitos es fundamental determinarse si la acción realizada en las circunstancias particulares se convierte peligrosa y puede menoscabar el viene tutelado.

En los delitos de peligro abstracto la peligrosidad del comportamiento es condición necesaria y a la par suficiente. La producción del resultado peligroso no es necesaria en este grupo de delitos. La tipicidad depende de la peligrosidad general de la acción, es decir que pueda temerse de ella el menoscabo de un bien jurídico. Los delitos de peligro abstracto son un estadio previo de los delitos de peligro concreto. En los delitos de peligro abstracto la conducta puede ser formalmente típica a pesar de no ser materialmente peligrosa, lo que permitiría calificarlos de simples delitos de desobediencia en los que se impondría una pena por la mera realización de la conducta.

El castigo de comportamientos que violan formalmente la ley, pero inofensivos en sí mismos, podría suponer una vulneración del principio de lesividad en función del alcance y contenido que se dé a este último.

La sustantivación de los delitos de peligro abstracto puede abordarse con arreglo a pautas constitucionales, y por ende con el instrumental que proporciona la caracterización del delito en un Estado Social y democrático de Derecho, en cuyo caso tales ilícitos aparecerían investidos del mismo nivel de legitimidad político-criminal que el resto de tipos penales.

Se desprende de todo ello que las conductas previstas en los delitos de peligro abstracto, al poder disponer del contenido de lesividad mínimo para que el hecho merezca ser penado, están a priori en condiciones de cumplir con los parámetros de legitimidad propios del Derecho Penal de un Estado social y democrático de Derecho. Es decir, la conducta puede aparecer en el momento de actuar como objetivamente apta para producir el resultado de lesión del bien jurídico que se quiere evitar.

Si la evitación de conductas que superen este nivel de peligrosidad es el objetivo que justifica la intervención penal, la conclusión sólo puede ser que los delitos de peligro abstracto resultan político-criminalmente admisibles. (Bages Santacana, pág. 264)

2.3. Marco Teórico

2.3.1. Bienes Jurídicos

El concepto material de delito sigue sin estar clara, pues hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de “bien jurídico” de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria por su contenido. En primer lugar, no es posible limitarlo a los bienes individuales, ya que la Constitución protege muchos bienes jurídicos de la comunidad, como el Estado y la sociedad en general; cuya lesión también merece indiscutiblemente una pena desde la perspectiva de un concepto material de delito. Pero en segundo lugar se esboza la cuestión de por qué no se puede considerar las nociones morales dominantes, como un bien jurídico colectivo, o, si eso parece demasiado indefinido, por qué no se podría basar la punibilidad de la homosexualidad en un bien jurídico constituido por la estructura heterosexual de las relaciones sexuales. La única restricción que tiene el legislador, para definir las normas que sancionan el daño a los bienes jurídicos, se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político criminal, sólo se puede derivar de los cometidos, y que hayan sido reconocidos en la Norma Suprema, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia, se puede decir: los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. (Roxin C. , 1997, pág. 52)

Entre los límites que hoy suelen imponerse al *Ius puniendi* del Estado ocupa un lugar destacado el expresado por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Se hace hincapié en la exigencia de que el Derecho penal castigue únicamente ataques a bienes jurídicos. Ello es una de las manifestaciones de un planteamiento político-criminal más global: el que parte de la necesidad de postular un uso lo más restrictivo posible del Derecho penal. Supone la concepción del Derecho Penal como un mal menor que solo es admisible en la medida que resulte del todo necesario. Según (Puig, 1976) Para que un bien jurídico en sentido político criminal pueda considerarse, además, un bien jurídico penal, cabe exigir dos condiciones:

La importancia social del bien merecedor de tutela jurídico-penal ha de estar en consonancia con la gravedad de las consecuencias propias del Derecho penal. El uso de una sanción tan grave como la pena requiere el presupuesto de una infracción igualmente grave. Al carácter penal de la sanción ha de corresponder un carácter también penal de la infracción. El derecho penal no puede usarse para sancionar la infracción de una norma primaria merecedora de naturaleza penal. Solo las prohibiciones y mandatos fundamentales de la vida social merecen adoptar el carácter de normas penales. Solo las infracciones de tales normas merecen la consideración de delitos. Reclamar una particular importancia social para los bienes jurídicos penales significa, pues, por de pronto, postular la autonomía de la valoración jurídico-penal de aquellos bienes. Y significa erigir en criterio básico de dicha valoración específica el que tales bienes puedan considerarse fundamentales para la vida social. Lo primero la autonomía valorativa del Derecho penal, supone el rechazo de una concepción de éste como instrumento meramente sancionador de valores y normas no penales. Lo segundo, la exigencia de que los bienes jurídicos penales sean fundamentales para la vida social, obliga a precisar de algún modo el sentido de esta exigencia. Es innegable, por de pronto, que el reconocimiento constitucional de un bien debe servir de criterio relevante para decidir si nos hallamos en presencia de un interés fundamental para la vida social que reclame protección penal.

El segundo requisito es el de necesidad de protección penal del mismo. No basta que un bien posea suficiente importancia social para que deba protegerse penalmente. Es preciso que no sean suficientes para su tutela otros medios de defensa menos lesivos: si basta la intervención administrativa, o la civil, no habrá que elevar el bien al rango de bien jurídico penal. Lo que sucede es que con frecuencia será necesaria la protección penal de un bien frente a algunas

formas de ataque especialmente peligrosas y no frente a otras. (Mir Puig, 2006, pág. 205)

El bien jurídico penal expresa la razón de ser de la norma penal y su finalidad primordial. La norma penal llega a constituir una directriz coactiva de conducta que por una parte encierra conceptualmente un determinado tipo de comportamientos y por otra pretende su protección previa y con ello evitar el cometimiento de los actos peligrosos con la amenaza de la sanción. El bien jurídico es el valor, objeto que indispensablemente debe ser protegido y que el Estado a través del ordenamiento debe mantener o producir. Éste se caracteriza por constituir una propiedad valiosa de la realidad. El bien jurídico tendría un principio de garantía cognitiva, ya que a través de él todos debieran saber qué es lo que el sistema jurídico protege y ese conocimiento posibilita que éste sea crítico, porque así es posible revisar los fundamentos de la criminalización.

En el derecho angloamericano se centra en torno al principio del daño denominado: *harm principle*. Éste construye la justificación de la criminalización de conductas humanas en torno al concepto del *daño*, en la actualidad planteando el *daño a otros*. Sin embargo, ha existido un importante debate en cuanto al uso del derecho penal para fortalecer la moral. La idea original del principio del daño fue articulada por John Stuart Mill en su ensayo *On Liberty*. El autor sustentó en su ensayo que: dentro de una sociedad civilizada, la única manera de justificar el poder ejercido contra la voluntad de un individuo se configura a través del establecimiento de una política que permita evitar se dañe a terceros. Esto es, por un lado, una especie de principio del daño utilitarista, que se centra en los efectos de la conducta que se impide. Y, por otro lado, la penalización de la conducta respectiva debe apuntar a prevenir el daño no a sí mismo sino a terceros, y de esta manera se relaciona estrechamente con la teoría del injusto, pues este concepto con lleva que solo se habla de delito es decir de

injusto cuando el acto realizado por el individuo daña u ofende derechos de terceras personas.

La teoría del bien jurídico protegido nace con una especial expansión entre los juristas alemanes. En la actualidad el concepto no sólo sirve como justificación para los delitos de resultado, es decir, delitos que protegen ciertos bienes jurídicos clásicos (la vida, la integridad corporal, la libertad, la propiedad) contra su transgresión, sino que justifica, también los denominados delitos de peligro, o sea la criminalización (adelantada) de conductas meramente (abstractamente) peligrosas, e incluye, bienes jurídicos colectivos –de modo creciente– en el ámbito de protección penal.

La vinculación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos no exige que sólo haya punibilidad en caso de lesión de bienes jurídicos. Es suficiente una puesta en peligro de bienes jurídicos, que en los delitos de peligro concreto, el propio tipo convierte en requisito de la punibilidad, mientras que en los delitos de peligro abstracto (p.ej. conducción bajo influencia de bebidas) los bienes jurídicos protegidos (aquí: vida, integridad corporal, valores patrimoniales) no se mencionan en absoluto en el tipo, sino que constituyen sólo el motivo para la creación del precepto penal. Asimismo, la punibilidad de la tentativa —en la que por definición no se produce la lesión del objeto de la acción— tampoco está en contradicción con la teoría de la protección de bienes jurídicos. Esta no requiere como presupuesto de la punibilidad nada más que el hecho de que una acción esté dirigida por su tendencia objetiva o subjetiva a la lesión de un bien jurídico. Más allá de estos casos, tampoco se renuncia a la exigencia de protección de bienes jurídicos por el hecho de destacar que el Derecho penal con sus prohibiciones quiere asegurar valores de la acción (como el respeto a la vida, a la propiedad ajena, etc.). Ello es totalmente correcto en la medida en que el mantenimiento de valores de la acción sirve para la protección de los bienes jurídicos a los que los mismos se refieren. Solamente está vedada la protección de valores de la acción y de la actitud interna “flotantes”, cuya lesión no tiene referencia alguna a un bien jurídico. Acogiendo y radicalizando parcialmente las tesis de Herzog y Prittwitz, otros representantes de la “Escuela de Frankfurt” (W. Hassemer, Naucke, P. A. Albrecht) se manifiestan también contra los intentos de combatir los problemas de la sociedad moderna (“medio ambiente, economía, procesamiento de datos, drogas, impuestos, comercio exterior, en una palabra: criminalidad organizada” mediante un Derecho penal preventivo. Tras esta posición está el temor de que para una intervención efectiva del Derecho penal en esos campos hubiera que sacrificar garantías esenciales del Estado de Derecho. W. Hassemer propone por ello una

reducción del Derecho penal a un “Derecho penal nuclear” y propugna resolver los indicados problemas “modernos” mediante un “Derecho de la intervención”, que “esté situado entre el Derecho penal y el Derecho contravencional, entre el Derecho civil y el público, y que ciertamente dispondrá de garantías y procedimientos reguladores menos exigentes que el Derecho penal, pero que a cambio estará dotado de sanciones menos intensas frente a los individuos”. De modo similar, Naucke “constata un desplazamiento del centro de gravedad “desde el Derecho penal ajustado al Estado de Derecho a la poderosa transacción social”, e insiste en una incondicional “exigencia del Derecho penal ajustado al Estado de Derecho, aunque sea a costa de la prevención”. P. A. Albrecht” diagnostica “erosiones del Derecho penal ajustado al Estado de Derecho” y aboga por una “retirada del Derecho penal de la pretensión de control preventivo abarcándolo todo” y por un giro simultáneo “hacia formas adecuadas de control..., que ya están disponibles en el Derecho civil, el Derecho público y el Derecho social”. Stratenwerth J., en su ponencia Stratenwerth J., en su ponencia inaugural en las Jornadas de Profesores de Derecho penal celebradas en Basilea en 1993, ha propuesto una “tercera vía” para resolver la cuestión del “aseguramiento del futuro con los medios del Derecho penal”. A este respecto se pronuncia en contra de “un Derecho penal puramente funcionalista”, que, descuidando las tradicionales garantías del Estado de Derecho, “sólo se orientaría a la finalidad de lograr una defensa lo más eficaz posible frente a los riesgos que amenazan el futuro”. Según él, la pena sigue estando “vinculada a reglas diferenciadas de imputación”; y si se desliga de ellas, ya no será una pena, aunque mantuviera tal etiqueta. Pero rechaza igualmente la retirada del Derecho penal del terreno del aseguramiento del futuro propagada por la Escuela de Frankfurt: “Que haya que renunciar a la pena, que es la sanción... más dura que conoce nuestro Derecho, precisamente allí donde están en juego intereses vitales no sólo de los individuos, sino de la humanidad en su totalidad, es algo que considero... inadmisibles”. En su lugar recomienda ir más allá de la protección de bienes jurídicos, anclada en el pensamiento antropocéntrico, y —p.ej. en cuestiones de medio ambiente o de tecnología genética— “proteger contextos de la vida como tales, sin que esa necesidad se pueda reconducir a los intereses reales de cualesquiera participantes”. Por eso propone proteger jurídicopenalmente “normas de conducta referidas al futuro” sin “retro-referencia a intereses individuales”. En su opinión, la teoría jurídicopenal de la imputación, orientada al bien jurídico, no se puede trasladar sin modificaciones a ese nuevo campo de problemas, en el que es necesario un prolongado trabajo en los detalles, pero se puede llegar a soluciones materialmente defendibles “en los delitos relativos al futuro, desde el punto de partida esbozado, en las cuestiones de causalidad y resultado, dolo y conciencia del injusto, autoría y participación, o también de responsabilidad penal de las empresas”. (Roxin C. , 1997, pág. 60)

El bien jurídico debe distinguirse del concreto objeto de la acción. Así por ejemplo en la falsedad documental el bien jurídico protegido es la fiabilidad del tráfico probatorio,

pero el objeto de la acción es el documento falsificado. El objeto de en el hurto es la cosa ajena sustraída y el jurídico protegido, la propiedad y la posesión. En ocasiones parecen coincidir objeto de la acción y bien jurídico, como en los delitos de homicidio, en que la vida humana es tanto el objeto de la agresión como el bien jurídico protegido. Pero esto sólo es así aparentemente; pues el objeto de la acción es la persona concreta cuya vida individual es agredida, mientras que el bien jurídico protegido es la vida humana como tal. Bien jurídico, por tanto, es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es afectado sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción.

El principio del daño fue implícitamente confirmado en la década de 1950 por el famoso Informe Wolfenden de un Comité Ministerial inglés que, respecto a la criminalización de la homosexualidad y la prostitución, afirma que aquí «debe subsistir alguna esfera de moralidad e inmoralidad privada, que no es, en breves y crudos términos, un asunto legal. En consecuencia, la homosexualidad y la prostitución sólo pueden ser legítimamente criminalizadas si causan efectos perjudiciales para la sociedad, o sea, daño a los demás. Las conclusiones del Comité llevaron a una controversia entre la doctrina acerca de la finalidad del derecho penal, en particular, con respecto a aquellas conductas inmorales que carecen de víctima. Los dos principales adversarios eran, por un lado, Lord Devlin abogando por el fortalecimiento de la moral y, por otro lado, el filósofo del derecho de Oxford H.L.A. Hart, defendiendo el principio del daño. Devlin argumentaba básicamente que también era parte de la función del derecho el resguardo de principios morales, ya que cada sociedad mantiene su cohesión gracias a la moral, de modo que la defensa de esta moralidad era esencial para su supervivencia. La diversidad moral pondría en peligro el tejido de la sociedad y sólo una ley penal basada en la moral proporcionaría la protección necesaria para su conservación. Como consecuencia, puede «no haber límites teóricos para la legislación contra la inmoralidad». Interessantemente, sin embargo, Devlin reconoció que la veracidad de la moral era relativa y que dependía de la respectiva sociedad, es decir, aparentemente reconoció la relevancia de un daño social. En oposición, Hart, como positivista que distingue, en principio, entre derecho y moral, estuvo de acuerdo con el Informe Wolfenden y rechazó el argumento de Devlin según el cual cada cambio en las creencias morales de una sociedad conduciría inevitablemente a su destrucción por medio de la desintegración social, es decir, que se requería de un refuerzo legal de la moral para la preservación de la cohesión social. Para Hart, dicha comprensión de las fronteras de la moralidad era un absurdo, porque una sociedad jamás sería tan idéntica a su moralidad como para que un mero cambio en estas costumbres pudiera llevar a su destrucción. En cualquier caso, el enfoque de Devlin, centrado en los efectos de una determinada conducta

(inmoral) en el «tejido social», puede ser fácilmente compatible con el principio preventivo y utilitario de daño que se discutió anteriormente. Por otro lado, la aproximación liberal matizada de Hart tiene un conflicto con su aparente - abiertamente paternalista y por lo tanto no liberal- aceptación de la criminalización de la autolesión («harm to self» [«daño a sí mismo»]) (Ambos, 2013, pág. 363)

Según (Carrasco Jimenez) el auto Hormazábal, entiende que la base material del bien jurídico, ha de hallar en las necesidades humanas. En cuanto éstas se coligan a la protección de un bien jurídico, el hombre se establece en centro de la protección penal. Heller, Hormazábal distinguen tres clases de necesidades, las “existenciales”, las propiamente “humanas” y las “radicales”.

