



Instituto de  
Posgrado

# UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE

FACULTAD DE POSGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO PENAL MENCION DERECHO PENAL**

“LA CERTIDUMBRE FÁCTICA Y JURÍDICA EN LA CREACIÓN DEL RIESGO Y  
LA COMPETENCIA DE LA VÍCTIMA EN EL TIPO PENAL”

**Trabajo de Investigación previo a la obtención del Título de Magíster en Derecho  
Penal**

**TUTOR:**

**Dr. Fausto Ramiro Vásquez Cevallos**

**AUTOR:**

**Horacio Néstor Valle Salazar**

**IBARRA – ECUADOR**

**2022**



Instituto de  
Posgrado

## APROBACIÓN DEL JURADO

### Conformidad con el documento final

Ibarra, 04 de Julio del 2022

Dra. Lucia Yépez

**Tutor (a)**

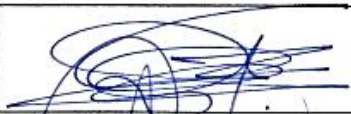

**Instituto de Postgrado**

**ASUNTO:** Conformidad con el documento final

Señor (a) Tutor (a):

Nos permitimos informar a usted que revisado el Trabajo final de Grado titulado “LA CERTIDUMBRE FÁCTICA Y JURÍDICA EN LA CREACIÓN DEL RIESGO Y LA COMPETENCIA DE LA VÍCTIMA EN EL TIPO PENAL” del maestrante Horacio Néstor Valle Salazar, 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	Dr. Fausto Vásquez Cevallos	
Asesor/a	Dr. Paúl Pérez Reina	



Instituto de  
Posgrado

## UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE

### BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

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

#### IDENTIFICACIÓN DE LA OBRA

En cumplimiento del Art. 144 de la Ley Orgánica 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		
<b>CÉDULA DE IDENTIDAD</b>	1715074967	
<b>APELLIDOS Y NOMBRES</b>	Horacio Néstor Valle Salazar.	
<b>DIRECCIÓN</b>	Av. Hernán González de Saa y calle Río Intag. Condominio "Jardín de los Ceibos".	
<b>EMAIL</b>	<a href="mailto:hora_valles@hotmail.com">hora_valles@hotmail.com</a>	
<b>TELÉFONO FIJO</b>	<b>TELÉFONO MÓVIL:</b>	0996025203

DATOS DE LA OBRA	
<b>TÍTULO:</b>	La certidumbre fáctica y jurídica en la creación del riesgo y la competencia de la víctima en el tipo penal.
<b>AUTOR (ES):</b>	Horacio Néstor Valle Salazar
<b>FECHA:</b>	04/07/2022
<b>SOLO PARA TRABAJOS DE GRADO</b>	
<b>PROGRAMA DE POSGRADO</b>	Maestría en Derecho mención Derecho Penal
<b>TÍTULO POR EL QUE OPTA</b>	Magister en Derecho Penal
<b>TUTOR</b>	Dr. Fausto Ramiro Vásquez Cevallos

## CONSTANCIA

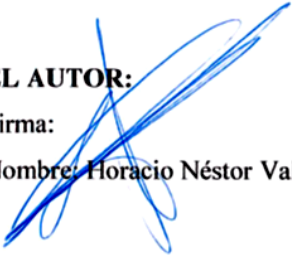
El autor manifiesta que la obra objeto de la presente autorización es original y se la desarrolló sin violar derechos de autor de terceros, por lo tanto, la obra es original, y que es el titular de los derechos patrimoniales, por lo que asume la responsabilidad sobre el contenido de la misma y saldrá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

Ibarra, a los 11 días del mes de agosto del año 2022

**EL AUTOR:**

Firma:

Nombre: Horacio Néstor Valle Salazar

A handwritten signature in blue ink, consisting of several overlapping loops and lines, positioned over the text 'Firma:' and partially over the name.

## DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico a mi compañera de vida, Lizandra, quien ha sido una de las principales gestoras en la toma de decisiones para continuar mis estudios superiores, que no tan solo se define en el desarrollo académico o intelectual, sino también como una condicionante para tener un crecimiento humano, debido a que en el derecho penal existen grandes dramas humanos que dejan en entre dicho el hallarnos en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social.

f:.....

Horacio Néstor Valle Salazar

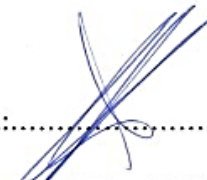
C.C. N° 1715074967



Instituto de  
Posgrado

## RECONOCIMIENTO

A la Universidad Técnica del Norte y a los maestros quienes, con sus conocimientos, han sido en gran parte artífices de lo que hoy se plasma en esta obra, afincando conocimientos que muy necesarios para desarrollarme de mejor manera en mi diario vivir como profesional del Derecho.

f:.....  


Horacio Néstor Valle Salazar

C.C. N° 1715074967

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN .....	9
ABSTRACT.....	10
CAPITULO I: EL PROBLEMA.....	11
1.1. El problema de investigación .....	11
1.2. Objetivos .....	13
1.2.1. Objetivo general.....	13
1.2.2. Objetivos Específicos .....	13
1.3. Justificación.....	13
CAPÍTULO II MARCO REFERENCIAL .....	14
2.1. Antecedentes .....	14
2.2. Marco teórico .....	18
2.2.1. La certidumbre fáctica .....	18
2.2.2. La certidumbre jurídica.....	20
2.2.3. La creación de riesgo .....	21
2.2.5. La víctima y su competencia en la creación del riesgo.....	23
2.2.6. El acuerdo por parte de la víctima .....	24
2.2.7. El consentimiento en el tipo objetivo .....	25
2.2.8. Como opera la Victimodogmática en la Antijuricidad Material.....	25
2.1.9. ¿Cuándo podemos aseverar que existe exclusión del tipo objetivo por acuerdo o consentimiento por parte de la víctima? .....	26
2.3. Marco Legal .....	27
2.3.1. Normativa internacional .....	28
2.2.3. Principios constitucionales .....	29
2.2.4. Normativa constante en el Código Orgánico Integral Penal.....	31
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO.....	38
3.1. Tipo de investigación Descripción del área de estudio .....	38
3.1.2 Enfoque y tipo de investigación.....	39
3.1.3 Procedimiento de investigación .....	39
3.2. Métodos.....	39

3.2.1. Método dogmático jurídico.....	39
3.2.2. Análisis y síntesis.....	39
3.3.3. Método Deductivo .....	40
3.3.4. Método de análisis exegético-jurídico .....	40
3.3.5. Estudio de casos.....	41
3.4. Técnicas e instrumentos .....	41
3.4.1. Técnicas .....	41
3.4.2. Instrumentos .....	41
<b>CAPÍTULO IV: RESULTADO Y DISCUSIÓN .....</b>	<b>41</b>
4.1. Resultados de las entrevistas realizadas.....	41
4.2. Resultados del análisis de casos .....	57
4.2.1. Proceso Penal No. 17282-2020-02482 (Delincuencia organizada en concurso ideal de infracciones con el delito tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización).....	57
4.2.2. Proceso Penal No. 10281-2020-000330 (Estafa inc. 1).....	61
4.2.3. Proceso Penal No. 10281-2018-00646 (estafa inc. 1) .....	64
<b>CAPITULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	<b>74</b>
5.1. Conclusiones .....	74
5.2. Recomendaciones.....	76
Bibliografía .....	77
Anexos .....	79



**UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE**  
**INSTITUTO DE POSGRADO**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO MENCION DERECHO PENAL

**TÍTULO DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

**“LA CERTIDUMBRE FÁCTICA Y JURÍDICA EN LA CREACIÓN DEL  
RIESGO Y LA COMPETENCIA DE LA VÍCTIMA EN EL TIPO PENAL”**

**Autor:** Horacio Néstor Valle Salazar

**Tutor:** Dr. Fausto Vásquez Cevallos Msc.

**Año:** 2022

**RESUMEN**

Con la presente investigación se busca establecer de manera clara y precisa que la certeza o el convencimiento de lo fáctico y jurídico en la realización de una conducta, sea la manera más óptima con la que el operador de justicia se pronuncie indicando si se halla ante un comportamiento típico por parte del sujeto activo, al haber ejecutado un curso causal con el cual se generó un riesgo no permitido desaprobado socialmente. Por tal razón deberá observar y analizar jurídicamente si se ha rebasado el peligro concreto o se ha incrementado el riesgo residual de un tipo penal. De igual manera, en este trabajo se demuestra que la víctima o sujeto pasivo cumple un rol y tiene competencia dentro del entrelazado social, para hacerse responsable de sus deberes de autoprotección que le pueden ser exigibles para ciertos bienes jurídicos que se encuentren bajo su tutela, frente a creaciones de riesgos prohibidos o no tolerados por la sociedad. A lo largo de este estudio se realiza un análisis que busca aclarar que el rebasamiento de las expectativas normativizadas se le atribuye siempre al sujeto activo, siempre que dichos actos sean de su pleno dominio, pudiendo verificarse en el resultado de los hechos cometidos, teniendo la autopuesta en peligro de la víctima o actuar a su propio riesgo como causal que excluya la responsabilidad de infractor.

**Palabras clave:** Autopuesta en peligro, riesgo socialmente desaprobado, víctima, creación de un riesgo, curso causal, tipicidad, antijuricidad.

**UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE**  
**INSTITUTO DE POSGRADO**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO MENCION DERECHO PENAL

**TÍTULO DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

**“LA CERTIDUMBRE FÁCTICA Y JURÍDICA EN LA CREACIÓN DEL  
RIESGO Y LA COMPETENCIA DE LA VÍCTIMA EN EL TIPO PENAL”**

**Autor:** Horacio Néstor Valle Salazar

**Tutor:** Dr. Fausto Vásquez Cevallos Msc.

**Año:** 2022

**ABSTRACT**

With the present investigation it is sought to establish in a clear and precise way that the certainty or the conviction of the factual and legal in the realization of a conduct is the most optimal way with which the operator of justice pronounces indicating if he is facing a behavior typical by the active subject, having executed a causal course with which a socially disapproved non-permitted risk will be produced. For this reason, it must legally observe and analyze whether the specific danger has been exceeded or the residual risk of a criminal type has increased. Similarly, this work shows that the victim or passive subject plays a role and has competence within the social network to take responsibility for their self-protection, which includes the enforceability of their rights against others through judicial protection. of legal assets against certain creations of risks that are prohibited or not tolerated by society. Throughout this analysis, an analysis is carried out that seeks to clarify that the exceedance of the standardized study expectations is always attributed to the active subject, provided that said acts are of their full domain, and can be verified in the result of the acts committed, ruling out the self-infringement. danger to the victim or acting at their own risk as a cause that excludes the responsibility of the offender

**Keywords:** Self-endangerment, socially disapproved risk, victim, creation of a risk, causal course, typicality, illegality.

## **CAPITULO I: EL PROBLEMA**

### **1.1. El problema de investigación**

El sistema penal ecuatoriano exige establecer la existencia de una conducta que pueda ser atribuible como generadora de un riesgo (certidumbre fáctica) y como hecho final esta sea apreciada en un resultado que vulneró o lesionó un bien jurídico tutelado, y tan solo de esta manera pueda ser concatenada con una norma (certidumbre jurídica), permitiendo el enjuiciamiento a una persona sospechosa de cometer un ilícito. El artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) establece que: “Son penalmente relevante las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados, lesivos, descriptibles y demostrables” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

Esta disposición normativa se ha tornado en un requisito indispensable que deben cumplir jueces, fiscales y abogados defensores, al momento de imputar objetivamente siempre y cuando esta provenga de una conducta cuyo resultado haya derivado de la creación de un riesgo prohibido. “Un resultado causado por el agente solo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico” (Vásquez, 2016, pág. 56), para lo cual debe comprobarse la realización de un riesgo que pueda ser imputado normativamente al sujeto activo un ejemplo típico y demás triado, es aquel, en el que una persona aconseja a otra que vaya a pasear por un bosque con la esperanza que en el lugar caiga un rayo, provocando la muerte de está.

Si realizamos el análisis por demás minucioso de la casuística anteriormente referida, debemos indicar que, en primer lugar, el aconsejar no puede ser apreciado como una conducta no aceptada socialmente, posterior de aquello, tener en mente que ocurra un suceso que no es dominable, tampoco podría tenerse como un acto planificado para la consumación de una conducta dolosa de muerte y por ultimo abrigar una esperanza que ocurra un hecho natural como es la producción de un relámpago es algo prácticamente improbable, con todo esto el pretender que se puso en peligro el bien jurídico tutelado (la vida), tal como lo exige la normativa penal ecuatoriana es imposible, lo que sí se puede advertir es que estamos ante una conducta atípica con lo que no se posee la certidumbre fáctica, porque no se ofrece un dominio causal del peligro hasta su face de agotamiento por parte del sujeto activo.

Al hablar de poner en peligro es importante establecer si el autor tuvo pleno dominio de los cursos causales hasta su fase de agotamiento, con lo que se dará viva cuenta de la existencia de un nexo causal o relación de causalidad de la acción y la conducta que violentó con la adecuación a la norma penal tipificadora. En este sentido Günther Jakobs (1991) indica que: “Por una parte, entre todos los sucesos que tienen lugar existe una relación real en el decurso temporal continuo, pudiendo clasificarse en precedentes, simultáneos y posteriores. Sin embargo, esta relación, por sí sola, es penalmente irrelevante, por inapropiada para la imputación” (pág. 226).

Se debe verificar entonces, que no se cuente únicamente con una acción puramente causal, sino que más bien se debe advertir un dominio pleno de todas las fases del *iter criminis*, ya que aquello lo exige tanto la normativa penal como la Doctrina, pues el tratar de imputar causalmente una conducta a un resultado, en base a la teoría de la equivalencia de las condiciones que echaba mano de la fórmula de la *conditio sine qua non*, tan solo se obtendrá un resultado en predicciones o basado en corazonadas.

También se cierne una nube de incertidumbre en la actualidad respecto a la responsabilidad de la víctima en el cometimiento del ilícito cuando desatiende los deberes de autoprotección que le son exigibles, situación que excluiría el injusto penal de la conducta anti-normativa desplegada por el autor. Claus Roxin (1997) al respecto dice que: “tanto en la autopuesta en peligro dolosa como en la puesta en peligro de un tercero consentida por él ocurre que no se produce la imputación porque la víctima tiene la misma responsabilidad por lo sucedido por el autor” (pág. 563). Es decir que la víctima, al tener tanto el conocimiento fáctico (disvalor de acción), como el conocimiento jurídico (disvalor de resultado) crea un riesgo no tolerado socialmente, colocándola – dentro de la Teoría de la Imputación Objetiva – en una autopuesta en peligro.

En este sentido, el problema de investigación que guía este trabajo es si la certidumbre fáctica y jurídica de la creación de riesgo será la respuesta lógica y jurídica para que le pueda ser imputable a una persona una conducta con la que defraudó las expectativas contenidas en la norma legal al haber creado un riesgo no tolerado socialmente que pueda ser imputable normativamente a un resultado. Para ello también se revisará si la competencia de la víctima y su actuar – al ser parte de los cursos

causales en la creación del riesgo no permitido o tolerado al despartarse de los deberes de autoprotección que le son exigibles – genera una consecuencia directa en el injusto penal.

## **1.2. Objetivos**

### **1.2.1. Objetivo general**

Analizar cómo la convicción o certeza de lo fáctico y jurídico en la creación del riesgo va hacer determinante en la imputación objetiva de un resultado a una persona más allá, de toda autopuesta en peligro por parte de la víctima que incumple los deberes de autoprotección que le puedan ser exigibles al ser de su competencia la administración los bienes jurídicos tutelados.

### **1.2.2. Objetivos Específicos**

- a.** Establecer como la certidumbre fáctica y jurídica debe ser creadora de un riesgo prohibido socialmente, para que sea imputable a una conducta que produzca un resultado.
- b.** Identificar cuando se puede hablar de imputación normativa o imputación causal en la creación del riesgo o realización de una conducta prohibida o no tolerada socialmente.
- c.** Argumentar cuando la certidumbre fáctica y jurídica no alcanzaría la subsunción entre la conducta y el hecho, por el actuar a propio riesgo de la víctima cuando le son exigibles los deberes de autoprotección, que son de su exclusiva competencia.

## **1.3. Justificación**

El presente estudio investigativo analiza la aplicación de las categorías de facticidad y antijuridicidad por parte de jueces, fiscales y abogados, quienes deben tener presentes dichos elementos en la creación del riesgo y la competencia de la víctima, a fin de determinar si también a ella le es imputable normativamente una conducta generadora de un riesgo y su resultado, así como al agente de la acción.

Los hechos constitutivos del delito deben someterse a un proceso de tamizaje para verificar si la conducta realmente ha creado un riesgo prohibido, al haberse

realizado con pleno dominio de los cursos causales hasta su fase de agotamiento. Si este riesgo se halla cubierto por el ámbito de protección de la norma del bien jurídico tutelado, y existe la participación activa por parte del sujeto pasivo de la acción en el supuesto del hecho factico y jurídico, no será atribuible únicamente al infractor la creación de un riesgo, sino también a la víctima al despartarse de sus deberes de autoprotección que le son exigibles, lo cual influiría en la tipicidad y la antijuricidad, excluyendo cualquier posibilidad de reprochabilidad al presunto infractor.

Por ello, al alcanzar el cumplimiento de los objetivos planteados en el tema investigativo se podrá ver plasmado de una manera directa las aspiraciones de servidores judiciales, abogados en libre ejercicio, víctima y procesado de alcanzar una justicia imparcial y expedita que tome en cuenta el modelo de Estado, el régimen de protección de derechos y la práctica de la justicia como valor supremo del Derecho.

Finalmente ha de indicarse que el diseño de la investigación responde a las exigencias establecidas por la Universidad Técnica del Norte para el desarrollo de este trabajo, mismo que comprende cuatro capítulos, conclusiones, recomendaciones y bibliografía. En el primer capítulo se realiza una introducción al trabajo, se establecen los objetivos y se justifica la necesidad de esta obra; en el segundo capítulo se encuentran los antecedentes de este trabajo, el marco teórico y el marco legal que guían el mismo; en el tercer capítulo se determina la metodología seguida para esta investigación; y, en el cuarto capítulo, se exponen y discuten los resultados obtenidos.

## **CAPÍTULO II MARCO REFERENCIAL**

### **2.1. Antecedentes**

Al hablar de la creación de riesgo proveniente de la certidumbre fáctica, nos referimos a la existencia de hechos o circunstancias que sean determinantes para señalar, sin mayor análisis, la realización de una conducta típica que rebasó los peligros socialmente tolerados generando resultados lesivos en contra de los bienes jurídicos protegidos en un tipo penal, para lo cual vamos a ejemplificar de la siguiente manera, Pedro dispara a Juan y éste muere, desde este momento contamos con la realización de una conducta, debido a que esta no es tolerada socialmente, pero muy a pesar de aquello la imputación normativa no puede ser llevado en adelante, debido a que hasta este momento no existe o no se da cuenta si la conducta de disparar y causar la muerte, ya se

adentró en el análisis si Pedro es responsable de la muerte de Juan.