Las “existenciales” se encuentran definidas por el instinto de auto-conservación y para la mantención de la vida humana; en las “necesidades humanas” el impulso natural no juega ningún papel, y pueden ser “alienadas” y no “alienadas”; las “radicales” surgen de la sociedad capitalista y “su satisfacción a los cambios de estructura”. Igualmente hace mención de las necesidades humanas cualitativas, como el descanso superior al necesario para reponer la fuerzas de trabajo, la actividad cultural, el juego, el amor, etc., que vendrían siendo las “necesidades no alienadas”; y las cuantitativas, que “se manifiestan como fuerzas extrañas al hombre y lo dominan”, las cuales son las necesidades de dinero, poder y posesión, que habrían de ser las “necesidades alienadas” (Carrasco Jimenez, pág. 254)

HORMAZÁBAL exige dos pasos en la determinación del merecimiento de protección de un bien jurídico. Como primer paso, el legislador debe considerar a la dignidad de la persona para ponderar los bienes jurídicos del autor que se afectan en el proceso de criminalización primaria. La dignidad sería un derecho fundamental de amplio reconocimiento constitucional e internacionalmente declarativo, que se constituye en un “concepto relacional”, garantístico y en un derecho fundamental autónomo, sobre todo frente al Estado, lo que le impediría instrumentalizar a una persona. Así se sitúa como un límite básico al ius puniendi, y por ende, límite a la protección de bienes jurídicos, que reconocido constitucionalmente, se mira para el derecho penal como un “mandato de optimización de la dignidad de la persona” y que vendría a ser el “fundamento constitucional del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”. Como

segundo paso y necesariamente posterior al primero, se debe precisar frente a qué comportamientos se va a proteger ese bien jurídico con la pena. Como la determinación de los bienes jurídicos a proteger es una decisión política, dicha decisión no es neutral, ya que está condicionada por la estructura del Estado, su ideología y la naturaleza democrática. En una sociedad de mercado, el legislador seleccionará aquellos bienes según los intereses de dicha sociedad y según la forma actual de organización de las relaciones sociales, en tanto no entren en contradicción con las bases de su funcionamiento. Pero a su vez, la propia estructura social y el carácter social y democrático de Derecho le impone la obligación de considerar la dignidad y la libertad concreta de las personas dentro de dichas relaciones sociales. Esto hace que, “los bienes jurídicos no gir[e]n exclusivamente en torno a una persona individual o de una colectividad considerada como globalidad, sino que están en función de las bases de existencia o de funcionamiento de un sistema de relaciones sociales democrático, esto es de vínculos entre personas realizadas en condiciones de libertad y dignidad”³⁷. De ahí que el autor distinga entre bienes jurídicos referidos a las bases y condiciones de subsistencia del sistema y los referidos al funcionamiento del sistema, siendo los primeros (“microsociales”) constituidos por la persona y su dignidad en un Estado social y democrático de derecho — como la vida, la salud individual, libertad, el honor—, y los segundos (“macrosociales”), los procesos o funciones del sistema para que puedan tener lugar las relaciones microsociales —bienes jurídicos “institucionales”: administración de justicia, fe pública; bienes jurídicos “colectivos”: salud pública, seguridad común; bienes jurídicos “de control”: seguridad exterior e interior del Estado. La intervención penal del Estado en la protección de bienes jurídicos, no puede ser arbitraria. La “materialidad social y democrática de derecho” del Estado, no obstante el carácter no neutral de éste, le “impone” limitaciones en el ejercicio de su poder de decisión de la relación social concreta que habría de proteger. El Estado debe recoger a través de los “canales de comunicación democráticos los requerimientos de intervención penal para la protección de determinadas relaciones sociales”, surgiendo los bienes jurídicos desde las bases de la relación social y como culminación de un proceso de participación política. (Carrasco Jimenez, pág. 259)

2.3.2. Según la relación con el Bien Jurídico

La idea del bien jurídico como el principio del daño muestran cierta afinidad, en cuanto que básicamente procuran elaborar una teoría de criminalización para distinguir aquellas leyes penales que se justifican de aquellas que no. Ambos esfuerzos son parte de un proyecto liberal de derecho penal moldeado por su carácter de ultima ratio (excluyendo de

cualquier penalización, en particular, las faltas meramente morales) y por los bien conocidos principios fundamentales de culpabilidad, legalidad y equidad procesal.

Se puede considerar el principio del daño como el lado negativo del bien jurídico, en el sentido de que expresa el resultado sustancial y tangible de una violación del bien y las exigencias a la respectiva conducta dañosa. Por otro lado, el concepto de bien jurídico puede contribuir al contenido normativo del principio del daño, puede materializar o normativizar el principio con respecto a los bienes jurídicos como su objeto de referencia. En otras palabras, el principio del Rechtsgut, si se encuentra lo suficientemente desarrollado como una teoría normativa, puede responder a la pregunta sobre qué tipo de daño debe ser prohibido por la ley penal y, por tanto, puede ayudar a hallar una noción razonable de daño penalmente relevante. En efecto, tal daño puede ser definido como la violación real o potencial de intereses o bienes socialmente relevantes y reconocidos por la Constitución, es decir, como perjuicios a los intereses o valores detrás de los bienes jurídicos.

Una teoría normativa del bien jurídico así entendida otorga substancia al principio del daño. Podría sostenerse que es este potencial de materialidad el que explica por qué algunos consideran que el concepto de bien jurídico es más elaborado que el principio del daño. En cualquier caso, el potencial liberal de ambos conceptos no debe incitar a pasar por alto el hecho de que ellos no han impedido que en el derecho penal moderno se desarrollen tendencias anti-liberales. En este contexto, no es para nada asombroso que los conceptos puedan no haber prevenido, o que incluso puedan haber provocado, el desenvolvimiento del derecho penal a zonas enteras de regulación especial (por ejemplo, el derecho penal económico y ambiental) y a una amplia gama de ofensas del orden público, desde conductas sexuales (por ejemplo, la prostitución y la homosexualidad) hasta el consumo de drogas. Los conceptos se han ampliado para cubrir el riesgo de daño, el daño indirecto o el mero peligro

(abstracto) a bienes jurídicos (colectivos), alcanzando así actos simplemente preparatorios y/o peligrosos, y por tanto, en última instancia, criminalizando conductas que sólo se presumen peligrosas para la sociedad. Sin duda, el movimiento desde una comprensión crítica liberal de conceptos hacia la justificación de una agenda de políticas públicas anti-liberal, sólo puede revertirse si sus dimensiones normativas subyacentes –los principios legitimadores de la criminalización– son re-descubiertas, aclaradas y luego convertidas en directrices más concretas para una política criminal racional.

El nuevo curso hacia criterios de imputación justa, creado particularmente por la teoría de la imputación objetiva, puede ayudar a una nueva normativización de conceptos ya que, en último término, los delitos se han de aplicar a conductas humanas y éstas son imputables a un agente humano. Una mirada retrospectiva al origen histórico de ambos conceptos puede revelar aspectos normativos y consideraciones que pueden contribuir a la necesaria normativización de los principios a la luz de la realidad actual. De esta forma, la fusión de la teoría decimonónica de los derechos y los bienes en la teoría del bien jurídico puede proporcionar un patrón para una fusión moderna de la teoría del Rechtsgut y las teorías constitucionales y de derechos humanos. A partir de ello puede surgir una llamada a la normativización de la teoría del bien jurídico (y por tanto del principio del daño), con miras a la protección de los ciudadanos de la violación por parte del Estado de sus derechos civiles o humanos fundamentales. Esto no es sino la consecuencia de la creciente constitucionalización del derecho penal que, de otro modo, maniobra sólo a expensas de la teoría del bien jurídico.

2.3.3. El Riesgo

La disputa que se aprecia cada día más fuerte entre el Derecho Penal Clásico o Derecho Penal Liberal y el moderno Derecho Penal, inherente a la moderna sociedad post-

industrial, denominada por alguna sociedad de riesgo, denominación que se pretende vincular con las necesidades de seguridad requeridas por las complejas relaciones individuo y Estado que caracterizan al colectivo social del momento y cuya satisfacción solo parecería ser factible a través de la tutela penal. Este nuevo modelo punitivo aparece como un triunfo generado por la tensión entre dos circunstancias diferentes por una parte el Derecho Penal como medio de evitar el mayor número posible de comportamientos indeseables y perturbadores y por otro lado, atribuirle el carácter de intervención subsidiaria y de ultima ratio, dicha confrontación no encuentra un punto de equilibrio sino que se intensifica y cada vez es más complejo buscar su conciliación en el seno de las tendencias político- criminales y legislativas que caracterizan la actual evolución del Derecho Penal.

En la esfera de la política criminal, señala que el desarrollo actual del Derecho penal de la sociedad del riesgo transita hacia una concepción preventiva en cuanto a lo que trata con el poder punitivo, cuyo objeto de protección normativa se desplaza del concepto de bien jurídico individual hacia la categoría sociológica de funciones sociales o el bien supraindividual. La sociedad moderna se encuentra en un proceso que va hacia la funcionalización y flexibilización del Derecho penal, de cara tanto a la prevención de situaciones problemáticas a gran escala, como a la protección y el mantenimiento del sistema.

La política criminal se convierte en un símbolo que pretende afianzar el sentimiento de seguridad en la sociedad, así como el compromiso político-jurídico del legislador en relación a la protección de los bienes jurídicos individuales y colectivos. En el marco de discusión de este nuevo derecho Penal concebido desde la sociedad de riesgo implica recurrir a un proceso de análisis y conceptualización de los siguientes fundamentos: el peligro

abstracto, la protección de bienes supraindividuales de tipo difuso, así como la flexibilización y des formalización del Derecho penal sustancia y procesal con miras a producir un adelantamiento de las barreras de protección del Derecho penal, a partir de la desmaterialización del concepto del bien jurídico. El concepto de riesgo que se comenzó a acuñar a lo largo de la transición de la Edad Media hasta inicios de la época de la modernidad, y se incrementó en su paso por la era industrial y se convirtió en una realidad innegable dentro de la posmodernidad del siglo XXI, modernidad que, no conserva su forma, lo que implica una sociedad cambiante que se transforma conforme a los vínculos entre las elecciones individuales y los proyectos o acciones colectivas. Para entender el concepto de riesgo hay que circunscribirlo dentro del marco de la actividad humana con su acelerada proyección al futuro dentro del marco de normas de comportamiento que hagan factible una vida en sociedad, que deviene de expectativas y compromisos ante los que se hace factible confiar en que los terceros se desenvuelven en su propio ámbito, conscientes de que su actuar, por individual que sea se encuentra directamente influenciado por el comportamiento de los demás. (Burgueño Duarte, 2019, pág. 18)

Conforme a los avances tecnológicos se ha dado paso a nuevos problemas y con esto se ha abierto a un nuevo mundo lleno de inseguridades, nuevos peligros, nuevos riesgos que deben ser afrontados para proyectar una sociedad en el futuro. Es ante dichas expectativas, riesgos y peligros que deben ponderarse los costes-beneficios que implica el actuar de uno para el resto de los individuos, de tal suerte que los límites impuestos a toda actividad humana sean tales que no rebasen a la sociedad misma, evitando que lleguen al desbordamiento generador del caos, que lamentablemente en diversos sectores de la actividad humana ya se están vislumbrando o inclusive viviendo. Principalmente cuando el ciudadano depende cada vez más de las conductas de terceros, pues a fin de hacer factible la

vida en sociedad se toleran o se asumen ciertos riesgos (como manejar, consumir productos alimenticios, usar productos que dañan el medio ambiente, manejar sustancias nucleares o sustancias contaminantes) y a la par de ellos se crean barreras de contención para algunos riesgos no permitidos cuyo grado de perjuicio resulta insoportable para la dinámica social. Estas barreras delimitan las conductas permitidas de las no permitidas. Por ello, es necesario reevaluar los márgenes de confianza que hacen viable la vida en sociedad.

Es al sociólogo Beck, a quien se le atribuye, principalmente, el concepto de sociedad del riesgo, al sostener que la sociedad industrial está siendo sustituida por otro modelo, ha dejado claro que: La clave parece ser la extraordinaria dificultad para prever y controlar la magnitud del riesgo; la magnitud en todas sus facetas, tanto cualitativas como cuantitativas: es decir; para determinar cuántos riesgos, (esto es, daños probables) directos e indirectos, pueden derivarse, pero también para determinar el quantum de cada uno de dichos riesgos (la probabilidad de cada daño). La incertidumbre, inherente a toda acción humana, aumenta hasta niveles próximos a la ignorancia cuando la acción en cuestión tiene lugar a través de medios tecnológicos, que tienden a multiplicar de modo exponencial las consecuencias de la acción: no solo intensificando su efecto (un producto químico es más mortal que un disparo o una cuchillada), sino diversificándola (el producto químico, además de atacar a la vida humana, puede atacar también a la salud, al sentimiento de seguridad colectiva, al medio ambiente, a la vida de los animales, a la ordenación del territorio, etcétera). Dicha incertidumbre, dicha ignorancia, se revelan tanto en el plano cognitivo (previsibilidad) como en el práctico (controlabilidad) (Burgueño Duarte, 2019, pág. 20)

Para analizar el perfil del riesgo de la modernidad, Giddens plantea siete principales formas: las cuatro primeras refieren a la distribución objetiva del riesgo; 1. Globalización del riesgo en cuanto su intensidad (como lo sería la guerra nuclear) 2. Globalización del riesgo en cuanto al número de sucesos contingentes; 3. El riesgo de incorporar el conocimiento humano en el entorno material; 4. Las últimas tres son aquellas que alteran la experiencia del riesgo o la percepción de éste con base en su identificación; 5. La consciencia del riesgo como riesgo que no permite crear incertidumbres; 6. La consciencia del riesgo; 7. La consciencia de las limitaciones para conocer los riesgos. Sea en el marco referente a la distribución objetiva del riesgo o a la alteración de la experiencia del riesgo, el riesgo per se, presupone una probabilidad que en cuanto tal puede ser evitada, o por el contrario, deberá ser asumida. Frente a ello, los riesgos globalizados presuponen mayor incertidumbre, ya que salen de la esfera individual y repercuten directamente en la esfera de terceros, incluso de las generaciones futuras. De ahí que, “el centro de la consciencia del riesgo

no reside en el presente, sino en el futuro. En la sociedad del riesgo, el pasado pierde la fuerza de determinación para el presente, por lo que, el regular la conducta del individuo cuyos efectos de peligro repercutirán en el futuro implica una complejidad real para la dogmática penal actual, que se circunscribe en torno a conductas individuales con relaciones causales bajo el análisis del hecho y principalmente entorno a los resultados generados por dicho hecho, sea de lesión o bien de peligro concreto, (para la mayoría de la doctrina) principalmente dado el arduo debate en torno a los delitos de peligro abstracto característicos de la sociedad de riesgo. Una sociedad del riesgo en la que no hay ricos ni pobres, en la que todos estamos directamente vinculados a los riesgos desplegados dentro de la sociedad misma, y frente a la cual, quien no cuenta con los canales de exigibilidad que salvaguarden sus derechos fundamentales resulta más desprotegido, por contar con menos elementos de persuasión ante las inminentes consecuencias de los riesgos que años atrás eran futuros, y al día de hoy han alcanzado la realidad del presente, tales como la escasez de agua, la contaminación del aire, ríos, mares y subsuelos, los cambios ambientales, que repercuten directamente en la agricultura, los alimentos con alto contenido de plomo y otras sustancias dañinas para el organismo, la manipulación genética, las deformidades al nacer, por causa de la contaminación en el ambiente, el manejo indiscriminado de elementos tóxicos, solo por citar algunos. Estas realidades repercuten en el diario vivir de todo individuo, frente a las cuales nunca se tomó opinión o se preguntó a cada individuo si quería formar parte de dicha sociedad. Frente al actuar contradictorio del ser humano, en esta sociedad postindustrial, se encuentra, por un lado, a individuos que cada vez soportan riesgos mayores, con el perjuicio que conlleva, mientras que otros tanto se benefician de dichos riesgos, pues hay que reconocer que en el proceso de modernización que se vive es cada vez mayor la existencia de polaridades que rayan en lo injusto e intolerable. Lo delicado se encuentra en la forma en la que se asumen los riesgos de la modernidad, la forma en cómo a pesar de los años generados hacia terceros, se sigue apostando indiscriminadamente a una supuesta evolución, que más que repercutir en el bienestar colectivo repercute en el bienestar de unos cuantos y de la corrupción que se encuentre en el entorno. (Burgueño Duarte, 2019, pág. 22)

Conforme el pasar de los años, el desarrollo de la sociedad se ha encaminado que los riesgos que se percibían serían del futuro, la sociedad se encuentra viviendo en el presente principalmente relacionados con el desgaste y contaminación ambiental que no solo afecta de forma individual sino de forma colectiva a la sociedad en general. En el marco de esta idea que además de ser un pensamiento doctrinal se ha convertido en una necesidad inminente de la sociedad moderna, enfocada en la prevención general partiendo de una

sociedad con la que cuenta de normas sociales justas y legítimas, que como tal son dignas de ser acatadas por parte de cada uno de los integrantes de la sociedad, pues quien atenta contra éstas se va contra el fundamento moral y ético de una nación contra las bases principales del contrato social. Es así que la sociedad se justifica por la importancia que se da en torno a la seguridad y el orden y por este hecho a la libertad que los ciudadanos poseen en concordancia con la limitación libremente consentida a dichas libertades que cada individuo ostenta. Frente a la creciente inseguridad y riesgo social el Estado tiene la misión de desarrollar un orden jurídico destinado a proporcionar la coexistencia pacífica de las personas. En este sentido, el derecho penal de la sociedad de riesgo es la materialización legislativa de una política criminal represiva frente a determinados delitos especialmente peligrosos. Y se asegura la aplicación de la constitución de un Estado. Las características del derecho penal contemporáneo en las sociedades occidentales son la ampliación del ámbito de intervención penal. Aunque esta intervención no está exenta de críticas que merma los principios del derecho penal al ablandar los criterios de imputación penal, al debilitar las garantías penales del individuo y al priorizar los intereses colectivos.

Entre las tantas acepciones que se le adjudican al derecho penal, se le circunscribe dentro del derecho público como un conjunto de normas que determinan los bienes jurídicos relevantes para la sociedad, cuya vulneración presupone la comisión de delitos ante los cuales se imponen penas y medidas de seguridad, es decir se crea un presupuesto de derecho y una consecuencia jurídica. Hasta hoy, las conductas que más aquejan a la sociedad son aquellas denominadas individuales, en las que existe un nexo de causalidad que permite ligar esa conducta con el resultado emanado de la misma. Cada una de las corrientes del pensamiento filosófico ha ubicado y entendido en forma distinta el actuar humano, así como la necesidad o merecimiento de la pena y la forma en cómo se debe fijar el quantum de la

misma. Todo esto lleva a conceptualizar de distinta forma al delito, así como su estudio y concreción, por lo que resulta trascendente recordar el contenido sustancial de cada una de estas etapas históricas.

a) Causalismo. - Esta corriente se ubica en la etapa del pensamiento llamado naturalismo, y se sustenta en dar crédito solamente a lo que era captado por los sentidos. En esa época la conducta era considerada bajo una concepción puramente objetiva, tal como la sostenía Franz Von Liszt, quien definía a la acción como una mera, intervención muscular voluntaria que produce un resultado, y al acto como la voluntad objetivada, agregando que no existe, por consiguiente, acto, cuando alguno causa daño en cosas de otro durante un ataque de epilepsia, cuando se halla imposibilitado, por un desvanecimiento, de cumplir un deber, o cuando obra violentando por fuerza irresistible y que entre la intervención muscular y el resultado producido por ésta debería existir un nexo causal, es decir, una relación directa entre el resultado y la causa de éste, lo que le da el nombre de causalismo. La doctrina penal casualista, preocupada por construir una teoría jurídica del delito con base en la categoría de la acción, ubico a la conducta en el centro del sistema; pero al darle valor preponderante a la causalidad sobre la voluntariedad de la acción, relegó al dolo hasta un tercer nivel del sistema: la culpabilidad. De esta forma, fue el desvalor de resultado el que vino a ocupar el centro del sistema penal casualista. (Burgueño Duarte, 2019, pág. 18)

b) Finalismo.- En 1930 como respuesta a las contravenciones que para el derecho implico la escuela de Kiel en Alemania, y en busca de reivindicar la dignidad del ser humano, surge la corriente finalista cuyo precursor principal era Hans Welzel, quien sostenía que: la acción humana es ejercicio de actividad final... la finalidad, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines

diversos y dirigir su actividad conforme un plan, a la consecución de esos fines. La finalidad no debe ser confundida, por ello, con la mera voluntariedad. La voluntariedad significa que un movimiento corporal y sus consecuencias pueden ser reconducidas a algún acto voluntario, siendo indiferente que consecuencias quería producir el autor... A la finalidad le es esencial la referencia a determinadas consecuencias queridas.

Sin duda, estos postulados dieron un gran vuelco a la manera de analizar el resultado generado por el ser humano, y por consecuencia, influenciaron notablemente las concepciones y estructuras jurídico-penales, de tal suerte que surge un gran cambio en la ubicación sistemática de los elementos subjetivos del tipo (dolo, culpa y elementos subjetivos distintos al dolo), que en corrientes anteriores eran estudiados en la culpabilidad, y a partir del finalismo su valoración se sitúa en el tipo penal, teniendo por consecuencia un juicio con contenido final de acción y una voluntad vidente, con sentido. Así la culpabilidad viene a integrarse con elementos meramente normativos. Con ello, no solamente se llega al traslado del dolo y la culpa al tipo penal, sino que además se supera la anterior idea de que lo subjetivo pertenecía a la culpabilidad, y que en el tipo penal no existía nada que no fuera objetivo. (Burgueño Duarte, 2019, pág. 18)

c) Funcionalismo. - Aún no superado el finalismo, a partir de 1970 surgen autores como Claus Roxin y Gunther Jakobs, quienes tienden las líneas para el nacimiento de la corriente funcionalista. Roxin aporta un funcionalismo estructural y bajo la concepción de un sistema abierto logra vincular al derecho penal con la política criminal, al sostener que: el camino acertado solo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político criminales en el sistema del Derecho Penal, y enfoca sus estudios principalmente en torno a la teoría del dominio del hecho. Por su parte Jakobs aporta un funcionalismo sistemático (normativizado y un tanto radical), y señala que la prevención general positiva únicamente tiene por objeto mostrar que lo correcto es confiar en la vigencia de la norma;

entendiéndose por vigencia de la norma, la estabilidad sobrevinida por la pena frente a la defraudación de una expectativa normativa de carácter penal. En esta corriente se mantiene el dolo y la culpa (como elementos subjetivos) dentro del tipo penal; sin embargo, se analiza el actuar humano bajo la lente de la teoría de la imputación objetiva, teoría que atiende el concepto normativo de la conducta, que presupone un conocimiento ex ante sobre los elementos objetivos del tipo penal, pero que debe ser analizada bajo los principios de riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y competencia de la víctima. Se entiende, entre otras cosas, que cada individuo desempeña un rol en la sociedad, y será con base en dicho rol como habrá de responsabilizarse dentro de la sociedad. (Burgueño Duarte, 2019, pág. 18)

En la sociedad de riesgo surge la teoría del riesgo desarrollada por Frish, quien sustenta que “quien se ha percatado de aquel riesgo propio de su conducta que convierte su conducta en prohibida y típica normalmente puede cumplir el mandato de la norma de no originar a sus semejantes riesgos de forma sustancialmente más sencilla que la persona que precisamente no ha aprendido aun esa peligrosidad amenazante”. Frente a estas realidades la sociedad de riesgo, es preciso desarrollar una conciencia de solidaridad hacia las generaciones futuras, pues solo esa ampliación de responsabilidad puede venir a modificar la indiferencia moral hacia las mismas, pues de lo contrario se darán nuevos patrones tolerantes a lo que anteriormente se rechazaba, ya que una catástrofe prolongada marca el sendero de su propia continuación relegando al olvido la conmoción y el horror que causo en sus inicios, con lo cual consume y debilita la solidaridad humana para con sus víctimas y socava la posibilidad de que se sumen fuerzas para evitar victimizaciones futuras.

Las nuevas realidades exigen la inminente necesidad de modernizar las ideas del derecho penal a fin de dar solución a los problemas surgidos de la sociedad postindustrial a fin de que de que la normas y las políticas permitan una plena tutela penal de los intereses colectivos a fin de que se logre dotar de un libre desarrollo al individuo perteneciente de dicha sociedad. Ahora en la sociedad de riesgo el derecho penal tiene un nuevo rol interviene como función preventiva de un riesgo que se percibe y subyace de la acción. Y de esta forma ya no hablamos de la acción misma sino de la necesidad de prever los riesgos generados con nuestro actuar, lo que sin duda, parecería demasiada exigencia para los individuos que viven en un adversidad dentro de la sociedad cada vez más convulsionada, pero ante la cual se requieren acciones solidarias con el otro y con el colectivo mismo, acciones que ante todo protejan los bienes jurídicos que resultan relevantes para el ser humano.

En la actual sociedad de riesgo el derecho penal no enfrenta una tarea sencilla, sino al contrario, precisa valorar el espíritu real del denominado derecho penal mínimo en torno a los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, pues se habla de la rama del derecho más extrema pues con lleva un proceso que involucra una sanción que con lleva la restricción de la libertad mediante la imposición de la pena, entendiendo que esto se encamina a retribuir a la colectividad por los riesgos a la que se encuentra expuesta. Así las modernas sociedades inspiradas en principios democráticos y en las reglas de Estado de Derecho, deben desarrollar programas de reacción frente al delito que mantengan lo mejor posible el equilibrio entre libertad y seguridad, y que a la par permitan conseguir unos niveles de eficacia aceptables en la reducción del problema de la criminalidad. Conformados en una sociedad del riesgo y frente a la necesidad de proteger derechos básicos como la salud y el medio ambiente sano, cabe preguntarse sobre el fin de la pena ante acciones colectivas desplegadas por un grupo de individuos que, con conocimiento o capacidad de conocer,

despliegan un actuar individual que, concatenado con el resto del grupo, generará un resultado (de lesión o de peligro) que daña incluso derechos de tercera generación; en este caso, urge la certeza de que los bienes jurídicos que ha establecido la sociedad como relevantes o importantes y que están siendo protegidos por la norma sean realmente preservados y restaurados. De esta forma la pena tendrá la finalidad de garantizar la exigibilidad de los derechos consagrados en la norma y a su vez, la certeza de la activación del ius puniendi del Estado.

El ser humano en su actividad diaria ejecuta un sinnúmero de actividades cuya conducta genera menor o mayor grado de riesgo a bienes jurídicos propios y de terceros. Es con base a lo que resulta relevante para la sociedad como se determinan las conductas que conllevan un riesgo lo suficientemente elevado como para afectar bienes jurídicos irrenunciables. Frente a esta necesidad de salvaguarda a los bienes jurídicos relevantes para la sociedad, el derecho a través de las normas forma una barrera de contención, a fin de que todos los riesgos que se encuentran dentro de lo tolerable no generen responsabilidad alguna para el sujeto, mientras que aquellos riesgos que se encuentran fuera de lo permitido serán riesgos no tolerables y por consecuencia su quebramiento acarreará su propia responsabilidad dependiendo el ámbito material de la norma quebrantada. El riesgo permitido, en función del derecho penal, si bien se refiere a actividades arriesgadas, estas no están contempladas por las normas penales por no ser típicamente relevantes para la sociedad.

El derecho penal valora conductas humanas, el mismo recobra una gran complejidad y necesidad de adentrarse al conocimiento del individuo y a las circunstancias que rodean al hecho y la conducta a valorar. De ahí que la dogmática penal entienda que existen diversas figuras que ayudan a comprender que, a pesar de existir una conducta típica, habrá diversas

causas que eviten su antijuricidad, o bien su culpabilidad, de tal manera que no se elimina el actuar peligroso o lesivo del sujeto, sino que se tolera y se le eximen del quantum de la pena que a nivel de culpabilidad le correspondería si no existiera a su favor una valoración tal que elimine alguno de los elementos del delito. Es así que factores como el caso fortuito, omisión impropia, culpa con representación, el error, delitos cualificados propios, causas de antijuricidad, falta de concreción del injusto, causas de imputabilidad, tentativa inacabada, el arrepentimiento, excusa absolutoria, principalmente, generan por parte del juzgador y de la sociedad misma una tolerancia frente a los riesgos generados por conductas amparadas bajo cualquiera de estos supuestos, por lo que el riesgo no permitido pareciera tornarse en permitido. Sin embargo, habrá que tener claro que, si bien el riesgo sigue conservando su carácter de no permitido, en tanto que lesiona o pone en riesgo a la colectividad, lo que se está tolerando será la conducta debidamente justificada, motivo por el cual la conducta misma será valorada con la disminución o ausencia de pena.

a) Riesgo (permitido) a causa del caso fortuito. - Los casos fortuitos son aquellos derivados de la naturaleza, no son imputables al ser humano, tales como transitar por un bosque o en la pendiente de una gran quebrada, aquellas conductas si bien representan un riesgo por sí mismas, frente a los cuales puede haber eventos de la naturaleza o peligros no concebibles que puedan generar la caída de un árbol o deslave, los resultados de dichos eventos no son imputables al ser humano. De esto se concluye que los casos fortuitos no son imputables al ser humano, por lo que aun cuando los resultados generados por dichos eventos fortuitos o eventos de la naturaleza se cataloguen como riesgos no permitidos, serán riesgos que la sociedad asuma dentro de los costes-beneficios que implican a diario vivir.

b) Riesgo (permitido) a causa de una fuerza libre en su causa. - Uno de los primeros elementos que se analizan dentro del delito es la conducta del sujeto, partiendo de

la determinación en su forma de acción u omisión. Sin embargo, previo al análisis de la conducta como tal, se deberá observar si la conducta se desplegó acompañada de la determinación psicológica del sujeto, pues de lo contrario, de no existir tal, estaremos frente a una fuerza física irresistible, frente a la cual al sujeto le fue inevitable o imposible resistir el despliegue de su conducta independientemente de que su psique no hubiera determinado dicho actuar. Por ejemplo, el caso de una persona con epilepsia que sufre un trastorno de convulsiones que hacen que los movimientos de su cuerpo destruyan algún bien o lesionen a otra persona; dicha acción no es imputable.