“La norma prohíbe la realización de estas formas de conducta. Si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva (...), esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma” (Welzel H. , 1997, pág. 59). Al hablar de la certeza fáctica en la creación del riesgo se debe verificar la realización de la conducta que constituyó un peligro no tolerado socialmente, actividad que realizará el Estado solo cuando se vea materializado en un resultado lesivo a un bien jurídico.

El poseer la certeza fáctica de que se defraudó expectativas normativizadas permite invocar al *ius puniendi*, para que mediante la certidumbre jurídica – esto es, la existencia de una conducta en abstracto positivado en un código penal – sea subsumida a la conducta típica realizada por parte del sujeto activo, quien infringió desde un momento anterior a la realización de dichos actos que estos no eran tolerados socialmente. Muñoz y García (2010), afirman en este sentido que: “Para conseguir la protección de bienes jurídicos que la norma penal persigue, se desencadenan en los individuos determinados procesos psicológicos que les inducen a respetar dichos bienes jurídicos” (pág. 61). En este sentido, la norma penal busca siempre comunicar a las personas qué conductas están prohibidas por ser generadoras de riesgos no permitidos ya que ponen en peligro la armonía y la convivencia social en el Estado.

La creación de riesgo en las sociedades modernas es ubicua, es decir, que tiene la característica de estar presente en todos y cada uno de los momentos de las actividades humanas, siendo objeto de análisis para el Derecho Penal el riesgo que atenta y lesiona bienes jurídicos. Por ello, debe analizarse en primer lugar si los cursos causales creadores del riesgo fueron de pleno dominio del sujeto activo, como también si el riesgo se ve reflejado en el resultado de estos actos, debiendo encontrarse el mismo en el ámbito de protección de la norma.

Wolfgang Frisch (2004), al hablar sobre el desencadenamiento delictivo de determinados riesgos generales de la vida, expone que:

La protección contra los riesgos generales de la vida no es posible, en vista de la existencia ubicua de los riesgos más diversos de esta clase, mediante la prohibición de desencadenar los riesgos del respectivo ámbito o sistema parcial, sino únicamente

mediante la prohibición de las conductas riesgosas en concreto dentro del respectivo ámbito vital (pág. 419).

Los sistemas penales modernos proponen observar a la conducta humana en el Derecho penal, desde la perspectiva de la acción final, lo que nos lleva a preguntarnos si la certidumbre de lo fáctico y jurídico, nos permite comprobar la existencia de una conducta generadora de un riesgo. Ante ello se debe indicar que, tanto para el sujeto activo como para el sujeto pasivo de la infracción penal, la acción u omisión de su conducta siempre estará dirigida de manera consiente dentro de lo previsible y lo evitable a la consecución de un fin o resultado. “La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer “final” y no solamente causal” (Welzel, 2011, pág. 41).

Mediante la teoría de la acción final se busca apartar las conductas meramente causalistas. Para mayor entendimiento proponemos el siguiente ejemplo, el sujeto A invita a pasear en su auto el cual se halla contaminado con droga, al sujeto B, pero éste desconoce de este particular, el vehículo es detenido y se realiza una inspección a este, encontrándose al interior la sustancia, los dos sujetos son privados de su libertad y procesados por transporte de sustancias sujetas a fiscalización.

Para poder imputar una conducta creadora de riesgo, se debe contar con la certeza fáctica y jurídica que puso en peligro las expectativas normativizadas que fueron defraudadas por los sujetos activos de la conducta, esto es, que el sujeto A y B, al ser personas dotadas de razón conocían de las consecuencias de llevar en adelante esta conducta y de esta manera ver materializado un fin, como era el transporte de droga. En el presente ejemplo se puede advertir que el sujeto B con su aporte causal, jamás creó o rebasó riesgo permitido alguno, porque su conducta fue neutral por tanto su aporte es lícito, ya que el acompañar al interior de un vehículo se constituye en una acción socialmente aceptada.

El Estado ha buscado – a través del Derecho Penal, como medio de control social de *ultima ratio* – la manera de garantizar una convivencia en armonía y paz a cada uno de los individuos que son parte de la comunidad; para ello, al haber monopolizado el Estado el ejercicio de *ius puniendi*, estableció el límite a este poder de aplicar penas y medidas de seguridad utilizando al principio de legalidad, mismo que exige que un tipo penal solo sea utilizado cuando se halle debidamente positivado e



inscrita en un catálogo de conductas penales, por ejemplo, en el Ecuador una apersona de sexo femenino no puede ser procesada penalmente por no llevar velo en su rostro, como si ocurre en los países islámicos, esto debido a que esto no constituye el defraudamiento de expectativas normativizadas, como tampoco se halla inserto en el COIP.

Es por aquello que las personas infieren y conocen qué conductas están prohibidas o cuales se han ordenado realizar y, ante la inobservancia o incumplimiento de estas, existe la posibilidad de aplicarse una sanción o pena.

Claus Roxin (2006) al hablar del principio de legalidad, en su obra Derecho Penal parte General tomo I, expone lo siguiente:

Como ya se ha expuesto anteriormente, un Estado de Derecho debe proteger al individuo no solamente **mediante** el Derecho penal, sino también **del** Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino también a de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria y excesiva del “Estado Leviatán” [La negrita corresponde al original] (pág. 137).

Al razonar sobre la certidumbre fáctica y jurídica en la creación de riesgo debemos tener presente que la libertad que poseen las personas cuando despliegan conductas típicas generadoras de riesgos prohibidos por la sociedad serán subsumidas inexorablemente en el supuesto de hecho fáctico y jurídico mediante una imputación normativa, mas no una imputación causal, lo que permitirá establecer de qué manera o en qué grado se tuvo pleno dominio de los cursos causales que defraudaron las expectativas normativizadas. .

El Profesor Fausto Vásquez Cevallos (2016), en su obra “Punto de Inflexión de la Imputación Objetiva en el Código Orgánico Penal”, cuando habla del posible límite a la imputación, señala que:

Hemos redundado en señalar que el actuar abarca a la libertad, está dentro de la actuación y que ésta da lugar al hecho; también que la libertad involucra el conocimiento y, éste, dominio del hecho. Entonces cuando nos aproximamos al terreno del Derecho Penal, damos cuenta de la existencia del dolo (conocimiento y

voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo penal), y podríamos afirmar que quien obra de forma dolosa lo está haciendo de forma libre (pág. 45).

La libertad lleva aparejada tanto voluntad como conocimiento siendo estos los elementos antropológicos que nos permiten realizar o no una conducta típica, que lesione bienes jurídicos que se hallan tutelados por el derecho penal.

En cuanto a la víctima y su actuar en el desarrollo de la certeza fáctica y jurídica en la creación del riesgo, se debe partir desde la premisa de que el sujeto pasivo, al ser capaz y responsable, también conoce o infiere lo prohibitivo o mandatorio de la norma y los riesgos de sus actuaciones a cada momento, con lo que también puede incidir en la creación del riesgo al no cumplir con los deberes de autoprotección que son de su competencia y que le son exigibles pues hay “casos en que solo se puede llegar al menoscabo del bien jurídico a través de la decisión y la acción de una víctima que es capaz de evaluar plenamente el obrar de su acción” (Frisch W. , 2004, pág. 80). En este sentido, existen algunos tipos penales en los que el legislador permite que la administración del bien jurídico esté en manos de la misma víctima, quien podría evitar la auto puesta en peligro con tan solo no desampararse de su rol.

## **2.2. Marco teórico**

### **2.2.1. La certidumbre fáctica**

Cuando nos adentramos al análisis de lo que representa la certidumbre fáctica en la creación del riesgo debemos mencionar que, por lo general, el jurista durante el proceso penal aborda el problema desde la perspectiva de la imputación causal, esto es, que durante el proceso mental discierne y aplica la premisa de que a todo aquel que realizó una conducta buscando un resultado, deberá imputarse la misma como obra suya. Así, por ejemplo: A conduce su vehículo y mientras lo hace B se arroja a las llantas del vehículo conducido por A y muere; *prima facie*, aplicando una imputación causal, A aparece como responsable de la muerte de B, por tan solo realizar la acción de conducir un vehículo, esto debido a que al aplicar la fórmula de la *conditio sine qua non* el resultado de muerte desaparece al suprimir mentalmente la acción de conducir un vehículo.

El Maestro alemán Wolfgang Frisch (2004), en su libro “Comportamiento

Típico e Imputación del Resultado”, al desarrollar la fórmula de la causalidad “correcta”, manifiesta que:

La fascinación ininterrumpida de la fórmula de la *conditio* se basa en que resulta intuitivamente inteligible como fórmula general de selección, precisamente-también-sobre el fondo funcional antes expuesto: si el resultado se habría producido también sin el comportamiento del autor, si por tanto puede suprimirse mentalmente dicho comportamiento sin más, el resultado nada tiene que ver-salvo escasas excepciones-con el comportamiento del autor y por tanto no puede cargársele en su cuenta; falta pues, la perturbación de la paz jurídica cualificada imprescindible para la imputación del resultado (pág. 557).

Para evitar que la imputación causal se cimente de forma generalizada en el análisis del supuesto de hecho fáctico por parte del letrado, este deberá ejecutar un ejercicio mental en su estudio observando que, de todas aquellas causalidades tan solo deberá analizar aquella causalidad que fue apropiada para alcanzar un resultado final perseguido. Al respecto Vásquez (2016) enuncia que: “En definitiva, se requiere decir que un resultado tan solo es imputable a su autor siempre que su actuación o acción se reconozca como creadora de un riesgo jurídicamente relevante de daño a un bien jurídico” (pág. 98).

Al ser el agente parte de la sociedad, siempre se espera de él que cumpla y no defraude las expectativas, evitando emprender conductas anti-normativas como robar, matar, expender drogas, etc., apegándose a la función que cumple en la sociedad bajo el principio de no causar daño a otra persona, con ello queda denotado que no solo es necesaria la simple acción causal, sino que también se tiene por cierto la realización de una conducta que rebase un riesgo prohibido socialmente, verificándose un daño inminente que tenga relación con el hecho fáctico desarrollado y el hecho jurídico prohibitivo o mandatorio.

La certeza fáctica estará encaminada a demostrar entonces que una persona, al crear un riesgo, se desaparta de su rol. Remitiéndonos al ejemplo anterior diremos que si bien se han defraudado las expectativas normativizadas de protección a la vida al existir un hecho objetivo con resultado de muerte, la conducta desplegada por parte del sujeto activo careció de libertad en la creación del riesgo como en el resultado, ya que este jamás tuvo el conocimiento de que la víctima tomo la decisión de arrojarse a los

neumáticos de vehículo que se hallaba en movimiento; por ende, no se le puede atribuir al agente la consecuencia de dicha muerte, debido a que el riesgo prohibido generado por el agente activo del hecho se ejecutó sin tener pleno dominio de los cursos causales, por lo que no se puede verificar si este decidió – de una manera planificada – tomar las decisiones para llevar adelante una acción orientada a obtener un resultado que es penalmente relevante como es, en el caso ecuatoriano, el delito de muerte culposa por accidente de tránsito prevista en el artículo 377 del COIP, por lo que no se contó con la voluntad que le va a permitir tener el dominio del acto lesivo.

Según Wolfgang Frisch (2004), en su obra *Comportamiento típico e Imputación del resultado*, refiriéndose a la creación de riesgo desaprobada como tema rector de la conducta típica expone que: “No es cuestión de la imputación del resultado, sino ya de la conducta típica, (...), con independencia de si se concibe la conducta típica objetivamente definida (...), o si se considera característico que el autor cree, (...), un peligro” (pág. 74).

### **2.2.2. La certidumbre jurídica**

Para que los tipos penales puedan ser imputables normativamente deben contar con la certidumbre jurídica. Esto ocurre cuando la conducta típica rebasa los límites de la autorización de un riesgo permitido o tolerado socialmente y con esto se crea un peligro no tolerado socialmente; en tal virtud, más allá de que las normas penales busquen que la persona conozca la prohibición de vulnerar un bien jurídico por acción u omisión (prevención general), o de que conozca las consecuencias que acarrearán la inobservancia de la conducta típica (prevención especial), la certidumbre jurídica solo podrá ser posible cuando se verifique la existencia de esta a través de la constatación de la certidumbre fáctica generadora de un resultado lesivo.

Cuando realizamos una conducta no tolerada socialmente, rebasamos el riesgo de lo que es prohibido por la ley. Así, por ejemplo, un médico cirujano decide intervenir quirúrgicamente a su paciente, para lo cual cuenta con el apoyo de diversos profesionales de la salud (enfermero, anestesiólogo, cardiólogo, etc.), los cuales deben cumplir su rol de acuerdo a sus competencias en la labor que van a realizar en la sala de operaciones. Llegado el día de la intervención quirúrgica, y al momento de realizar una incisión en el cuerpo del paciente el instrumento previsto para el efecto no ha sido

correctamente desinfectado por parte del enfermero encargado de dicha labor por lo que el paciente muere a causa de una infección.

En un primero momento se puede responsabilizar de la muerte del paciente al médico cirujano porque con su conducta al llevar a cabo la intervención quirúrgica con un bisturí infectado se obtuvo un resultado lesivo, sin embargo, esto sería incorrecto ya que se imputa erróneamente esta muerte a un sujeto – el médico – que ha actuado de buena fe.

Para imputar correctamente una conducta a un resultado – refiriéndonos al ejemplo anterior – primeramente, debemos estar conscientes de la necesidad de contar con la certeza jurídica. A continuación, debemos comprobar si la creación o el rebasamiento de un riesgo ya existente es imputable normativamente al cirujano o a algún otro miembro del equipo médico que intervino durante todo el procedimiento, para aquello se debe tener en cuenta qué persona era la responsable de esterilizar el instrumental quirúrgico y el método que siguió para el efecto.

Así pues, se puede concluir que el enfermero quien era el responsable de cumplir con esta acción y la omitió al no cumplir con su labor, por lo tanto, es esta conducta la que va hacer objetivamente imputable para el resultado; mientras que el médico cirujano tan solo lo que hizo fue actuar bajo el principio de confianza, esto es que tenía la certeza que el bisturí estaba totalmente apto para ser empleado, por lo cual no existió quebrantamiento de su rol cumpliendo a cabalidad su conducta.

Jorge Perdomo Torres (2003) en el libro “El Funcionalismo en el Derecho Penal”, cuando habla sobre la recepción del sistema funcional normativista, refiriéndose al lado objetivo del hecho, manifiesta que: “la solución a la problemática empieza por establecer qué aporte, por ser imputable objetivamente, alcanza el nivel de lo típico, y que contribución, (...), queda fuera del tipo como un comportamiento socialmente adecuado” (pág. 47).

### **2.2.3. La creación de riesgo**

Al hablar de riesgo debemos indicar que este es inherente a todos los seres humanos y se presenta en cada una de las conductas desplegadas en su diario vivir, desde conducir un vehículo, caminar por un sendero montañoso, tomar un vuelo de

avión, acudir a una cita médica, etc. Todas las actividades humanas antes descritas entrañan la realización de conductas generadoras de riesgo, mismas que llevadas a cabo dentro de lo previsible y lo evitable jamás podrán ser apreciadas como generadoras de riesgo prohibido o socialmente no tolerado.

Según el profesor Günther Jakobs (1997), al exponer sobre la Exclusión de la tipicidad, y no justificación, sostiene que:

Un comportamiento que genera un riesgo permitido se considera socialmente normal, no porque en el caso en concreto esté tolerado en virtud del contexto en que se encuentra, sino porque en esa configuración es aceptado de modo natural. Por tanto, los comportamientos que crean riesgos permitidos no son comportamientos que hayan de ser justificados, sino que no se realizaron tipo alguno (pág. 123).

Para el Derecho Penal, funcionalmente hablando, se tornó de vital importancia el estudio de los riesgos generadores de peligros hacia los bienes jurídicos, debido a que estos son los que defraudan las expectativas normativizadas. Claus Roxin (2006) afirma que: “no es suficiente el crear un peligro, sino también se requiere que se ejecute y que este sea verificable en el resultado para que pueda ser imputable a una persona” (pag. 375). Toda creación de riesgo no tolerado lleva implícitos cursos causales que cuando se emprenden siempre buscarán una acción final debidamente planificada y que fue dispuesta para alcanzar un resultado dentro de lo cognoscible y evitable.

#### **2.2.4. Dominio de los cursos causales generadores de riesgo**

Para llevar adelante un curso causal se debe tener claro que toda acción humana actúa bajo el principio de libertad de acción la cual lleva inmerso el conocimiento y la voluntad necesarias para emprender un plan o una actividad final que es dominable única y exclusivamente por quien o quienes emprendieron una conducta y toman o tomaron la decisión de realizarla. En tal virtud su conducta se verá abocada a conseguir que esta se vea plasmada en un resultado, para lo cual se selecciona cuidadosamente cuáles son los medios más idóneos para la consecución de sus objetivos asegurándose de dominar su empleo y evitando la asistencia o auxilio de otras conductas que puedan afectar al fin propuesto.

Según el Profesor Hans Welzel (2011) al hablar de la estructura fundamental de la acción, en su obra “El Nuevo Sistema del Derecho Penal”, manifiesta que:

Para aclarar esto me remito a la diferencia existente entre un asesinato, por un lado, y un rayo mortal, por otro; en el asesinato todos los actos están dirigidos en función del fin prefijado: la compra del arma, acechar, apuntar, mientras que en el rayo el resultado de muerte es la resultante ciega de los elementos causales (pág. 42).

Cuando se tiene un dominio casual generador de riesgos, cada una de las actividades encaminadas a realizar una acción que luego se transformará en una conducta, se ven identificadas plenamente con la conducta típica a ejecutarse y que se encuadrará en el supuesto de hecho jurídico, con lo cual se verificará la creación de un riesgo en el resultado.

### **2.2.5. La víctima y su competencia en la creación del riesgo**

Los comportamientos, tanto de la víctima como del autor, deberán ser analizados desde la perspectiva de la competencia y su comportamiento en los contactos sociales, siendo esto de mucha relevancia para dar cuenta de la certidumbre fáctica y jurídica en la creación del riesgo, mediante el cual se constatará si la víctima cumplió con su rol al no desampararse de sus deberes de autoprotección que le son exigibles a ciertos bienes jurídicos, que son de su pleno dominio o custodia.

Para este juicio de valor el profesor Günther Jakobs (1997) expone:

Del mismo modo que en el ámbito de la responsabilidad del autor ha de partirse no de un suceso psíquico, sino del algo normativo, del quebrantamiento del rol, también en el lado de la víctima lo decisivo está en determinar si la víctima ha desempeñado el rol de víctima o, precisamente, el rol de alguien que configura la situación, es decir de quien actúa bajo propio riesgo (pág. 112).