c) Riesgo (permitido) a consecuencia de la omisión impropia. - La omisión impropia o comisión por omisión refiere al sujeto activo que ha dejado de hacer aquello que tenía obligación de hacer, resulta que su conducta se concrete en un resultado material para que sea relevante o importante. Es de esta forma, que la comisión por omisión se centra en la producción de un resultado material y la delimitación de la responsabilidad por su propio deber de cuidado, esto es, el rol que cada individuo desempeña en una estructura organizacional, lo que propicia choques con el principio de confianza y división de trabajo que sustenta la teoría de la imputación objetiva, atento a los cuales cada aporte es responsable de su propio actuar.

d) Riesgo (permitido) a causa de la culpa con representación.- Es importante aclarar la diferencia existente entre dolo eventual y la culpa con representación, de tal forma que, en el dolo eventual el sujeto activo se conforma con el resultado que deriva de su conducta, aun cuando éste no sea cierto ni constituya su voluntad primaria, mientras que en la culpa con representación el sujeto activo confía en que su conducta no desencadene el resultado que el mismo ha identificado como probable, mientras que la parte cognitiva del dolo es coincidente, ya que en ambos casos el sujeto activo prevé como posible el resultado de lesión o peligro.

e) Riesgo (permitido) a causa del error de tipo. - El error de tipo implica una tolerancia ante la conducta del sujeto aun cuando este de por sí mismo implique un riesgo para la colectividad. Una consecuencia producida por el sujeto sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado. La noción de riesgo no se configura como cualidad de la acción (en el sentido de acción riesgosa) sino más bien como efecto de esa acción (en el sentido que la acción produce un riesgo). Resulta imprescindible que la acción deba crear un riesgo que se realice en un resultado típico y que ese riesgo deba ser no permitido.

f) Riesgo (permitido) a causa de error de prohibición.- El error visto desde la antijuridicidad, en este proceso se verifica el nivel de culpabilidad, es decir, una vez que se ha acreditado que la conducta del autor es típica y antijurídica, de tal suerte que sea factible valorar incluso la conducta desplegada por los participantes; este error es valorado dentro de la falsa concepción de estar actuando bajo el amparo de alguna de las causas de justificación, tales como legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, y de ninguna manera se puede dar en la parte subjetiva de la antijuridicidad. (Burgueño Duarte, 2019, pág. 28)

g) Riesgo (permitido) a causa de falta de calidad de sujeto en los delitos cualificados propios y a consecuencia de causas de antijuridicidad.- El problema más importante de los delitos cualificados propios es calidad o cantidad específica de sujetos, de tal forma que no es la conducta de cualquier persona la que encuadra en dichos tipos y por otra parte la conducta podrá ser atípica en el supuesto de que no exista otro tipo penal al cual se pueda trasladar la conducta realizada por el sujeto que no tiene dicha calidad específica, simplemente por no cumplir con uno de los elementos objetivos del tipo.

h) Riesgo (permitido) a causa de falta de integración del injusto (personal y colectivo). - Iniciando con la idea propia del injusto como un nivel de valoración distinto al de la antijuridicidad de la conducta, se retoma el concepto de Stratenberg, quien sostiene que injusto “es todo ese ámbito en el que una persona con sus acciones, con su actuar, con su conducta, contraviene el orden normativo. En donde para considerar el injusto habremos de contar previamente con una conducta típica y antijurídica, es decir, una conducta contraria a la norma.” (Molina Fernandez, 1995, pág. 266). En este caso es primordial verificar la capacidad de valorar si una conducta típica y antijurídica tiene potencialidad de peligro para un bien jurídico determinado, por lo que la peligrosidad se enjuiciará en el desvalor de acción, en un momento ex ante de la realización de la conducta, a fin de valorar la previsibilidad del sujeto y si éste fue motivado por la norma antes de llevar a cabo su conducta; en tanto que el peligro se enjuiciará en el desvalor de resultado, en un momento ex post a la realización de la conducta. El concepto del injusto se concibe dentro de la concepción de injusto personal, en tanto que cada sujeto responderá de su propio injusto, aun dentro de la autoría mediata, coautoría o cualquiera de las figuras de participación. (Burgueño Duarte, 2019, pág. 53)

i) Riesgo (permitido) a consecuencia de causas de inimputabilidad e inexigibilidad de otra conducta.- Se conoce que a nivel de culpabilidad se valora la inimputabilidad del sujeto por la falta de capacidad por parte de éste para conducirse conforme a la norma, así como por la inexigibilidad de otra conducta; con estas valoraciones, si bien se está frente a una conducta típica y antijurídica, con la debida concreción del injusto, el juzgador excluirá la responsabilidad, y, por tanto, la imposición de la sanción, por lo que el riesgo generado con dicha conducta se tolera por la sociedad.

j) Riesgo (permitido) a consecuencia del desistimiento en la tentativa inacabada.
- la tentativa inacaba es comprendida como la resolución de cometer un delito habiendo

exteriorizado en parte los actos ejecutivos que deberían producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo, si bien se dio inicio a la fase externa del iter criminis, no se llegan a consumir todos los aportes necesarios para la consumación del delito.

2.3.4. El Delito Imprudente

Un concepto de delito imprudente nos entrega, Mir, indicando que: “un delito imprudente se configura cuando el sujeto no quiere cometer el hecho previsto en el tipo doloso, pero lo realiza, por la inobservancia del cuidado debido.” (Mir Puig, 2006, pág. 268)

La imprudencia ha admitido a lo largo de la historia un tratamiento desigual y complejo, pero, a medida que ha pasado el tiempo, ha ido adquiriendo en la doctrina una mayor relevancia, debido al aumento desmesurado de los desarrollos científicos, tecnológicos y los riesgos que los mismos generan. A pesar de esto, no existe todavía unanimidad en la doctrina frente a la naturaleza de la imprudencia y los elementos que la conforman. (Romeo, 2002, págs. 13-58). Durante varios años predominó la doctrina clásica que consideraba la imprudencia como elemento integrante de la culpabilidad en un grado menor de punibilidad en comparación con el dolo. Sin embargo, en la actualidad yace como elemento integrante del tipo subjetivo, gracias a los valiosos aportes de Exner, Engisch (1930) y Welzel, y, aunque en un principio, la doctrina se mostró reacia a las modificaciones estructurales del delito, en la actualidad goza de gran aceptación como elemento subjetivo del tipo. (Welzel, 1956, pág. 150).

Después del año 1930, con las teorías de Engisch, gran parte de la doctrina acepta como fundamento de la imprudencia la inobservancia del cuidado debido y su pertenencia a

la antijuricidad y al tipo, más no a la culpabilidad, pues sólo infringe la norma quien incumple el deber objetivo de cuidado, y entre tanto quien actúa observando toda la diligencia objetivamente debida, aunque cause un resultado desvalorado, no se puede decir que ha actuado antijurídicamente contra Derecho. Esta posición fue cobrando importancia jurídica y, actualmente, la pertenencia de la imprudencia al tipo de injusto es ampliamente dominante.

Fue en Italia, en el siglo XVII, donde comienzan a aparecer los primeros rasgos de la imprudencia, para la época llamada “culpa”. En sus inicios, la orientación era casuística y se produjeron diferencias en cuanto a su sanción, dado que se pensaba que un acto al no ser intencional no era loable de la imposición de pena, es decir, que asimilaban el delito como una forma de comisión exclusivamente dolosa; no obstante, tal y como lo señala (Jiménez, 1963, pág. 687) fue a partir del mandato de Adriano cuando se facultó la imposición de pena extraordinaria en aquellas acciones culposas que originaban consternación pública, como la que ocurrió en aquel incidente en el que jóvenes en una fiesta bromeando hacen caer a otro joven, que días más tarde fallece a raíz del golpe sufrido.

En los sistemas dogmáticos modernos, generalmente cuando se habla de imprudencia, nace el concepto sobre el deber de cuidado, es de esta forma que se dice que los delitos imprudentes son tipos sustancialmente abiertos o relativamente abiertos, en tanto que las normas de cuidado o diligencia, empero de tener apoyo legal en los preceptos de las normas penales reguladoras de la comisión de delitos por imprudencia, presumen tácitamente una remisión a la normas de diligencia contenidas en normas fuera de las penales, es decir, en reglamentos, protocolos, instructivos y demás, que, en muchos otros

campos, constituyen normas de la común experiencia humana, o de la práctica científica o técnica. (Luzón, 2005, pág. 499).

Por otra parte, existe la idea de (Jakobs, 1997, pág. 388), quien repudia el concebir la imprudencia como tipos abiertos o relativamente abiertos, y para este autor, tanto en el delito doloso como en el imprudente, el sujeto debe deducir la prohibición del comportamiento, por lo que considera que habría tantas modalidades de actuar imprudentes como dolosas.

Los primeros autores que pretendieron integrar el delito imprudente al sistema penal y darle una explicación sistemática partieron de la adopción de teorías de la peligrosidad del sujeto. Teniendo en cuenta la importancia que representaba, en el siglo XVIII y principios del XIX, la función de prevención general negativa o intimidatoria de la pena, hay una continua búsqueda por interiorizar la conducta del sujeto imprudente y reprocharla al autor por considerarla conducta peligrosa. Las llamadas “teorías de coacción psicológica” reconocen que en la imprudencia acaece “la voluntad de infringir la ley penal”, lo que supone un estado de peligrosidad del sujeto; por lo tanto, una actuación que ocasiona un daño en la comunidad debe ser castigada, a modo de advertencia, para que el sujeto evite la comisión futura de actos similares, por ser una clara manifestación de falta de respeto, no sólo hacia la norma, sino también, de desprecio hacia los bienes jurídicos de sus semejantes. Es decir, que la imprudencia consiste en la infracción de la norma penal por un querer defectuoso del sujeto y debe aplicarse un tratamiento similar al que recibe el sujeto cuando ha cometido un delito doloso. En realidad, desde esta teoría habrá que decir, que no existe una real justificación del delito imprudente, ni mucho menos un concepto claro que permita diferenciarlo con el delito doloso; quien ha cometido un delito imprudente no puede recibir igual tratamiento que quien actúa con el ánimo y la voluntad de causar un resultado típico, sólo por el hecho de que su conducta sea considerada como ilícita. La intervención punitiva, cuando se trata de delitos imprudentes, no sólo debe operar cuando el legislador así lo determine, de manera taxativa, sino que debe obedecer a los criterios de determinación de la pena y de necesidad de la norma de sanción. Tal y como lo advierte Bustos (1995, p. 15 ss.), cuando se trata de delitos imprudentes, la intervención punitiva debe operar bajo criterios de absoluta necesidad de la pena, lo cual conlleva a que ésta deba ser muy inferior a la que corresponda, en caso de tratarse de delitos dolosos, y por eso propugna que, en principio, excluya la pena privativa de la libertad y se recurra a penas igualitarias, como las de días-multa, que impliquen una colaboración con el sujeto para resolver

su problemática entre riesgo y cuidados que deba tomar en relación a ellos. Esta propuesta resulta muy acertada, en el sentido que el Derecho penal como mecanismo de control social que goza de las características de fragmentario y subsidiario, no puede tratar por igual comportamientos que no lo son, es decir, el delito imprudente y el doloso no pueden merecer igual tratamiento, cuando es claro que en el primero no existe voluntad por parte del sujeto de cometer una conducta ilícita y, por ende, su punibilidad que, en muchas oportunidades se debe a la infracción de reglamentos, puede ser tratada a través de otros mecanismos diferentes a la pena privativa de libertad, aunque ello va a depender de la gravedad de la afectación al bien jurídico. (Vallejo Jiménez, pág. 6)

Desde este análisis se analiza a los delitos imprudentes a partir de la comparación con los delitos dolosos donde se involucra la voluntad y la intención de procurar el daño al bien jurídico protegido por la norma legal, existiendo una estrecha similitud con la culpa, ya que esta se considera como la acción típica que se comete sin el debido cuidado que permita evitar el daño al bien jurídico que se encuentra comprometido y sin la voluntad o intención del sujeto activo.

Es frecuente que se pretenda crear una relación subsidiaria entre el dolo y la culpa, afirmando que frente a un resultado lesivo de un bien jurídico a falta de dolo habrá culpa, pero con esto se institucionaliza el caos y la aberración de una responsabilidad por el resultado, se crea una punibilidad objetiva fundamentada en el *versari in re ilícita*. Hay diferencias estructurales entre el dolo y la culpa que impiden considerar a ésta como una degradación del primero. El profesor Jescheck, llama a la culpa imprudencia y estudia al delito culposo como delito imprudente consignando el siguiente paralelismo: “Dolo es conocer y querer los elementos objetivos del hecho que pertenecen al tipo legal. Imprudentemente actúa, en cambio, quien realiza el tipo de una Ley Penal a consecuencia de la vulneración no querida de una norma de cuidado, sin advertirlo pese a que debía, o considerándolo posible, pero confiando contra su deber que el resultado no se produciría. La imprudencia no es pues una forma menos grave de dolo, sino algo distinto al dolo” (Zambrano Pasquel, pág. S/N)

En la teoría de la imprudencia en la previsibilidad lo que se debe castigar es, precisamente, que el sujeto ha tenido la posibilidad de prever el resultado dañoso, y no lo ha hecho, lo cual es motivo suficiente para reprochar su conducta. El sujeto como miembro de la sociedad en la que convive tiene la obligación y la capacidad intelectual de prever y advertir hechos que producen perjuicio en bienes jurídicos de los individuos de una

comunidad (Antón, 1986, pág. 245). La previsibilidad nos acerca a un concepto de imprudencia y aquel forma parte del elemento psicológico de la misma; por tanto, la previsibilidad por sí sola sería un elemento incapaz para determinar la imprudencia porque, aun siendo previsible y prevenible el resultado, si la conducta del individuo ha sido diligente y no ha superado el riesgo de lo permitido, no podrá hablarse de imprudencia. Existe la teoría relacionada con la imprudencia, la misma que nace como un acto de la voluntad con un resultado involuntario; tal como lo planteaba (Carnelutti, 1952, pág. 134), misma que indica la divergencia entre el resultado y la voluntad; es decir, de una acción voluntaria, así el resultado no fuera querido por el sujeto. Sin embargo, la imprudencia como acción voluntaria que crea un resultado no querido por el sujeto tampoco resulta exacta, pues, si bien es cierto que, de algún modo, podría admitirse que en la imprudencia consciente al individuo le asiste una voluntad de infringir el deber de cuidado, esa voluntad en ningún momento procura causar un resultado típico; y la voluntad de la que se habla en el delito, debe estar dirigida desde un principio a causar una lesión al bien jurídico, situación que no ocurre en la imprudencia. Adicional no se puede hablar de una voluntad en la imprudencia inconsciente donde el sujeto, por su absoluto descuido, ni siquiera advierte que se encuentra infringiendo el deber de cuidado, a pesar de que haya tenido la posibilidad de hacerlo.