Mucho dice para el análisis del comportamiento de la víctima, cómo ha de estar diseñado o descrito el tipo penal. Esto es, que la norma, al contener una disposición prohibitiva o mandatoria, necesariamente debe contemplar la voluntad de la víctima. En este sentido, si la víctima se opone o no desea el cometimiento de un hecho que finalmente se realice nos encontraremos frente a un delito, pero si consciente en el cometimiento de determinada acción la misma podría encontrarse protegida por el Derecho. Por ejemplo, si el sujeto A desea que el sujeto B le entregue las llaves de su vehículo y este se opone, pese a lo cual A se las arrebata nos encontraremos frente al delito de robo (con violencia), pero si B desea entregar las llaves de su vehículo a A sin

que existe fuerza o intimidación el acto será perfectamente legal (puede ser un contrato de préstamo, compraventa, cesión o donación del bien).

Para Hans-Heinrich Jescheck y Tomas Weigend (2014), en su obra “Tratado de Derecho Penal, Parte General”, al hablar de la aprobación del afectado y su tratamiento en el derecho penal indican que:

Existen además disposiciones penales en las que, de conformidad con su tenor literal o el sentido de la descripción delictiva, la acción típica se dirige inmediata y exclusivamente en contra de la voluntad del afectado por lo que aquella, ante la aquiescencia de este no hace reparos de ninguna clase. Estos supuestos vienen a ser una circunstancia fundamentadora del injusto de la correspondiente figura del delito (pág. 548).

Como ya se ha venido analizando en líneas anteriores sobre la competencia de la víctima en la creación del riesgo, debemos haber establecido la certidumbre fáctica y jurídica de una conducta típica iniciada y concluida por parte del sujeto activo, quien genera un riesgo socialmente repudiado, que es de su pleno dominio y lesiona un bien jurídico protegido por el derecho penal, sin que exista la intervención de la víctima.

Para determinar cuándo se podría estar frente a la creación de un riesgo por competencia de la víctima, quien también puede defraudar las expectativas normativizadas mediante acuerdo o consentimiento, es importante mencionar que los elementos objetivos especiales de algunos tipos penales permiten a la víctima, la administración del bien jurídico tutelado y que para que estos sean violentados o vulnerados, debe existir coacción o engaño por parte del sujeto activo de la acción, tan solo así estaremos frente a la certidumbre fáctica y jurídica que genere un riesgo.

#### **2.2.6. El acuerdo por parte de la víctima**

El acuerdo por parte de la víctima en la creación del riesgo, se aprecia desde la parte subjetiva de la víctima, al haber accedido a los pedidos o exigencias sin que medie oposición (coacción justificante), para que aquello ocurra. Roxin (2014), afirma que: “Todos estos casos tienen en común que el acuerdo excluye desde el principio la lesión del bien jurídico protegido (...). No son lesionados cuando el afectado está de acuerdo con la acción del autor” (pág. 262). En el acuerdo no precisamente va a ser verificable, por parte de la víctima, que exista una exteriorización del mismo, sino tan solo opera la



voluntad interna de aceptar la coerción para la vulneración de sus bienes jurídicos que se hallan bajo su disposición y que pueden ser tutelados por la víctima bajo el principio de libertad y autodeterminación.

### **2.2.7. El consentimiento en el tipo objetivo**

El consentimiento es verificado en el mundo exterior mediante palabras u acciones que fueron interactuadas entre la víctima y el autor para ejecutar la lesión al bien jurídico protegido. “En el consentimiento, por el contrario, se hace como presupuesto de su eficacia que el afectado “poseía la fuerza de juicio necesaria y la serenidad para reconocer la magnitud de su declaración y ponderar sensatamente los pros y contra” (Roxin, 2007, pág. 264). Es por ello que la víctima, cuando otorga su consentimiento, siempre tendrá presente que jamás aceptará un contacto social que ponga en peligro los bienes jurídicos que se encuentran bajo su tutela o que vaya en desmedro de sus expectativas.

No existe consentimiento o acuerdo cuando existe coerción o engaño para vulnerar los bienes jurídicos, porque estos exigen la voluntad por parte de la víctima que se auto puso en peligro, para que sea verificable la certidumbre fáctica y jurídica en la creación del riesgo. El profesor Günther Jakobs (1991) en su obra “Derecho Penal, Parte General”, al hablar del acuerdo, manifiesta que: “La disposición (...), en algunos delitos que atienden a la disposición, debe estar condicionada por el engaño (estafa), o (...) por la violencia o la intimidación o (...); un consentimiento no condicionado típicamente, excluye la realización del tipo” (pág. 290).

### **2.2.8. Como opera la Victimodogmática en la Antijuricidad Material.**

Al referirnos a la victimodogmática, nos ubicamos automáticamente en la participación activa por parte del sujeto pasivo de la acción en la creación del riesgo, lo cual se puede determinar realizando un análisis de lo verificable de los cursos causales que fueron dominados tanto por el agente del hecho como por la víctima, quien al inobservar sus deberes de autoprotección que le son exigibles permitió que se lesione un bien jurídico que goza de protección por parte de la norma penal, pero que se hallaba bajo su tutela o protección por ser de directa administración por parte de este.

El Profesor Claus Roxin (2006) en su obra “Derecho Penal, Parte General, Tomo

I”, al analizar la victimodogmática en el injusto material, explica que:

La teoría de que el fin de protección de la norma excluye la imputación al tipo objetivo en caso de cooperación en una autopuesta en peligro y en algunos supuestos también en la puesta en peligro de un tercero aceptada por este, se puede derivar de la decisión legal favorable a la atipicidad del suicidio y la autopuesta en peligro y del hecho que de entrada no hay intromisión en una esfera jurídica ajena, cuando la víctima se da cuenta de la situación material exactamente igual que el autor y se expone conscientemente al peligro (pág. 565).

En los casos en que exista una intervención directa por parte de la víctima que permita una lesión o, en su defecto, no se pueda verificar la argucia con la cual se vulneró los deberes de auto responsabilidad que le son exigibles a la víctima, o si la amenaza al bien no es de aquellas que puedan hacer dudar de su libertad en la toma de decisiones, no se podrá tener por cierta la lesión al bien jurídico por la creación de un riesgo desaprobado.

### **2.1.9. ¿Cuándo podemos aseverar que existe exclusión del tipo objetivo por acuerdo o consentimiento por parte de la víctima?**

No se puede hablar de un acuerdo o consentimiento por parte de la víctima que se autopone en peligro al no cumplir su rol, cuando existen ciertos tipos penales que por su naturaleza han sido prescritos para proteger bienes jurídicos absolutos, en los cuales se hallan perfectamente descritos el ámbito de libertad de la conducta típica que no es tolerada socialmente. Frisch Wolfgang (2004), indica que: “las consecuencias que se esperan de determinadas acciones que recaen en bienes jurídicos con respecto a los que se puede exigir de cualquiera que evite en general tales consecuencias, (...) han de considerarse como creaciones de riesgo desaprobables” (pág. 147).

En ciertos tipos penales en que el bien jurídico tutelado es la vida, la integridad física, la libertad sexual o ambulatoria, la propiedad o la salud, al ser bienes jurídicos absolutos y estar perfectamente demarcados la libertad de acción, se debe observar la voluntad de la víctima dentro los cursos causales desplegados como también su comportamiento al tutelar y custodiar los bienes jurídicos entregados a su administración; sin que se pueda tener como argumento para entregar la responsabilidad total a que esta responda por la defraudación de las expectativas normativizadas a la

víctima, teniendo como razón el haber deambulado por cierto lugar, o si debido a su conducta dio inicio para la creación de un riesgo, sin que exista dominio de los cursos causales. Claus Roxin (2006), afirma: “Extender el principio de subsidiariedad a las posibilidades de autoprotección del ciudadano sería desconocer que los ciudadanos precisamente han establecido el poder estatal entre otras cosas para descargarse a sí misma de las tareas de protección” (pág. 564).

La condición de la víctima, debido a su edad, estado mental, salud o hasta su condición de género negará de entrada la existencia del acuerdo o consentimiento que conduzca a una autopuesta en peligro por su competencia en la creación del riesgo, ya que su voluntad para permitir la transgresión de un bien jurídico se halla mermada o en su defecto está bajo la administración o responsabilidad de terceros, pues si bien podrían dar inicio a la realización de la conducta, no podrán tener dominio de los cursos causales hasta la fase de agotamiento.

### **2.3. Marco Legal**

Es necesario penetrar en el estudio de la normativa tanto de los Tratados o Convenios Internacionales como la Declaración de los Derechos de Hombre y del ciudadano (artículos 4 y 5), Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 14 numeral 1) y Convención Americana sobre los Derechos Humanos (artículo 9); los principios constitucionales, tutela judicial efectiva, el debido proceso, seguridad jurídica, derechos de libertad (artículo 66 numeral 5 y 29 literal d, de la Constitución), así como de las obligaciones y responsabilidades (en lo referente al artículo 83 numerales 1 y 4 *ibidem*); las normas del sistema jurídico penal en lo concerniente, a la infracción penal, la conducta penalmente relevante, la tipicidad, la antijuricidad, la titularidad de la acción penal, el nexos causal, la acusación fiscal, sobreseimiento y sentencia, para entender como las instituciones jurídicas que tiene su raigambre en la Doctrina Penal, como son: el dominio de los cursos causales, la creación del riesgo, certeza fáctica y jurídica en la competencia de la víctima, acuerdo y consentimiento por parte del sujeto pasivo, la victimodogmática, deben ser de plena aplicación tanto para conocimiento y ejecución de todos los letrados.

### **2.3.1. Normativa internacional**

#### **a. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789**

Toda acción y conducta emprendida por las personas, se ejecuta en base a la libertad que posee. El ser humano pone un límite a sus conductas cuando ha inferido mentalmente que la ley es la barrera infranqueable que merma la creación de riesgos no tolerados socialmente que perjudiquen a los demás, al haber lesionado bienes jurídicos. “Es intrínseco que el agente, en la realización de la conducta, tenga pleno dominio de su realización y consecuencias, tenga dominio de la situación al punto que los resultados de la conducta sean de aquellos que pudieron ser evitables” (Vásquez, 2016, pág. 23). En cuanto al ejercicio de la libertad, no podemos permitirnos abrazar como nuestro el restringir la de otros, por el mero hecho de ejercer y satisfacer la nuestra, de esto nos habla también la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano cuando en su artículo 4 estableció que: “los derechos naturales de cada hombre tan sólo tienen como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley”. El mismo tratado internacional de cual Ecuador es signatario establece en su numeral 5 “La Ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la Sociedad. Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no orden”, con aquello queda reafirmado que las personas deben observar que sus conductas no se han de aquellas generadoras de riesgo que no se han toleradas socialmente, dejando a la libre administración de cada uno de sus congéneres que analicen o procesen mentalmente, la no realización de conductas que se hallan prohibidas o vetadas por la norma penal, aún se ha de forma obligatoria, como también pueden llevar a cabo aquellas que si están permitidas realizarlas.

#### **b. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

El principio de igualdad ante la ley es el medio más óptimo y eficaz para garantizar que una persona será escuchada, con la finalidad de replicar los argumentos como también de exponer o presentar cualquier tipo de elementos que desvanezcan la acusación de haber creado un riesgo del que se tenga la certeza fáctica y jurídica, con el cual se pretenda afirmar que fue la fuente que lesionó los bienes jurídicos de una persona:

En este sentido, el numeral 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos menciona que:

Artículo 14 numeral 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (Organización de las Naciones Unidas, 1966).

Esta afirmación halla complemento en el numeral 2 del mismo artículo 14 en donde se manifiesta que: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley” (Organización de las Naciones Unidas, 1966).

### **2.2.3. Principios constitucionales**

#### **a. Tutela judicial efectiva y el debido proceso en la garantía de la motivación**

El Ecuador, al ser un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, dentro de su Ley Fundamental ha garantizado a sus ciudadanos acceso gratuito a la justicia, que comprende el activar los mecanismos que el Estado ha promovido para la solución de controversias y tutelar judicialmente, de una manera efectiva, los derechos e intereses de los ciudadanos, como el recibir una respuesta debidamente motivada a los problemas de fondo presentados antes los organismos jurisdiccionales tal como consta en el artículo 75 de la Constitución de la República.

En este sentido, la Corte Constitucional Ecuador (2020) ha indicado que: “la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional que permite reclamar a los órganos jurisdiccionales del Estado la apertura de un proceso con la finalidad de obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley”. Es por ello que el pronunciamiento vía sentencia, referente a una conducta penal no deberá tan solo limitarse con el haber accedido físicamente a los juzgados o tribunales de la República, sino que, lo más importante es que dicho fallo debe hallarse suficientemente motivado siguiendo para ello lo previsto en el literal 1 del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución que indica que: “No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

## **b. Seguridad Jurídica**

La seguridad jurídica se afina en el principio de legalidad, lo que se traduce en certidumbre jurídica al momento de realizar la subsunción entre la conducta realizada en el hecho factico y el hecho jurídico y así realizar la descarga punitiva o declarar la inocencia. Para realizar una correcta aplicación de una norma se deberá constatar que esta sea de conocimiento público, que pueda ser fácilmente inferida por la sociedad y aplicada por aquella persona quien goza de jurisdicción y competencia.

En este sentido, la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador (2002) se ha referido a la seguridad jurídica como: “el elemento esencial y patrimonio común de la Cultura del Estado de Derecho; implica la convivencia jurídicamente ordenada; la certeza sobre el derecho escrito y vigente; el reconocimiento y la provisión de la situación jurídica”.

## **c. Los derechos de libertad**

Para hablar de los Derechos de Libertad debemos remitirnos a la Constitución de la Republica, concretamente a lo preceptuado en su artículo 66, numeral 29 literal d), en el que se recoge que la voluntad ejercida a través de la libertad de las personas le permite desplegar una conducta típica creadora de riesgos que pueden ser tolerados o no por la sociedad, dejando en claro que una persona jamás podrá estar obligada hacer algo que está prohibido o a dejar de hacer algo que no está prohibido por la ley.

De igual forma el artículo 66 numeral 5 indica: que todos los ciudadanos somos libres de desarrollar nuestra personalidad sin más limitaciones que el derecho de los demás, para lo cual el legislador en plena observancia a lo dispuesto por el mandante, restringe la libertad a ciertas conductas que pueden ser fuentes generadoras de riesgo prohibidas, ya que esta permite que las personas actúen con conocimiento y voluntad, permitiendo la realización de la conducta que puede ser de aquellas que no son aceptada socialmente y al encontrarnos ante aquello, podemos hablar de que estamos frente a una acción penal dolosa.

*A contrario sensu*, el sujeto activo actúa bajo coacción para la ejecución de una

conducta creadora de riesgo que defraudaría las expectativas normativas, nos trasladaría frente a la falta de dominio de cursos causales y por ende no se podría hablar de certidumbre fáctica lo que impide poder ubicarse dentro de las normas que tratan el cometimiento de un delito.

Sin embargo, el Estado ecuatoriano no solo reconoce derechos a las personas, sino también les asigna responsabilidades, lo cual se halla debidamente positivado en la Constitución de la República, en donde se consagra que los ciudadanos han aceptado, de manera concordante y unívoca, el ser parte activa en el mantenimiento de la paz y el orden social y el someterse al imperio de la ley. Tomando estas prerrogativas como formas de desarrollo y desenvolvimiento dentro del diario vivir en cada una de sus conductas desplegadas, se demuestra que este principio fundamental, limita a la libertad entregada a cada persona que forman parte de la sociedad. En efecto, el artículo 83 numeral 1 de la Constitución expresa que es deber de todos los ciudadanos ecuatorianos “Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008); y el numeral 4 del mismo artículo también señala: “Colaborar en el mantenimiento de la paz y de la seguridad” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

#### **2.2.4. Normativa constante en el Código Orgánico Integral Penal**

##### **a. La finalidad del Código Orgánico Integral Penal**

El Derecho Penal actúa bajo el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como la vida, la libertad, la propiedad, la salud, etc., es decir todas aquellas expectativas normativas constantes en un catálogo de conductas punitivas que tienen su fundamento en varias disposiciones de la Carta Fundamental, así como en la necesidad de responder a fenómenos criminológicos que ocurren en la sociedad.

El artículo 1 del COIP señala en este sentido que su finalidad es: “normar el poder punitivo del estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia al debido proceso” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014). Como medio de control social el derecho penal va a ser invocado atendiendo al principio de subsidiariedad, es decir, cuando los otros mecanismos de control social extrapenales no cumplan su misión de persuadir a las personas de realizar conductas típicas encaminadas a vulnerar bienes jurídicos.

Para Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran (2010), en su obra “Derecho Penal, Parte General”, al hablar de la función de motivación: norma penal y control social, refieren que esto “tiene sentido si se lo considera como (...) instituciones, públicas y privadas (...) cuya tarea consiste igualmente en socializar y educar para la convivencia a los individuos a través del aprendizaje e internalización de determinadas pautas de comportamiento” (pág. 63).

### **b. La Infracción Penal**

La legislación ecuatoriana al hablar de infracción penal, aplica lo conocido por la Doctrina como Teoría del delito. Esta descripción que se halla expuesta en el artículo 18 del COIP indicando que: “Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se halla prevista en este código” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014), con lo que nos está hablando de una función sistematizada que debe cumplirse de manera adjetiva para la calificación de una conducta típica generadora de riesgos, vulneradora de bienes jurídicos y generadora de resultados lesivos que le pueda ser reprochada al sujeto activo de la acción.

“Sin embargo, la teoría del delito no trata de los elementos de los tipos delictivos concretos sino de aquellos aspectos del concepto del delito que son comunes a todos los hechos punibles” (Jescheck & Weigend, 2014, pág. 290). El derecho penal, cuando habla de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad se referirá a ciertas condiciones generales que poseen todos los delitos, que calificarán la acción del sujeto que desplegó una conducta típica concatenada con los verbos rectores del tipo penal.

### **c. Conducta penalmente relevante**

El COIP sostiene en su artículo 22 que para que una conducta sea considerada penalmente relevante, esta debe nacer de una acción u omisión que pone en peligro o produce resultados lesivos, descriptibles y demostrables. Lo expuesto deja denotado que el legislador ecuatoriano acepta los criterios de imputación expuestos por la doctrina de la imputación objetiva y los circunscribe dentro del derecho penal ecuatoriano, solicitando la existencia de una conducta creadora de un riesgo y que atente a bienes jurídicos tutelados.

Roxin (2006), refiere que: “Un resultado causado por el agente solo se puede



imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico (...) y (...) se ha realizado en el resultado en concreto” (pág. 363). En tal virtud estamos hablando de la existencia de un curso causal debidamente dominado por el agente del hecho que tenga como acción final atacar los derechos de las personas.

También el COIP menciona que la producción de un resultado, cuando habla de la conducta penalmente relevante, siempre y cuando sea proveniente de una acción u omisión que creó un peligro no tolerado socialmente y de pleno dominio en cada una de las fases de conducta, debe lesionar bienes jurídicos tutelados por la norma penal “desde la perspectiva de una teoría que hace depender la imputación de los resultados no solo de que el autor haya provocado de modo causal los resultados típicos, sino de que haya creado, además, un peligro desaprobado que se haya realizado en el resultado” (Frisch, 2020, pág. 78).