A inicios del siglo XX, el delito imprudente deja de hallar su fundamento en la relación psicológica con el resultado típico, para encontrarlo en un juicio normativo de reproche. En esta ocasión, la condición de la imprudencia se encuentra representada por la pretensión del deber de cuidado que debe tener el ser humano al momento de realizar actividades de riesgo. Exner, realiza una descripción objetiva y subjetiva para determinar cuándo el sujeto obra imprudentemente. El primer presupuesto, se compone por la falta de atención o de cuidado. El segundo presupuesto, lo perfecciona con las cualidades

individuales del sujeto; por lo tanto, el operador jurídico se encuentra obligado a determinar si de acuerdo con las capacidades individuales al autor descuidado le era exigible un comportamiento cuidadoso. (Bustos, 1967, pág. 15)

(Engisch, 1930, pág. 37) consideró que el juicio de reproche en la imprudencia se debe al desprecio, que, por los bienes jurídicos, ha tenido el sujeto que ha obrado sin tener en cuenta la atención que le era exigida al momento de actuar. Sin embargo, realmente quien afianzó el contenido de la imprudencia como elemento del injusto típico fue (Welzel, 1956, pág. 112), desde las concepciones de Engisch y de Exner. Al principio Welzel explica que la falta de cuidado implica no haber aplicado a la acción la finalidad que le correspondía; luego, lo que se pretendía era que el sujeto al aplicar la finalidad de acción evitara los procesos de alto riesgo, por ejemplo, si el médico, en lugar de cocaína hubiera utilizado novocaína para anestesiarse al paciente, éste no hubiera fallecido, pero entendiéndose que sólo podrían ser típicas aquellas conductas dirigidas a causar un resultado típico. Éste es el primer gran error de la teoría welzeliana, pues, desde este punto de vista, las únicas conductas que deben ser reprochadas por el Derecho penal serán las cometidas con dolo, en tanto que son las únicas que se dirigen a causar un resultado típico; es decir, que se están excluyendo los comportamientos causados por imprudencia, en el sentido que la acción final del sujeto, independiente de que se trate de una culpa consciente o inconsciente, en momento alguno, se encuentra dirigida a causar este tipo de resultados (Luzón, 2005, pág. 193).

Luego procurando subsanar esta imprecisión, Welzel trata de concebir la acción como una causación finalista previsible, entre tanto que, el hombre gracias a su saber causal puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta (Welzel, 1964, pág. 64); por lo tanto, para diferenciar entre la acción dolosa y culposa, asume la primera como una acción verídica, y la segunda como una acción ciega. Sin embargo, este

nuevo planteamiento no resulta del todo preciso, pues genera un peligroso retorno a las teorías causalistas; es decir, la imprudencia disfrazada como forma de acción final ciega es en realidad una representación de la determinación de la responsabilidad mediante una acción causal; por lo tanto, ante este panorama es que Welzel decide aproximarse a los desarrollos formulados por Exner y Engisch, y en esta oportunidad argumenta que la acción final deberá estar compuesta por tres grandes grupos de normas: un primer grupo, al que califica como el más importante, integrada por aquellas normas que prohíben acciones cuya voluntad de realización vaya dirigida a producir un resultado socialmente no deseado, es decir, las acciones de los delitos dolosos; un segundo grupo de normas, que se refiere a la debida utilización y cuidado en la selección y aplicación de los medios que exigen “el cuidado necesario en el tráfico” con el fin de evitar efectos concomitantes no queridos y socialmente no deseados; por último, un grupo de normas, en el que se exige la realización de acciones para evitar resultados socialmente no deseados. En los dos últimos grupos de normas, se encuentran justificadas las exigencias normativas que deben tenerse presentes al momento de determinar la imprudencia; es decir, que la acción final no será la que continúe determinando la existencia de la imprudencia, sino el cumplimiento de la exigencia del deber de cuidado, en tanto que, lo decisivo en los delitos imprudentes será la discrepancia entre la acción realmente emprendida y la que debía realizarse en virtud del cuidado necesario en el tráfico (Welzel, 1964, pág. 47). En resumen, la imprudencia debe reunir tres elementos: un elemento objetivo-normativo, otro elemento subjetivo, y un último elemento al que se podría denominar valorativo. El primero de ellos está compuesto por “el cuidado necesario en el tráfico”; se trata no de un simple cuidado, sino de aquel cuidado necesario proveniente de un ser humano inteligente y prudente en la situación del sujeto. El elemento subjetivo, se encuentra conformado por la prudencia que debe observar el ser humano inteligente que guarda el cuidado necesario. Y por último, el elemento valorativo, va a precisar la relación

entre la producción del resultado y la falta de observancia del cuidado debido. Welzel presenta un gran juicio al tratar de estructurar la teoría a través de varios elementos que son un todo entre sí, instaurando, como primordial, la infracción de deber de cuidado y que, bajo la ausencia de alguno, viciarían su significado y harían extraño el comportamiento.

Para (Roxin C. , 1997, pág. 997), no basta con la infracción del deber toda vez que no siempre la infracción al deber de cuidado será suficiente para determinar la responsabilidad penal del sujeto. Es así como, para los funcionalistas, tan sólo serán imputables aquellos resultados producidos que son un riesgo jurídicamente importante; el denominador común no está ya en el “deber de cuidado”, sino en el “principio del riesgo”, según el mismo, partiendo del efecto, se logra determinar si la conducta del sujeto creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico en relación con dicho resultado. La imputación objetiva con relación a que la vida social, por definición, entraña riesgos cuyo desencadenamiento no tienen el carácter de ser ilícitos, siempre, por cuanto la misma sociedad ha establecido supuesto de hecho que tienen el carácter de ser riesgos permitidos. La justificación a lo que se acaba de mencionar está en que el riesgo permitido responde directamente al postulado de que la sociedad no es un mecanismo de protección de bienes, sino que es un contexto de interacción. Y de dicha interacción nace la posibilidad de poner en peligro bienes justamente por la naturaleza social del ser humano, por ejemplo, la transmisión de enfermedades a causa de un simple apretón de manos, o el peligro de la intoxicación oculto en la más simple ingesta de alimentos, y eso por eso que hay ciertos riesgos que deben ser tolerados.

Los criterios de imputación objetiva de un resultado, siguiendo la propuesta de Luzón, suponen: la adecuación de la acción y del curso causal, la concordancia con el fin de protección de la norma y, por último, la realización de peligro de la acción, pero como

subcriterio del fin de protección de la norma. Para (Dykinson. Luzón, 1996, pág. 378), la creación del riesgo constituye un subcriterio del criterio más amplio del fin de la norma, pues precisamente lo que la norma pretende evitar es, justamente, la realización de peligros inherentes a la acción inicial, es decir, que uno de los presupuestos del fin de protección de la norma es la realización del riesgo; por lo tanto, si de una acción dolosa o imprudente es objetiva y normalmente previsible que se pueda derivar un resultado típico, eso significa que la propia acción supone una creación de riesgo penalmente relevante, esto es, que la acción conlleva el mínimo de peligrosidad para ser significativa a efectos del tipo; no obstante, de la acción misma no es normalmente previsible que se sigan resultados como éste, la acción no crea el mínimo riesgo para el bien jurídico que la haga preocupante para el derecho penal.

Dentro del aspecto subjetivo de los tipos imprudentes se encuentra el componente volitivo referente a la realización de la conducta, y el componente epistemológico, que se refiere a la posibilidad de conocer la amenaza que la conducta representa para los bienes jurídicos, y, de acuerdo con ese conocimiento, prever el resultado.

La imprudencia constituye un supuesto de error en el que incurre el autor al no advertir la realización del tipo que va a tener lugar. En esta medida nacen las llamadas teorías del error. Por un lado, se encuentra el error de prohibición y por otro el error de tipo.

Cuando se habla del error de prohibición se debe conocer a los tratadistas Arzt y Donatsch, el error de tipo y el error de prohibición se encuentran “confundidos” en los delitos imprudentes, de tal forma que resulta más viable predicar solamente la existencia de un error sobre el carácter prohibido del hecho, que recae en el deber objetivo de cuidado. (Muñoz García, 2011, págs. 67-81).

(Velásquez, pág. 343), observa que la posibilidad de conocer el deber de cuidado, como conocimiento potencial de la antijuridicidad, constituye un

problema de culpabilidad, y el error que sobre ella recaiga es de prohibición. Así, tenemos que, según esta primera tesis:

1. No hay tipo subjetivo en el tipo de injusto imprudente.
2. El error recae sobre el deber objetivo de cuidado como elemento normativo del tipo objetivo. Sobre todo en la imprudencia inconsciente son frecuentes los errores de prohibición que consisten en que “el sujeto no conoce normas jurídicas de las que se deriva el carácter no permitido del peligro”.
3. La posibilidad de conocer dicho deber objetivo hace parte de la “conciencia de la antijuridicidad”, este último elemento de la culpabilidad. En sede de esta categoría dogmática, se requiere que el autor haya tenido la posibilidad de conocer el injusto de su hacer: “es necesario y suficiente el potencial conocimiento del injusto”, sostiene Maurach. En otras palabras, para configurar el reproche en que consiste la culpabilidad, se requiere el conocimiento del injusto; y obrará el autor con actual conocimiento del injusto en aquellos casos en donde se represente como posible el carácter injusto de su acción, y a pesar de ello esta se realiza.
4. El único error posible en el delito culposo, por tanto, es un error de prohibición invencible que en sí descarta la culpabilidad. El error de prohibición se limita a la creencia equivocada de que el hecho no se encuentra prohibido (es decir, versa en esencia sobre el conocimiento de la antijuridicidad), sea porque el autor no conoce la norma jurídica, o porque la conoce mal. En este punto es importante recordar que, al legislador penal, en lo que respecta al conocimiento de la antijuridicidad, le basta que sea potencial, es decir, que el agente haya tenido la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su actuar.
5. En el típico caso del cambio de señalización en la avenida principal, que le permite al conductor maniobrar de determinada forma generando como resultado una lesión; aquí podría predicarse la existencia de un error de prohibición invencible, en la medida en que el autor no estaba en condiciones de comprender la antijuridicidad de su obrar, es decir, no existía de ninguna manera la posibilidad de conocer el deber de cuidado objetivo (que en este caso se concreta en la señal de tránsito que prohíbe el curso en determinado sentido), de tal manera que, sin posibilidades de conocer el injusto de su hacer, se excluye el juicio de culpabilidad y la responsabilidad penal. Aquí se configura un desconocimiento del deber de cuidado, de forma abstracta.
6. Ahora bien, tratándose de la evitabilidad del error de prohibición³⁴, en relación con el delito imprudente, cabe preguntarse si en el ejemplo anterior podría estructurarse un error evitable si, dadas las circunstancias específicas de la situación, el conductor se encontraba en capacidad de conocer oportunamente la antijuridicidad de su obrar, ya sea porque advirtió indicios concretos de que la señalización había sido alterada, o porque dados sus

conocimientos especiales y experiencia en el tráfico no resultaba verosímil una señalización en el sentido indicado. Ciertamente, esta hipótesis sería de rara estructuración en la realidad si se parte del supuesto de que las normas de tráfico inequívocamente indican el riesgo permitido y merecen la confianza absoluta de los conductores en las vías.

7. Para determinar la evitabilidad, o más bien, el “esfuerzo de conciencia” exigible al autor para evitar incurrir en este tipo de error, se deben tener en cuenta sus cualidades, conocimientos personales, aptitudes, y la situación concreta en que se encontraba, aspectos imprescindibles a la hora de formular el juicio de culpabilidad que brilla por su carácter individual y personal.

8. Por último, siguiendo a Zaffaroni, se debe distinguir el conocimiento efectivo o potencial del peligro que la conducta crea para bienes jurídicos, del conocimiento abstracto del deber objetivo de cuidado; por otro lado, en la culpa consciente o con representación el conocimiento del peligro o amenaza es actual, mientras que en la culpa inconsciente es potencial. Por ende, así el sujeto tenga un conocimiento potencial o actual del peligro no permitido, si desconoce directamente su deber de cuidado de forma abstracta, no puede considerarse su obrar como antijurídico y, por tanto, serle reprochado. En todo caso habrá un error, y deberá examinarse el tema de la vencibilidad o invencibilidad. Por último, se debe tener en cuenta que, si bien en la imprudencia inconsciente, en principio, el sujeto no puede tener conciencia de la antijuridicidad, el error de prohibición se hace visible si se parte de la idea de que “el sujeto hubiera percibido la posibilidad de la realización del tipo. (Muñoz García, 2011, págs. 74-75)

Ejemplo de error directo de prohibición en la imprudencia consciente o con representación: el profesional que dirige una obra, a cuyo cargo pone el Concejo Municipal el cuidado en la seguridad de los andamios, puede ordenar a los operarios que los coloquen a su entender, sabiendo con ello el peligro que introduce, pero ignorando que su conducta es antijurídica por creer que es incumbencia ajena la vigilancia de la seguridad de los mismos. En este caso es evidente o que el autor consideró el peligro, pero actuó bajo la errónea suposición de que no era competente para vigilar la seguridad de los andamios; esto es, desconoce su deber de cuidado. Entonces se deberá examinar, la vencibilidad o invencibilidad: si no tenía el profesional la forma de enterarse inequívocamente de la competencia asignada (por error en la información o por falta de ella). (Zaffaroni, 1988, pág. 195)

Ejemplo de error directo de prohibición en la imprudencia inconsciente: un sujeto en su auto cruza una frontera e ignora que la mano de circulación está invertida en el país al que ingresa. En ambos casos no hay representación del peligro, y el desconocimiento del deber de cuidado es evidente, siendo imposible su conocimiento. (Muñoz García, 2011, pág. 76)

Y cuando se habla del error de tipo tenemos la tesis sostenida por Zaffaroni y García Caverio, quienes afirman que puede predicarse un error de tipo invencible:

1. Es posible que el autor, por la imposibilidad manifiesta de conocer el riesgo que el comportamiento crea para bienes jurídicos, obre en una situación de error de tipo invencible (Zaffaroni, tesis seguida en Colombia por Velásquez). Por ejemplo, el conductor de un automotor que colisiona en un cruce porque alguien ha cambiado la señalización. Se predica el error de tipo por la circunstancia de que la creencia errónea versa claramente sobre un elemento del tipo objetivo imprudente, el riesgo jurídicamente desaprobado; así, el conductor en este caso cree fundadamente que no existe un riesgo relevante para bienes jurídicos (observando una “aparente” diligencia de la que no es posible salir), en la medida en que percibe la existencia de una señalización en la carretera. No habría tipicidad imprudente.

2. Un conductor descarga una serie de bultos de un camión, arrojándolos al suelo en el entendimiento de que contienen cualquier mercadería que no se perjudica con dicho proceder, pero causa una explosión porque por error le cargaron en su vehículo un explosivo embalado en forma similar a los otros bultos y sin rótulo. Si se admite el error de tipo debe considerarse, en consecuencia, la existencia de un tipo subjetivo imprudente compuesto por la representación de la posible amenaza al bien jurídico, y la previsibilidad del resultado.

El ejemplo es de García Caverio (citando a Roxin): una persona conduce su automóvil en la zona urbana a 70 km/h porque tiene estropeado el marcador de velocidad que indica 50 km/h, y en esas circunstancias atropella a un peatón. El sujeto en este caso ha determinado erróneamente los límites del riesgo permitido, y de este modo ha considerado atípico lo que estaba prohibido. (Muñoz García, 2011, pág. 77)

Finalmente, para poder atribuir una conducta punible imprudente a una persona es fundamental la creación de un riesgo jurídicamente reprochado y relevante para el bien jurídico, que ese riesgo haya sido preciso para la producción del resultado, y que ese

resultado quede resguardado por el tipo penal. Es así que, a nivel de la tipicidad, se exige la existencia de un resultado producto de la infracción al deber objetivo de cuidado. La doctrina mayoritaria concibe la antijuridicidad en el delito imprudente como comprobación de inexistencia de causales de justificación, y la culpabilidad como reprensión individual por no haber cumplido con el deber subjetivo de cuidado, es decir, el sujeto podía haber operado de modo diferente y no lo hizo porque opero con culpa consciente o culpa inconsciente.