En este sentido, dará pleno convencimiento de hallarse frente a la certidumbre fáctica cuando una conducta que lesiona bienes jurídicos no lo sea tan solo por haber creado un riesgo prohibido sino también porque el disvalor de resultado será verificable ya que produjo un daño al bien jurídico protegido socialmente. De igual manera se debe demostrar que tanto para el crear el peligro como para producir un resultado, el daño ocasionado debe ser expuesto de una manera pormenorizada y evidenciando que estos que fueron provenientes de una conducta creadora de riesgos que defraudó las expectativas normativizadas.

#### **d. La tipicidad**

Se conoce como tipicidad a esta primera categoría dogmática de la Teoría del Delito que tiene su origen en el principio de legalidad, ya que tan solo se podrá sancionar mediante la imposición de una pena o medida de seguridad, aquella conducta que sea prohibitiva o mandatoria cuya transgresión haya vulnerado una expectativa normativizada con arreglo a la disposición legal inscrita en un código penal.

Según Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán en su obra “Derecho Penal, Parte General”, al hablar de los elementos y estructura del delito, exponen que:

La tipicidad es, pues, la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. La tipicidad es una consecuencia del principio de

legalidad, ya que sólo por medio de la descripción de las conductas prohibidas en tipos penales se cumple el principio *nullum crimen sine lege*, al que ya antes aludíamos como el principio vinculante para el concepto jurídico formal de delito (Muñoz & García, 2010, pág. 204)

No es suficiente, entonces, para el derecho penal conformarse con la existencia de una descripción de una conducta prohibida o mandada a realizar, sino que también se debe analizar al tipo penal desde i) la óptica del tipo objetivo, esto es, la exteriorización de la voluntad para llevar a cabo una conducta; y, ii) del tipo subjetivo penal, en el cual se dará cuenta de los elementos psíquicos como son la conciencia y el querer ejecutar el hecho lesionando un bien jurídico tutelado.

#### **e. La antijuricidad**

Tenemos que cuando hablamos de antijuricidad, indicamos que se trata de una acción o conducta que amenaza o lesiona un bien jurídico siempre y cuando no exista causas de exclusión, que de acuerdo con el artículo 30 del COIP son: “estado de necesidad o legítima defensa (...), cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014). Debemos apreciar que es en este instante que al contar con la certeza fáctica ya se alcanza la lesividad necesaria para vulnerar bienes jurídicos.

Welzel (1997), indica que: “Dada que la realización típica es anti normativa, y puesto que una violación de una norma prohibitiva es antijurídica, salvo que opere una norma permisiva, se desprende que una acción es antijurídica si realiza plenamente el tipo de una norma prohibitiva” (pág. 98). La antijuricidad vendrá de la mano con la tipicidad debido a que, en este momento, se presenta como aquella conducta ejecutada por el sujeto activo que obtuvo un resultado, ya sea porque amenazo o lesiono un bien jurídico.

#### **d. Titularidad de la acción penal**

En un sistema procesal penal acusatorio como es el caso de Ecuador, el principio de legalidad formal, establece que el ente acusador encargado de investigar y perseguir las infracciones penales será la Fiscalía, dirigiendo de oficio o a petición de parte la investigación pre procesal y procesal penal de acción pública tal como dispone el inciso dos del artículo 410 del COIP que textualmente indica que: “El ejercicio público de la

acción corresponde a la Fiscalía, sin necesidad de denuncia previa” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador (2014) ha mencionado que: “la Fiscalía como titular de la acción penal, le corresponde la carga probatoria, esto es el deber de probar no sólo la ocurrencia del hecho punible sino la culpabilidad del acusado o procesado”. La obligación a *prima facie* de otorgar una calificación jurídica del tipo penal a una conducta realizada por el sujeto activo la deberá realizar la fiscalía en base al supuesto de hecho fáctico que generó el riesgo, siendo verificable a este instante como hecho jurídico. La fiscalía deberá establecer mediante las circunstancias de la relación fáctica esto es las circunstancias de tiempo, el lugar y modo de cómo se llevó a cabo el hecho y si esta conducta fue de acción u omisión.

#### **e. Nexo Causal**

El nexo causal es plenamente identificado como parte de la doctrina de la imputación objetiva como una teoría que busca dar solución a los problemas de causalidad, para lo cual el objeto de estudio se desarrolla en el tipo objetivo penal que se halla contenido en la tipicidad; también tiene cabida en nuestra legislación en el artículo 455 del COIP que expresa que:

Art. 455.- Nexo causal.- La prueba y los elementos de prueba deberán tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada, el fundamento tendrá que basarse en hechos reales introducidos o que puedan ser introducidos a través de un medio de prueba y nunca, en presunciones (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

Así pues, el nexo causal es el medio para aportar pruebas y elementos de prueba que permitan observar una relación entre la acción del sujeto activo y el resultado de acuerdo a la valoración jurídica inferida por la infracción ejecutada por la persona procesada. Jakobs (1997) sostiene: “Lo que aparece en el individuo, sobre la base del motivo dominante, en cuanto a la ejecución de acciones, depende de la capacidad individual para dirigir la acción” (pág. 172), de lo que podemos deducir que el legislador en la norma penal, buscó dotar de elementos para poder aleccionar al juez y explicar cuándo el autor con su conducta de una manera planificada mediante su voluntad y conocimiento dirigió su acción final hasta obtener un resultado que era previsible y evitable.

## **f. Acusación Fiscal**

El COIP menciona la acusación fiscal al establecerla como parte del procedimiento penal en el artículo 591, señalándola como el momento con el que inicia la instrucción fiscal. En esta norma también se indica la necesidad de contar, para el efecto, con elementos suficientes que le permitan al fiscal deducir una imputación, esto es, reconducir una conducta realizada por el autor con dominio pleno de los cursos causales y que persiga con su acción final un resultado.

El profesor Claus Roxin (2019) en su obra titulada “La imputación objetiva en el derecho penal” al hablar de la exclusión de la imputación en caso de falta de realización del riesgo, manifiesta que:

La imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se hubiere realizado precisamente el riesgo creado por el autor. Por ello, se excluye en primer lugar, una imputación cuando el autor, si bien hubiere creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado no se produce como consecuencia de este peligro, sino solamente está en una relación causal con él. (pág. 98).

Con esto queda dispuesto que en primera instancia el órgano persecutor del delito realizará una calificación jurídica y posterior de aquello al tener sentado por cierto de la existencia de un tipo objetivo penal, esto es, que se verifique la subsunción entre el hecho fáctico y los elementos objetivos especiales del tipo que crearon un riesgo que defrauda expectativas normativizados lesionando bienes jurídicos, podrá concluir que posee elementos para imputar una acción o conducta.

## **g. Sobreseimiento**

A manera de antesala, para la prosecución del proceso penal que ha sido sometido a juzgamiento ante la autoridad jurisdiccional, dentro de la legislación ecuatoriana existe la etapa Evaluatoria Preparatoria a Juicio, la cual forma parte de los requisitos legales previos que han de cumplirse previo a analizar las cuestiones de fondo, pues en ella se trata de verificar el cumplimiento de los requisitos de forma del juicio penal.

La acción en un primer momento entra en un análisis jurídico por parte del sujeto procesal encargado de la persecución del delito, como lo es fiscalía, tanto para la

calificación jurídica como para la formulación de cargos, luego de lo cual fiscal acusará o se abstendrá de acusar a quienes se encuentren investigados por el cometimiento de un ilícito. En tal virtud, en este momento se deberá presentar elementos suficientes, unívocos y variados que permitan contar con una certeza fáctica y jurídica de una acción que fue creadora de un riesgo. Será en base a estos elementos que se pueda deducir una imputación al haber puesto en peligro o producido un resultado que fue en contra de bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal.

Hecho esto, será el juzgador quien dentro de su órbita de análisis jurídico impute normativamente una conducta aun resultado, apegado tanto a la estructura jurídica penal, la jurisprudencia y la Doctrina, para lo cual deberá verificar si existe el injusto penal esto es una conducta antijurídica que provoco una lesión al haber actuado de manera contraria a la norma penal por amenazar o lesionar sin que medie causa de justificación o exclusión de antijuricidad y que esta sea típica, esto es que exista un análisis exhaustivo del tipo objetivo, como se alcanza aquello es verificado como hecho o acción que le es propio del sujeto quien con su actuar creo un riesgo o rebaso un riesgo, obteniendo un resultado que se hallaba establecido típicamente; y la culpabilidad, esto es que la acción fue dispuesto con sentido por él y cuya evitación era previsible y disponible dentro de su esfera de conocimiento.

Frisch (2004) indica que: “Para resolver todas estas cuestiones, el curso causal tiene que estar dilucidado en tal medida por parte del encargado de aplicar el Derecho que pueda responder a las cuestiones normativas relevantes del caso” (pág. 495). En palabras de la Corte Constitucional (2013) durante esta etapa el juez debe indicar el grado de participación como también los presupuestos objetivos y subjetivos del caso en mención.