2.4. Marco Legal

El Ecuador con la vigencia del Código Integral Penal ha permitido en cierta medida que se establezca un cuerpo normativo que trae consigo un nuevo catálogo de delitos, y sobre todo haciendo énfasis en las nuevas teorías de imputación objetiva y funcionalismo, a través de los nuevos riesgos que nacen del desarrollo social hacia nuevas formas de convivencia con la aparición de la tecnología y de nuevos modelos y patrones de comportamiento humano y social.

Los nuevos retos que plantea la sociedad ecuatoriana de nuestros días hace que el Derecho Penal que nació en el siglo XIX resulta ineficaz para hacer frente a las nuevas formas de criminalidad como el terrorismo, y la criminalidad organizada que incluso traspasa las fronteras del Estado, la corrupción, los daños ocasionados al medio ambiente, la utilización de nuevas tecnologías, la tecnología genética, las alteraciones en el proceso de fabricación de alimentos y delitos contra el orden económico y financiero. De esta forma se hace un adelantamiento de las barreras de protección y se pretende en este nuevo modelo de sociedad, con peligros que antes no existían, entregar normas de convivencia que de cierta manera protegen los bienes jurídicos antes de que sean lesionados o menoscabados creando un supuesto de hecho que al configurarse dejan abierta la puerta para ser reclamados en la

vía judicial; se presenten medidas de seguridad a través del fortalecimiento de un derecho penal nuevo que inmiscuya una nueva teoría penal del delito donde a parecen los llamados delitos de peligro. En el marco de esta nueva corriente Penal, se observa de forma clara como aparecen figuras doctrinales como las que anteriormente se estudió, así tenemos la sociedad de riesgo de donde nace también el delito imprudente que no es más que el delito proveniente de la culpabilidad. Pues así el (COIP), tiene una definición normativa en el artículo 27 que indica lo siguiente: “Culpa.- Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código.”

Y es de esta forma que el COIP, establece los siguientes delitos con el carácter de culposos:

El art. 145.- “Homicidio culposo. - La persona que por culpa mate a otra, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Con la misma pena será sancionado el funcionario público que, inobservando el deber objetivo de cuidado, haya otorgado permisos, licencias o autorizaciones para la construcción de obras civiles que hubieren perecido, y que como consecuencia de ello se haya ocasionado la muerte de una o más personas.”

El artículo 146.- “**Homicidio culposo por mala práctica profesional.** - La persona que, al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley. Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

El Artículo 377.- “Muerte culposa. - La persona que ocasione un accidente de tránsito del que resulte la muerte de una o más personas por infringir un deber objetivo de cuidado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años, suspensión de la licencia de conducir por seis meses una vez cumplida la pena privativa de libertad. Serán sancionados de tres a cinco años, cuando el resultado dañoso es producto de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, tales como: 1. Exceso de velocidad. 2. Conocimiento de las malas condiciones mecánicas del vehículo. 3. Llantas lisas y desgastadas. 4. Haber conducido el vehículo más allá de las horas permitidas por la ley o malas condiciones físicas de la o el conductor. 5. Inobservancia de leyes, reglamentos, regulaciones técnicas u órdenes legítimas de las autoridades o agentes de tránsito. En caso de que el vehículo con el cual se ocasionó el accidente preste un servicio público de transporte, será solidariamente responsable de los daños civiles la operadora de transporte y la o el propietario del vehículo, sin perjuicio de las acciones administrativas que sean ejecutadas por parte del organismo de transporte competente, respecto de la operadora. La misma multa se impondrá a la o al

empleador público o privado que haya exigido o permitido a la o al conductor trabajar en dichas condiciones.

El Artículo 378.- **Muerte provocada por negligencia de contratista o ejecutor de obra.-** La persona contratista o ejecutor de una obra que por infringir un deber objetivo de cuidado en la ejecución de obras en la vía pública o de construcción, ocasione un accidente de tránsito en el que resulten muertas una o más personas, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. La persona contratista o ejecutora de la obra y la entidad que contrató la realización de la obra, será solidariamente responsable por los daños civiles ocasionados.

Si las obras son ejecutadas mediante administración directa por una institución del sector público, la sanción en materia civil se aplicará directamente a la institución y en cuanto a la responsabilidad penal se aplicarán las penas señaladas en el inciso anterior a la o al funcionario responsable directo de la obra.

De verificarse por parte de las autoridades de tránsito que existe falta de previsión del peligro o riesgo durante la ejecución de obras en la vía pública, dicha obra será suspendida hasta subsanar la falta de previsión mencionada, sancionándose a la persona natural o jurídica responsable con la multa aplicable para esta infracción.

El Artículo 379.- **Lesiones causadas por accidente de tránsito.** - En los delitos de tránsito que tengan como resultado lesiones a las personas, se aplicarán las sanciones previstas en el artículo 152 reducidas en un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso. Serán sancionadas además con reducción de diez puntos

en su licencia. En los delitos de tránsito que tengan como resultado lesiones, si la persona conduce el vehículo en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias

estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, se aplicarán las sanciones máximas previstas en el artículo 152, incrementadas en un tercio y la suspensión de la licencia de conducir por un tiempo igual a la mitad de la pena privativa de libertad prevista en cada caso La o el propietario del vehículo será responsable solidario por los daños civiles.

El Artículo 380.- **Daños materiales.** - La persona que como consecuencia de un accidente de tránsito cause daños materiales cuyo costo de reparación sea mayor a dos salarios y no exceda de seis salarios básicos unificados del trabajador en general, será sancionada con multa de dos salarios básicos unificados del trabajador en general y reducción de seis puntos en su licencia de conducir, sin perjuicio de la responsabilidad civil para con terceros a que queda sujeta por causa de la infracción. En el caso del inciso anterior, la persona que conduzca un vehículo en el lapso en que la licencia de conducir se encuentre suspendida temporal o definitivamente, será sancionada con multa de cinco salarios básicos unificados del trabajador en general. La persona que como consecuencia del accidente de tránsito cause solamente daños materiales cuyo costo de reparación exceda los seis salarios básicos unificados del trabajador en general, será sancionada con multa de cuatro salarios básicos unificados del trabajador en general y reducción de nueve puntos en su licencia de conducir. En el caso del inciso anterior, la persona que conduzca un vehículo en el lapso en que la licencia de conducir se encuentre suspendida temporal o definitivamente, será sancionada con multa de siete salarios básicos unificados del trabajador en general. En cualquier caso, la o el propietario del vehículo será solidariamente responsable de los daños civiles.

En materia criminal la doctrina elaborada por el positivismo jurídico con base a los códigos del siglo XIX resulta, incongruente con las nuevas tendencias, pues fueron elaborados en base a la protección de bienes jurídicos individuales, cuyo núcleo central era

la persona física, actualmente han aparecido nuevos protagonistas en el escenario delictivo, las personas jurídicas, aclarando que esta clase de personas desde muchos años atrás han estado vinculadas a la actividad delictiva, sólo que pareciera que la tendencia política criminal actual es incluirlas dentro de su programa criminal, a través de la persecución de los “delitos de cuello blanco”. Y de esta forma, se propone la necesidad de revisar algunas categorías doctrinarias como la autoría y la participación, la omisión y la imprudencia, la relación de causalidad, entre otras. En definitiva, los nuevos riesgos de la sociedad han llegado, sobre todo, de la mano de aquellos entes ideales, por lo que es válido hablar de la empresa como generadora de riesgos. En base a estas ideas se ha venido realizando reformas en la materia en busca de aquella pretendida eficacia, dando lugar a una ampliación en la intervención del Derecho penal de manera sorprendente, quedando, por tanto, reducidos notablemente los espacios de libertades personales y se ha consolidado una expansión del derecho penal. Adicional se ha promovido el surgimiento de un moderno sistema punitivo caracterizado no solo por el aumento de los comportamientos considerados delictivos y la dureza de sus consecuencias jurídicas, sino también por variaciones considerables en el ámbito de las garantías, los criterios de imputación y las reglas procesales. Por lo tanto, el moderno Derecho penal tiene como notas principales, la protección de nuevos bienes jurídicos de carácter colectivo, el aumento como consecuencia de los nuevos riesgos masivos e incalculables de los sujetos en posición de garante (comisión por omisión) y de los deberes objetivos de cuidado (delitos imprudentes). Por otro lado, se aprecia –bajo el slogan de aseguramiento del futuro– la utilización de nuevas técnicas de tipificación como los delitos de acumulación y los delitos de peligro abstracto, operándose, por tanto, un adelantamiento de la intervención del poder punitivo.

A continuación, se identifica un catálogo de delitos de peligro concreto y abstracto que existen dentro de la norma penal ecuatoriana:

Art. 89.- Delitos de lesa humanidad.- Son delitos de lesa humanidad aquellos que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil: la ejecución extrajudicial, la esclavitud, el desplazamiento forzado de la población que no tenga por objeto proteger sus derechos, la privación ilegal o arbitraria de libertad, la tortura, violación sexual y prostitución forzada, inseminación no consentida, esterilización forzada y la desaparición forzada, serán sancionados con pena privativa de libertad de veintiséis a treinta años.

Art. 107.- Adopción ilegal. - La persona que facilite, colabore, realice, traslade, intervenga o se beneficie de la adopción ilegal de personas será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años. La misma sanción se impondrá a la persona que eludiendo los procedimientos legales para el acogimiento o la adopción y con el fin de establecer una relación análoga a la filiación, induzca, por cualquier medio, al titular de la patria potestad a la entrega de una niña, niño o adolescente a otro.

Art. 108.- Empleo de personas para mendicidad. - La persona que facilite, colabore, promueva o se beneficie al someter a mendicidad a otra persona, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Art. 132.- Modificación ambiental con fines militares. - La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, utilice técnicas de modificación ambiental con fines militares, de combate u otros fines hostiles como medio para producir destrucciones, daños o perjuicios vastos, duraderos, graves o permanentes al ambiente, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Art. 154.- Intimidación. - La persona que amenace o intimide a otra con causar un daño que constituya delito a ella, a su familia, a personas con las que esté íntimamente vinculada, siempre que, por antecedentes aparezca verosímil la consumación del hecho, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Art. 176.- Discriminación.- La persona que salvo los casos previstos como políticas de acción afirmativa propague practique o incite a toda distinción, restricción, exclusión o preferencia en razón de nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad o estado de salud con el objetivo de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Art. 201.- Ocupación, uso ilegal de suelo o tráfico de tierras. - La persona que para obtener provecho propio o de terceros, promueva u organice la ocupación o asentamiento ilegal en terrenos ajenos, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Art. 214.- Manipulación genética. - La persona que manipule genes humanos alterando el genotipo, con finalidad diferente a la de prevenir o combatir una enfermedad, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Art. 215.- Daño permanente a la salud. - La persona que utilice elementos biológicos, químicos o radioactivos que causen un daño irreparable, irreversible o permanente a la salud de una o más personas, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Art. 236.- Casinos, salas de juego, casas de apuestas o negocios dedicados a la realización de juegos de azar. - La persona que administre, ponga en funcionamiento o establezca casinos, salas de juego, casas de apuestas o negocios dedicados a la realización

de juegos de azar, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La persona que con afán de lucro lleve a cabo las actividades señaladas en el inciso anterior, simulando que las efectúa sin fines de lucro, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Serán comisados los instrumentos, productos o réditos utilizados u obtenidos por el cometimiento de la infracción.

Art. 243.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica.- En el caso de personas jurídicas que no cumplan con la obligación de afiliarse a uno o más de sus trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se impondrá la intervención de la entidad de control competente por el tiempo necesario para precautelar los derechos de las y los trabajadores y serán sancionadas con multa de tres a cinco salarios básicos unificados del trabajador en general, por cada empleado no afiliado, siempre que estas no abonen el valor respectivo dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificado.

Art. 244.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. - La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días.

Art. 247.- Delitos contra la flora y fauna silvestres.- La persona que cace, pesque, capture, recolecte, extraiga, tenga, transporte, trafique, se beneficie, permute o comercialice, especímenes o sus partes, sus elementos constitutivos, productos y derivados, de flora o fauna silvestre terrestre, marina o acuática, de especies amenazadas, en peligro de extinción y migratorias, listadas a nivel nacional por la Autoridad Ambiental Nacional así como instrumentos o tratados internacionales ratificados por el Estado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Art. 248.- Delitos contra los recursos del patrimonio genético nacional. El atentado contra el patrimonio genético ecuatoriano constituye delito en los siguientes casos: 1. Acceso no autorizado: la persona que incumpliendo la normativa nacional acceda a recursos genéticos del patrimonio nacional que incluya o no componente intangible asociado, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años de prisión. La pena será agravada en un tercio si se demuestra que el acceso ha tenido finalidad comercial. 2. Erosión genética: la persona que con sus acciones u omisiones ingrese, reproduzca, trafique o comercialice organismos o material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional, que incluyan o no componente intangible asociado, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años, tomando en consideración el valor de los perjuicios causados. 3. Pérdida genética: la persona que con sus acciones u omisiones provoque pérdida del patrimonio genético nacional, que incluya o no componente intangible asociado será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años, tomando en consideración el valor de los perjuicios causados.

Art. 254.- Gestión prohibida o no autorizada de productos, residuos, desechos o sustancias peligrosas.- La persona que, contraviniendo lo establecido en la normativa vigente, desarrolle, produzca, tenga, disponga, queme, comercialice, introduzca, importe, transporte, almacene, deposite o use, productos, residuos, desechos y sustancias químicas o peligrosas, y con esto produzca daños graves a la biodiversidad y recursos naturales, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años cuando se trate de: 1. Armas químicas, biológicas o nucleares. 2. Químicos y Agroquímicos prohibidos, contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos y sustancias radioactivas. 3. Diseminación de enfermedades o plagas. 4. Tecnologías, agentes biológicos experimentales u organismos genéticamente modificados

nocivos y perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la biodiversidad y recursos naturales.

Art. 255.- Falsedad u ocultamiento de información ambiental. - La persona que emita o proporcione información falsa u oculte información que sea de sustento para la emisión y otorgamiento de permisos ambientales, estudios de impactos ambientales, auditorías y diagnósticos ambientales, permisos o licencias de aprovechamiento forestal, que provoquen el cometimiento de un error por parte de la autoridad ambiental, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Art. 261.- Financiamiento o suministro de maquinarias para extracción ilícita de recursos mineros. - La persona que, en beneficio propio o de terceros, financie o suministre a cualquier título, maquinaria, equipos, herramientas y en general cualquier instrumento que se utilice para realizar las actividades ilícitas descritas en el artículo anterior, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Art. 268.- Prevaricato de las o los jueces o árbitros.- Las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional; las o los árbitros en derecho que fallen contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes; procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda, en la sustanciación de las causas o conozcan causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogadas o abogados, procuradoras o procuradores, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Art. 269.- Prevaricato de las o los abogados. - La o el abogado, defensor o procurador que en juicio revele los secretos de su persona defendida a la parte contraria o que después de haber defendido a una parte y enterándose de sus medios de defensa, la abandone y defienda a la otra, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Art. 272.- Fraude procesal. - La persona que con el fin de inducir a engaño a la o al juez, en el decurso de un procedimiento civil o administrativo, antes de un procedimiento penal o durante él, oculte los instrumentos o pruebas, cambie el estado de las cosas, lugares o personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Art. 276.- Omisión de denuncia por parte de un profesional de la salud. - La o el profesional o la o el auxiliar en medicina u otras ramas relacionadas con la salud que reciba a una persona con signos de haber sufrido graves violaciones a los derechos humanos, a la integridad sexual y reproductiva o muerte violenta y no denuncie el hecho, será sancionado con pena privativa de libertad de dos a seis meses.

Art. 277.- Omisión de denuncia. - La persona que en calidad de servidora o servidor público y en función de su cargo, conozca de algún hecho que pueda configurar una infracción y no lo ponga inmediatamente en conocimiento de la autoridad, será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días.

Art. 279.- Enriquecimiento ilícito.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función, superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Art. 280.- Cohecho. - Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero, sea para hacer, omitir,

agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Art. 285.- Tráfico de influencias.- Las o los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, prevaliéndose de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otra u otro servidor para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses o de terceros, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Art. 286.- Oferta de realizar tráfico de influencias. - La persona que, ofreciéndose a realizar la conducta descrita en el artículo anterior, solicite de terceros: dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o acepte ofrecimiento o promesa, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Art. 287.- Usurpación y simulación de funciones públicas. - La persona que ejerza funciones públicas sin autorización o simule cargo o función pública, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Delitos contra la eficiencia de la administración pública

Art. 289.- Testaferrismo.- La persona que consienta en aparentar como suyos bienes muebles, inmuebles, títulos, acciones, participaciones, dinero, valores o efectos que lo representen, producto del enriquecimiento ilícito de la o el servidor o ex servidor público o producto del enriquecimiento privado no justificado, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Arts. 231 LEY ORGANICA DE SERVICIO PUBLICO, LOSEP, Arts. 5, 10, 24 LEY ORGANICA DE LA CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO, Arts. 31

Art. 297.- Enriquecimiento privado no justificado. - La persona que obtenga para sí o para otra, en forma directa o por interpuesta persona, incremento patrimonial no justificado mayor a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Art. 304.- Tráfico de moneda. - La persona que introduzca, adquiera, comercialice, circule o haga circular moneda adulterada, modificada o falseada en cualquier forma, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Art. 305.- Producción, tenencia y tráfico de instrumentos destinados a la falsificación de moneda. - La persona que produzca, conserve, adquiera o comercialice materias primas o instrumentos destinados a la falsificación, fabricación o alteración de moneda nacional o extranjera, cheques, títulos valores, tarjetas de crédito, débito, pago u otros documentos o dispositivos empleados como medio de pago equivalente a la moneda, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Delito régimen monetario

Art. 307.- Pánico económico. - La persona que publique, difunda o divulgue noticias falsas que causen daño a la economía nacional para alterar los precios de bienes o servicios con el fin de beneficiar a un sector, mercado o producto específico, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Delitos económicos

Art. 308.- Agiotaje. - Será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años: 1. La persona que, fraudulentamente, por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género haga alzar o bajar el precio de la mercadería, de los papeles, efectos o valores, con el fin de no venderlos sino por un precio determinado. 2. La persona que no pague el precio oficial mínimo de sustentación establecido por el Estado para el banano, maíz, arroz o cualquier otro producto agrícola, con fines de comercialización en

el mercado nacional o extranjero. 3. La que ofrezca fondos públicos o acciones u obligaciones de una sociedad o persona jurídica, afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsos.

Art. 317.- Lavado de activos. - La persona que en forma directa o indirecta:

3. Preste su nombre o el de la sociedad o empresa, de la que sea socio o accionista, para la comisión de los delitos tipificados en este artículo.
4. Organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de los delitos tipificados en este artículo.

Art. 322.- Pánico financiero. - La persona que divulgue noticias falsas que causen alarma en la población y provoquen el retiro masivo de los depósitos de cualquier institución del sistema financiero y las de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera, que pongan en peligro la estabilidad o provoquen el cierre definitivo de la institución, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Delitos contra el sistema financiero

Art. 336.- Rebelión. - La persona que se alce o realice acciones violentas que tengan por objeto el desconocimiento de la Constitución de la República o el derrocamiento del gobierno legítimamente constituido, sin que ello afecte el legítimo derecho a la resistencia, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. La persona que realice uno o varios de los siguientes actos, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a diez años. 1. Se levante en armas, para derrocar al gobierno o dificultar el ejercicio de sus atribuciones. 2. Impida la reunión de la Asamblea Nacional o la disuelva. 3. Impida las

elecciones convocadas. 4. Promueva, ayude o sostenga cualquier movimiento armado para alterar la paz del Estado. Delitos contra la seguridad pública

Art. 339.- Actos hostiles contra el Estado. - La persona que participe en actos de hostilidad o en conflictos armados contra el Estado será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años en cualquiera de los siguientes casos: 1. Suministre información que facilite la agresión por parte de otro Estado. 2. Tome las armas en contra del Estado ecuatoriano. 3. Permita que se establezcan bases o instalaciones militares extranjeras o cedan bases nacionales o fuerzas militares a otros estados con propósitos militares. Delitos contra la seguridad pública

Art. 341.- Tentativa de asesinato contra la o el Presidente de la República. - La tentativa de asesinato contra la o el Presidente de la República o la persona que se halle ejerciendo esa Función, se sancionará con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Art. 348.- Incitación a discordia entre ciudadanos. - La persona que promueva la discordia entre los ciudadanos, armando o incitando a armarse unos contra otros, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Art. 349.- Grupos subversivos. - La persona que promueva, dirija o participe en organizaciones armadas, comandos, grupos de combate, grupos o células terroristas, destinadas a subvertir el orden público, sustituir las fuerzas armadas y policía nacional, atacarlas o interferir su normal desempeño, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Art. 360.- Tenencia y porte de armas. - La tenencia consiste en el derecho a la propiedad legal de un arma que puede estar en determinado lugar, dirección particular, domiciliaria o lugar de trabajo, para lo cual se requiere autorización de la autoridad

competente del Estado. La persona que tenga armas de fuego sin autorización, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.

Art. 363.- Instigación. - La persona que públicamente instigue a cometer un delito contra una persona o institución y no pueda ser considerada legalmente como copartícipe, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

Art. 365.- Apología. - La persona que por cualquier medio haga apología de un delito o de una persona sentenciada por un delito, será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta.

Art. 366.- Terrorismo.- La persona que individualmente o formando asociaciones armadas, provoque o mantenga en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o pongan en peligro las edificaciones, medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años, en especial si: 1. La persona que, respecto de un transporte terrestre, una nave o aeronave, plataformas fijas marinas, se apodere de ella, ejerza control sobre la misma por medios tecnológicos, violentos, amenaza o intimidación; derribe, destruya, cause daños, coloque o haga colocar un artefacto o sustancia capaz de destruirlo o causar daños que le incapaciten para su transportación. 2. La persona que destruya por cualquier medio, edificación pública o privada, plataforma fija marina, instalaciones de áreas estratégicas, servicios básicos esenciales, así como de las instalaciones o servicios de transportación terrestre, navegación aérea o marítima, si tales actos, por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de la transportación terrestre, de las aeronaves o naves, como de la seguridad de las plataformas y demás edificaciones. 3. La persona que realice actos de violencia que por su naturaleza, causen o puedan causar lesiones o constituyan un peligro

para la seguridad de estos o sus ocupantes, en un transporte terrestre, a bordo de una aeronave, nave, en una plataforma fija marina, en puertos, aeropuertos, instalaciones de áreas estratégicas, servicios básicos esenciales o ambiente. 4. La persona que comunique, difunda o transmita informes falsos poniendo con ello en peligro la seguridad de un transporte terrestre, de una nave o aeronave. 5. La persona que, irrumpa los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de las personas internacionalmente protegidas. 6. La persona que realice por sí misma o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras económicas, con el objeto de dar apariencia de licitud para desarrollar actividades terroristas tipificadas en este Código. 7. La persona que hurte, robe, malverse, obtenga mediante fraude o extraiga mediante amenazas, uso de la violencia o intimidación materiales nucleares. 8. La persona que reciba, posea, use, transfiera, altere, evacúe o disperse materiales nucleares sin autorización legal, si tal acto causa lesiones graves a una persona o grupo de personas o daños materiales sustanciales. 9. La persona que entregue, coloque, arroje o detone un artefacto o sustancia explosiva u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura, con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales a las personas o con el fin de causar una destrucción material significativa. 10. Cuando por la realización de estos actos se produzca la muerte de una o más personas, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Art. 370.- Asociación Ilícita. - Cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos, sancionados con pena privativa de libertad de menos de cinco años, cada una de ellas será sancionada, por el solo hecho de la asociación, con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Art. 383.- Conducción de vehículo con llantas en mal estado. - La persona que conduzca un vehículo cuyas llantas se encuentren lisas o en mal estado, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a quince días y disminución de cinco puntos en la licencia de conducir.

Art. 385.- Conducción de vehículo en estado de embriaguez. - La persona que conduzca un vehículo en estado de embriaguez, será sancionada de acuerdo con la siguiente escala: 1. Si el nivel de alcohol por litro de sangre es de 0,3 a 0,8 gramos, se aplicará multa de un salario básico unificado del trabajador en general, pérdida de cinco puntos en su licencia de conducir y cinco días de privación de libertad. 2. Si el nivel de alcohol por litro de sangre es mayor de 0,8 hasta 1,2 gramos, se aplicará multa de dos salarios básicos unificados del trabajador en general, pérdida de diez puntos en su licencia de conducir y quince días de privación de libertad. 3. Si el nivel de alcohol por litro de sangre supera 1,2 gramos, se aplicará multa de tres salarios básicos unificados del trabajador en general, la suspensión de la licencia por sesenta días y treinta días de privación de libertad.

Artículo 376.- Muerte causada por conductor en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan.- La persona que conduzca un vehículo a motor en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan y ocasione un accidente de tránsito del que resulten muertas una o más personas, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a doce años, revocatoria definitiva de la licencia para conducir vehículos. En el caso del transporte público, además de la sanción prevista en el inciso anterior, el propietario del vehículo y la operadora de transporte serán solidariamente responsables por los daños civiles, sin perjuicio de las acciones administrativas que sean ejecutadas por parte del organismo de transporte competente sobre la operadora.

Artículo 381.- Exceso de pasajeros en transporte público. - La persona que conduzca un vehículo de transporte público, internacional, intrarregional, interprovincial, intraprovincial con exceso de pasajeros, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año, suspensión de la licencia de conducir por el mismo plazo.

Artículo 382.- Daños mecánicos previsible en transporte público. - La persona que conduzca un vehículo de transporte público con daños mecánicos previsible, y como resultado de ello ponga en peligro la seguridad de los pasajeros, será sancionada con una pena privativa de libertad de treinta a ciento ochenta días, suspensión de la licencia de conducir por el mismo tiempo. Será responsable solidariamente la o el propietario del vehículo.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1. Descripción del área de estudio.

Estudio descriptivo de bibliografía jurídica, revistas especializadas y jurisprudencia, además de la Doctrina Penal y Dogmática Penal. Análisis estadístico. Asistencia y participación en cursos de especialización en derecho penal.

3.2. Enfoque y tipo de investigación.

El enfoque de la presente investigación se basa en analizar los mecanismos de aplicación del adelantamiento de la barrera de protección analizar derecho penal es así que revisara métodos documentales por lo cual el tipo de investigación es cualitativa.

El tipo de investigación jurídica corresponde al campo jurídico descriptivo. Es un tipo de investigación jurídico–descriptivo porque aplica el método analítico a un tema específico.

3.3. Procedimiento de investigación.

En presente trabajo de investigación se utilizará la siguiente técnica de investigación, esta es: la entrevista semiestructurada, con el fin de recopilar información más exacta sobre el tema.

Se realizarán entrevistas a los operadores de justicia (jueces de las unidades penales y jueces de los tribunales penales de Imbabura), fiscales, abogados en libre ejercicio del

ámbito penal, a fin de que emitan su criterio respecto del adelantamiento de la barrera de protección del derecho penal en el COIP.

3.3.1 Análisis de Entrevista

Primera Pregunta. - Considera usted que ¿El COIP, ha sido creado a través de la técnica legislativa que plasma la teoría del adelantamiento de la barrera de protección del derecho penal?

En la mayoría de los profesionales a los cuales se practicó la entrevista contestaron de forma afirmativa indicando que de forma no muy clara el Ecuador a través del COIP, si plasma la teoría de adelantamiento de la barrera de protección penal, por cuanto algunos delitos tipificados en el Código están dirigidos a cuidar y proteger los bienes jurídicos de una forma anticipada al cometimiento del ilícito. Es decir el COIP, a través de la descripción de ciertos actos que no necesariamente marcan un acto punitivo como tal, persigue proteger bienes jurídicos de trascendental importancia para el Estado.

Segunda Pregunta. - ¿Cómo se aplica el adelantamiento de la barrera de protección del derecho penal en el Ecuador?

De los entrevistados se ha podido deducir que el Ecuador aplica el adelantamiento de la barrera de protección mediante la tipificación en el COIP de delitos abstractos esto tiene su fundamento material, en la medida que, una persona es protegida por el Estado a través de la legislación penal no solo por el daño cuantificable, sino por el daño que hipotéticamente podría recibir, aunque no sea cuantificable.

Tercera Pregunta. - Conoce usted la teoría de los delitos de peligro abstracto y concreto. De ser así, en breves palabras ¿qué son los delitos de peligro?

Las personas entrevistadas que son profesionales especializados en el ámbito del derecho penal han indicado que si conocen los delitos de peligro y los han definido como y se trata de una estructura que maneja el Derecho penal que apoya el argumento de que la

legislación punitiva protege bienes jurídicos, de esta manera en la función de protectora de estos valores se plantea delitos que protegerían , no solamente los bienes jurídicos que han sido lesionados, sino los que se encuentran en peligro de dos formas, el primero un peligro abstracto, es decir incuantificable, y el segundo un peligro concreto o determinable.

Cuarta Pregunta.- Desde su criterio, ¿el COIP tipifica delitos de peligro? De ser así, ¿cuáles serían estos delitos?

Los delitos que según los entrevistados tipifica el COIP y son delitos de peligro son: los relacionados con la naturaleza, homicidio culposo por mala práctica médica, tenencia de armas y las contravenciones de tránsito.

Quinta Pregunta.- ¿Cómo se relaciona la protección de bienes jurídicos colectivos con los delitos de peligro?

La tipificación de delitos en un Estado debe tener un fundamento para legitimar la intervención punitiva, caso contrario esta legitimidad no podría justificarse que traería como consecuencia una intervención arbitraria. En este sentido el fundamento que intenta ser más coherente, aunque no tan plausible, es que existen bienes jurídicos o valores que pertenecen a la sociedad que no pueden ser protegidos por otras ramas distintas al Derecho penal y por esta razón es necesaria su protección punitiva.

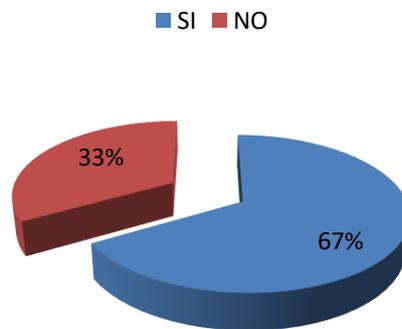
Sexta Pregunta. - ¿Cuál es la diferencia entre delitos de peligro y delitos comunes?

La diferencia consiste en que, en los delitos comunes se necesita un resultado determinable para poder establecer o verificar el daño, y los delitos de peligro no es necesario determinar este resultado para calificar como conducta delictiva, es decir mientras en los delitos comunes la protección se ex post y en los otros ex ante.

3.3.2 Gráficos

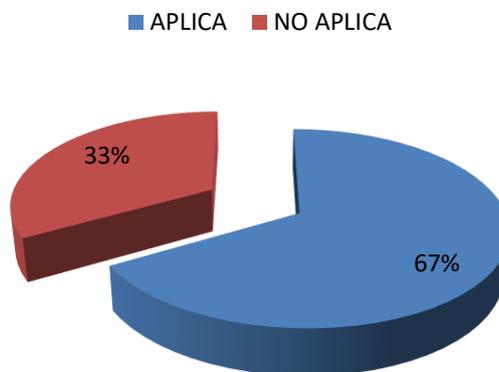
Primera Pregunta. -

1. Considera usted que ¿El COIP, ha sido creado a través de la técnica legislativa que plasma la teoría del adelantamiento de la barrera de protección del derecho penal?



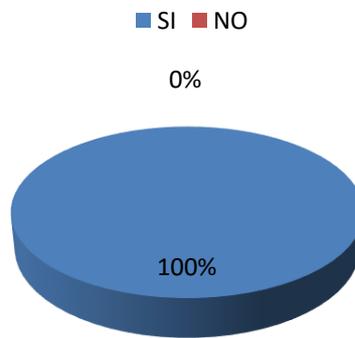
Segunda Pregunta. -

¿Cómo se aplica el adelantamiento de la barrera de protección del derecho penal en el Ecuador?



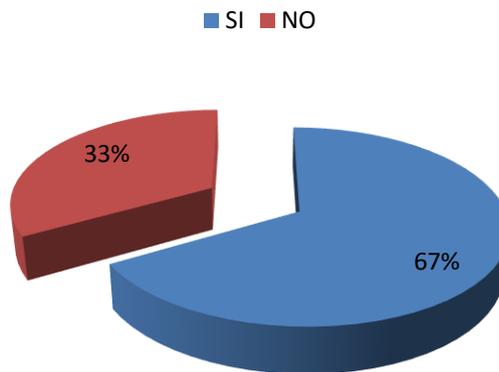
Tercera Pregunta. -

3. Conoce usted la teoría de los delitos de peligro abstracto y concreto? De ser así, en breves palabras ¿qué son los delitos de peligro?



Cuarta Pregunta. -

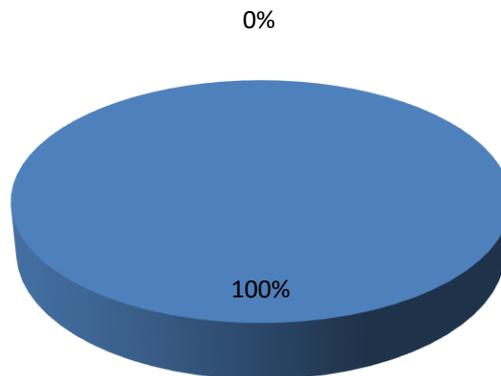
Desde su criterio, ¿el COIP tipifica delitos de peligro? De ser así, ¿cuáles serían estos delitos?



Quinta Pregunta. -

¿Cómo se relaciona la protección de bienes jurídicos colectivos con los delitos de peligro?

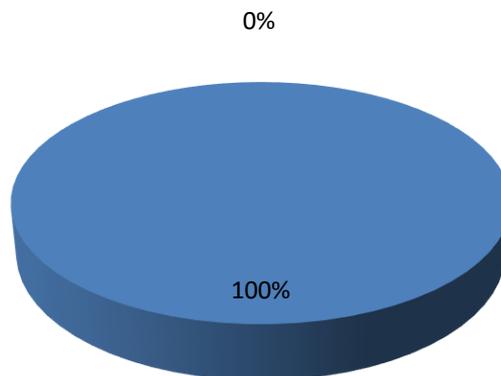
■ SE RELACIONA ■ NO SE RELACIONA



Sexta Pregunta. -

¿cuál es la diferencia entre delitos de peligro y delitos comunes?

■ EXISTE ■ NO EXISTE



CAPÍTULO IV

MARCO ADMINISTRATIVO

4.1. Recursos.

Recursos Humanos.

Para realizar el trabajo de investigación se requerirá de los siguientes recursos: humanos, Asesor de Tesis, Tutor de Tesis, Fiscales, Jueces Penales y Abogados en libre ejercicio.

Recursos Materiales.

Los materiales que se van a emplear para la elaboración de la tesis son los que se detallan a continuación:

Materiales:	Unidad/unidades	Costo	Costo
Resma de papel	3	4.50	13.50
Cartuchos Tinta Impresora	2	6.00	12.00
Memory Flash	1	15.00	15.00
Computador	1	2.000	2.000
Impresora	1	450.00	450.00
<i>Subtotal material:</i>			2.490.50USD

Financiamiento.

El financiamiento será exclusivamente del maestrante quien cuenta con la solvencia económica para poder realizar la tesis.

Cronograma de actividades.

El cronograma a ser aplicado para la tesis, es la siguiente:

CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES	2021-2021											
	MESES											
	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio					
REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA	x	x	X	x	x							
APROBACIÓN PLAN DE TESIS		x										
PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	x	x										
MARCO TEÓRICO			x	x	x							
REVISIÓN DE DATOS					x	x						
RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN		x	x	x	x	x						
ANÁLISIS DE INFORMACIÓN				x	x	x	x					
ELABORACIÓN DE BORRADOR DE TRABAJO FINAL							x	x				
REVISIÓN TRABAJO FINAL								x				
SUSTENTACIÓN DE TESIS								x				

CONCLUSIONES:

- La política criminal se halla condicionada, entre otros factores, por la realidad imperante de cada momento histórico y por el modelo de Estado al cual se conecta. Las sociedades sufren modificaciones producto de su propia evolución y con ello también las conductas que se consideran delictivas y los métodos de reacción frente a esto. Buscando la eficacia del poder punitivo, dando como resultado la ampliación en la intervención del derecho penal de manera absoluta, quedando reducidas algunas libertades personales y ha surgido un moderno sistema punitivo caracterizado no solo por el aumento de comportamientos considerados delictivos y las duras sanciones sino también por variaciones considerables –flexibilización– en el ámbito de las garantías, los criterios de imputación y las reglas procesales.

- La expansión del Derecho Penal supone entre otras cosas la protección de nuevos bienes jurídicos colectivos y la utilización de nuevas técnicas de tipificación apareciendo los delitos de lesión y delitos de peligro concreto y abstracto. La decisión político criminal se encuentra influenciada, por los nuevos riesgos de la sociedad postindustrial y que se concentra en adelantar las barreras de intervención del Derecho penal restringiendo de manera alarmante los espacios de libertad, con el objeto de impedir que los riesgos, se transformen o materialicen en catástrofes. En definitiva, lo que se pretende no es más que, por medio del mecanismo punitivo, anticipar el acaecimiento de una catástrofe, castigando aquellas situaciones peligrosas –más allá del riesgo permitido– generadoras de riesgos.

- En el Ecuador el adelantamiento de la barrera de protección se la ve de cierta forma materializada como técnica legislativa en el Código Orgánico Integral Penal, a través de la tipificación de comportamientos y actos que por si solos no se constituyen

un delito, pero que, al configurar una presunción, éstos pueden con llevar el riesgo de dañar un bien jurídico que se encuentre establecido dentro del catálogo de garantías y derechos constitucionales. En razón de ello, la meta no es otra que la búsqueda de aquella seguridad o sensación de seguridad en la sociedad por medio del recurso a un Derecho penal diferente.

- Las entrevistas permiten distinguir que existe una idea central de lo que encierra la tutela y protección de los bienes jurídicos y que el Código Orgánico Integral, establece una mínima ampliación en la barrera de protección a través de ciertos delitos de peligro que se logra distinguir en este trabajo y que sin duda alguna son la fuente principal de la corriente nueva del riesgo y la importancia de la seguridad y protección inminente y a priori de los bienes jurídicos, principalmente de los colectivos es decir de los relacionados con la naturaleza, las comunidades y pueblos.

- A partir de la doctrina de la sociedad de riesgo, se establece la existencia de los delitos de peligro, los mismos que son los causantes del adelantamiento de las barreras de protección. En razón de ello, la meta no es otra que la búsqueda de aquella seguridad o sensación de seguridad en la sociedad. El análisis debe ser visto a partir de la conciencia de que las actividades individuales en algunas ocasiones inciden en la vida de los demás y que por tanto son consideradas como actividades riesgosas.

RECOMENDACIONES

- Se requiere una técnica legislativa que permita identificar ese comportamiento social colectivo que pone en riesgo no solo los bienes jurídicos colectivos sino también los bienes jurídicos individuales. Y que son sometidos a una sociedad que avanza constantemente y que los riesgos a su vez se modifican y afectan el discurso político, el proceso para identificar esta clase de delitos debe ser más sencillo u ordenado a tal punto que los delitos de peligro actualmente deben tener un capítulo o título independiente dentro del Código Orgánico Integral Penal.
- Es importante distinguir aquellas leyes penales que se justifican de aquellas que no se justifican a través de una criminalización absolutamente clara que permita proteger los bienes jurídicos individuales y colectivos. Sincronizando la idea de peligro, lesión y riesgo, que marcan la diferencia entre una teoría y otra y que son el puntal para tipificar las conductas y establecer sanciones coherentes a las mismas.
- La propuesta de un derecho penal mínimo y una refundación garantista de la jurisdicción penal, quiere ser una contribución a la reflexión sobre las alternativas democráticas a esta crisis que sacude al mismo tiempo a la razón jurídica y al estado de derecho. La suposición teórica en que se basa es la existencia de un vínculo indisoluble entre garantía de los derechos fundamentales, división de poderes y democracia. Sólo un derecho penal reconducido únicamente a las funciones de tutela de bienes y derechos fundamentales puede, en efecto, conjugar eficiencia y certeza jurídica. Y sólo un derecho procesal que, en garantía de los derechos del imputado, minimice los espacios impropios de la discrecionalidad

judicial, puede ofrecer a su vez un sólido fundamento a la independencia del poder judicial y a su papel de control de las ilegalidades del poder.

- Las puestas en peligro han de ser verificables en cada caso concreto, evaluando la relación estadística de potencialidad lesiva para los bienes jurídicos, con lo cual el peligro es un elemento del tipo que debe estar presente y no presumido. El conocimiento del autor de la conducta no puede estar solo referido a la descripción típica, sino que, además, a propósito de la culpabilidad, es necesario la conciencia de la antijuridicidad reflejada en la comprensión de la creación de una situación de peligro. Hacerlo de otra manera sería presumir lo injusto.

REFERENCIAS

- Ambos, K. (2013). BIEN JURÍDICO Y HARM PRINCIPLE: BASES TEORICAS PARA DETERMINAR LA FUNCION GLOBAL DEL DERECHO PENAL. *Revista de Derecho Penal y Criminología* .
- Antón, J. (1986). *Derecho Penal* . Madrid , España .
- Bacigalupo, E. (1984). *Manual de Derecho Penal (Parte General)* . Argentina .
- Bages Santacana, J. (s.f.). *La tentativa en los delitos de peligro abstracto*. Barcelona: Universitat de Barcelona.
- Burgueño Duarte, L. B. (2019). *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones Jurídica de la UNAM* . Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>
- Bustos Ramírez, J. (1987). *Los bienes jurídicos*. Barcelona , España .
- Bustos, J. (1967). *Culpa y finalidad (los delitos culposos y la teoría final de la acción)*. (J. d. Chile, Ed.) Santiago de Chile, Chile.
- Carnelutti, F. (1952). *El Delito*. (E. j. Europa, Ed.) Buenos Aires, Argentina.
- Carrasco Jimenez, E. (s.f.). LA “TEORÍA MATERIAL DEL BIEN JURIDICO DEL SISTEMA BUSTOS/ HORMAZABAL . Salamanca , España.
- Dino Carlos, C. C. (s.f.). *Sociedades de Riesgo y Bienes Jurídicos Colectivos*. España .
- Dykinson. Luzón, D. (1996). *Curso de Derecho penal. Parte General*. Madrid.
- Engisch, K. (1930). *Investigaciones sobre el dolo y la imprudencia en el Derecho Penal*. (S. Verlag, Ed.) Berlin.
- Garrido, V; Illescas, S; y STANGELAND, P. (2006). En V. Garrido, S. Illescas, & P. y STANGELAND, *Principios de Criminología*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Gomez Martin, V. (s.f.). *Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal* . En M. Puig, *Politica Criminal* (pág. 78). Mirentxu: Corcoy Bidasolo.
- Hassemer, W. (1989). *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico, Doctrina Penal, Teoría y Prectica en las Cinecias Penales*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*. Madrid , España.
- Jiménez, L. (1963). *Tratado de Derecho penal. Tomo II*. Buenos Aires, Argentina.

- KUHLEN, L. (2012). Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito. En P. Robles, *Principios operativos en la fundamentación del castigo* (pág. 225). Barcelona : Atelier .
- Luzón, J. (2005). Compendio de Derecho penal. Parte General. Madrid , España .
- Luzón, J. (2005). Compendio de Derecho penal. Parte General. Madrid, España .
- Madrigal Navarro, J. (marzo de 2015). Revista Judicial,. Costa Rica, Costa Rica.
- Mendoza Buergo, B. (2002). La configuración del injusto (OBJETIVO) de los Delito de Peligro Abstracto. Madrid , España .
- Mir Puig, S. (2006). Derecho Penal parte General . Barcelona , España.
- Molina Fernandez, F. (agosto de 1995). El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito. (R. C. Derecho, Ed.) Santiago de Chile, Chile.
- Muñoz García, M. A. (julio de 2011). Revista Derecho Penal y Criminología • volumen xxxii - número 93.
- Omar Lucas, C. (2017). *Fenómeno de Anticipación de la Barrera Punitiva del Derecho Penal y Política Criminal en las Últimas Reformas del Código Penal*. Murcia : Universidad de Murcia .
- Puig, M. (1976). *Introducción a las bases del Derecho Penal* . Barcelona : Bosch .
- Romeo, C. (2002). El principio de precaución en las actividades de riesgo. En: La responsabilidad Penal de las actividades de riesgo. Madrid , España.
- Roxin, C. (1997). Derecho Penal Parte General. Madrid , España: Editorial Civitas .
- Roxin, C. (1997). Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid , España.
- Sánchez Romero, Cecilia y Rojas Chacón, José Alberto. (s.f.). Derecho Penal, Aspectos Teóricos y Prácticos. San José de Costa Rica , Costa Rica .
- Urquiza, J. (1998). *Biblioteca Virtual*. Recuperado el enero de 2020, de El bien jurídico: http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/catedra/1998_n3/el_bj_jur.htm
- Vallejo Jiménez, G. A. (s.f.). Aproximación al concepto de imprudencia . Colombia .
- Velásquez, F. (s.f.). Manual de derecho penal, parte general.
- Welzel, H. (1956). Derecho Penal, parte General. (R. d. Palma, Ed.) Buenos Aires, Argentina.
- Welzel, H. (1964). El nuevo sistema del Derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Barcelona , España .

Zaffaroni, Alagia y Slokar . (2002). Manual de Derecho Penal. Buenos Aires.

Zaffaroni, E. (1988). Tratado de Derecho Penal tomo IV. Buenos Aires, Argentina.

Zambrano Pasquel, A. (s.f.). *Manual de Derecho Penal*. Obtenido de Cepweb:
cepweb.puce.elogim.com