De igual manera el COIP establece en el numeral 2 del artículo 605 que: “Cuando concluya que los hechos no constituyen delito o que los elementos en los que la o el fiscal ha sustentado su acusación no son suficientes para presumir la existencia del delito o participación de la persona procesada” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

#### **h. Sentencia**

El momento más importante donde se verá evidenciado si el Juez analizó la

certeza fáctica y jurídica en la creación del riesgo y si existió o no competencia de la víctima por haber inobservados los deberes de autoprotección que les son exigibles de los bienes jurídicos que se encuentran bajo de su administración, será en el momento de emitir una sentencia, pues es allí, cuando el magistrado expone y deja plasmado su decisión, tanto en un primer momento mediante una decisión oral, como al emitir la sentencia escrita que deberá estar motivada conforme indica la Constitución.

La Corte Constitucional, en la sentencia 1158-17-EP, en la que expresa las pautas para examinar los cargos de vulneración al derecho a la motivación, establece la posibilidad de que una decisión judicial se encuentran motivada de forma insuficiente, inexistente o aparente, siendo en esta última en la que se pueden hablar de vicios motivacionales como la incoherencia, la inatención, la incongruencia y la incomprensibilidad.

En otras palabras, en este fallo jurisprudencia se obliga al operador de justicia a establecer en su sentencia o resolución la existencia de la certidumbre fáctica y jurídica en la creación del riesgo, e indicar que se constató una conducta que dio inicio a un proceso causal que fue dominable hasta su fase de agotamiento y creó un peligro que lesionó un bien jurídico que se encontraba establecido típicamente y que es verificable en la materialización de un resultado para poder imputar normativamente.

### **CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO**

#### **3.1. Tipo de investigación Descripción del área de estudio**

El área de estudio está constituida por el COIP, en la función sistematizadora de la tipicidad y antijuricidad; y, la doctrina relativa a la certidumbre fáctica y jurídica en la creación del riesgo, el dominio de los cursos causales, la imputación objetiva y la competencia de la víctima del delito en la creación del riesgo y su aplicación en la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Ibarra, el Tribunal de Garantías Penales de Imbabura, la Fiscalía Provincial de Imbabura y la Defensoría Pública Penal de las que se ha seleccionado algunas decisiones para analizarlas en el presente trabajo. Además, se aplicará una entrevista a un Juez del Tribunal de Garantías Penales de Imbabura, un Fiscal de la Provincia de Imbabura, un Defensor Público y dos Defensores Privados.

### **3.1.2 Enfoque y tipo de investigación**

La presente investigación es de carácter cualitativo, consistiendo en un estudio de la certidumbre fáctica y jurídica en la creación del riesgo por parte de la víctima y su competencia, enfoque que facilitó comprender y describir el fenómeno investigado. Se procedió a analizar la doctrina penal, las normas constitucionales, tratados internacionales y el COIP, con lo que se obtuvo bases legales para determinar cómo se llega a la certidumbre fáctica y jurídica en la creación del riesgo y la competencia de la víctima.

### **3.1.3 Procedimiento de investigación**

Para el desarrollo de la investigación se consultaron diversas fuentes como libros y artículos científicos, legislación ecuatoriana y sentencias penales; para su estudio se aplicó un procedimiento documental donde se utilizaron como instrumentos de recolección fichas de estudio de casos y un cuestionario preguntas cerradas en forma de entrevista para conocer la opinión de expertos sobre el tema.

## **3.2. Métodos**

Como métodos de investigación se utilizaron tanto los generales de las ciencias y los propios de la investigación jurídica. En concreto se emplearon los siguientes:

### **3.2.1. Método dogmático jurídico**

Mediante este método se hizo un estudio a profundidad de la doctrina penal relacionada con la certidumbre fáctica y jurídica, la creación del riesgo, el dominio de los cursos causales creadores de riesgo, la víctima y su competencia en la creación del riesgo, el acuerdo por parte de la víctima, el consentimiento en la victimodogmática cuando opera la exclusión del acuerdo y el consentimiento por parte de la víctima y cómo se encuentran motivadas las decisiones judiciales adoptadas en virtud de los elementos anteriores.

### **3.2.2. Análisis y síntesis**

Con el primero se descompuso el objeto o proceso investigado en sus partes básicas para conocer su estructura y función, mientras que el segundo permitió

sistematizar los elementos esenciales del objeto o proceso estudiado. En la investigación ambos se aplicaron al análisis de los tipos penales subsumidos los hechos fácticos apreciados con el ente generador de riesgo que es imputable a la acción o conducta de un riesgo que no es socialmente tolerado al lesionar bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal. Así mismo, se determinó cómo los operadores de justicia y abogados realizaron el proceso de imputación normativa en varios procesos penales del cantón Ibarra.

### **3.3.3. Método Deductivo**

Este método permitió pasar de ideas generales a datos concretos para constatar la validez de aquellas y explicarlos desde el punto de vista de la coherencia entre los datos y su interpretación. En la presente investigación se partió desde: i) Estudio de los principios constitucionales como: tutela judicial efectiva, el debido proceso, seguridad jurídica, derechos de libertad (artículo 66 numeral 5 y 29 literal d) de la Constitución), así como de las obligaciones y responsabilidades (en lo referente al artículo 83 numerales 1 y 4 *ibidem*); ii) en cuanto a instrumentos internacionales de derechos humanos, la Declaración de los Derechos de Hombre y del ciudadano (artículo 4), Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 14 numeral 1) y Convención Americana sobre los Derechos Humanos (artículo 9); iii) el COIP, en lo referente a su finalidad, la infracción penal, conducta penalmente relevante, la tipicidad, la antijuricidad, la titularidad de la acción penal, el nexo causal, acusación fiscal, sobreseimiento y sentencia; y, iv) Doctrina penal, para entender lo que representa la creación del riesgo como certeza de lo fáctico y jurídico en la competencia de la víctima en el tipo penal.

### **3.3.4. Método de análisis exegético-jurídico**

Es un método específico de las ciencias jurídicas, y se aplica al estudio de las disposiciones jurídicas de cualquier jerarquía o contenido, para analizar normas concretas, instituciones jurídicas o aspectos concretos de su contenido en cuanto a la configuración jurídica, desarrollo de principios o consecuencias de su aplicación en el contexto general del ordenamiento jurídico. En la presente investigación que se propone será aplicado para el análisis de los principios constitucionales de seguridad jurídica, debido proceso, principios de libertad, y su relación con el Derecho Penal, parte general,



para establecer el fin del mismo, la infracción penal y la conducta penal relevante.

### **3.3.5. Estudio de casos**

Este método permite contrastar los resultados de la investigación empírica y el análisis exegético-jurídico con su aplicación a un caso concreto para establecer la relación entre los tres factores y determinar sus coincidencias o divergencias y la forma en que son aplicadas por el legislador o el juez las concepciones doctrinales y los principios generales. Ese estudio se realizó con investigaciones previas, instrucciones fiscales y sentencias penales, para constatar la motivación de la sentencia, los argumentos empleados por los jueces y fiscales para arribar a la existencia de la certidumbre fáctica y jurídica en la creación del riesgo, la competencia de la víctima y la aplicación de la imputación normativa.

## **3.4. Técnicas e instrumentos**

### **3.4.1. Técnicas**

Con la técnica de análisis documental se revisaron los aportes legales y doctrinales más relevantes para esta investigación. Mientras que con la técnica de entrevista se obtuvo criterios de especialistas en la materia. Con respecto al tema de investigación.

### **3.4.2. Instrumentos**

Para la técnica de análisis documental se eligió como instrumento las fichas bibliográficas y de resumen. Para la entrevista se eligió como instrumento un cuestionario de preguntas cerrado que se aplicó a un juez, un fiscal y un defensor público.

## **CAPÍTULO IV: RESULTADO Y DISCUSIÓN**

### **4.1. Resultados de las entrevistas realizadas**

A continuación, se transcriben y analizan las entrevistas realizadas a varios profesionales del Derecho de acuerdo con lo expresado en el capítulo anterior.

### Pregunta 1: ¿Cuál es su ejercicio profesional en la actualidad?

Entrevistado/a	Respuesta
Juan Diego Melo	Abogado en libre ejercicio
Lenin David Garcés Echeverría	Abogado en libre ejercicio
Rolando Sigifredo Mejía Romero	Juez del Tribunal de Garantías Penales de Imbabura
Jhonny Hurtado Moreno	Fiscal de Ibarra
Jorge Edgar Chicaiza Peñafiel	Defensor Público

**Fuente:** Profesionales del Derecho entrevistados.

**Elaboración:** Propia del investigador.

**Análisis:** De los profesionales de los cinco profesionales del Derecho que aceptaron ser entrevistados para este trabajo dos de ellos son abogados en el libre ejercicio de su profesión, uno de ellos es defensor público, uno es agente fiscal que labora en la ciudad de Ibarra y uno más es juez del Tribunal de Garantías Penales de la provincia de Imbabura.

### Pregunta 2: ¿Qué entiende por certidumbre fáctica y jurídica?

Entrevistado/a	Respuesta
Juan Diego Melo (Abogado en libre ejercicio)	Se entiende por certidumbre fáctica y jurídica a los hechos que están constituidos en la norma jurídica y que tienen una sanción.
Lenin David Garcés Echeverría (Abogado en libre ejercicio)	Podríamos tomar en consideración los hechos que se atribuyen a una persona y la infracción a la cual se le está atribuyendo, es decir, el marco teórico al cual se le imputa una cierta conducta. Es como decir, un delito de robo me está imponiendo el ejercicio, mi pena sería cometer un ilícito de robo. Tonces (Sic.), eso está penalmente relevado, penalmente sancionado en el Código Orgánico Integral Penal, hablando dentro del campo ecuatoriano.
Rolando Sigifredo Mejía Romero (Juez del Tribunal de Garantías Penales de Imbabura)	A ver, para adentrarnos al análisis de lo que corresponde, lo que es la certidumbre fáctica y jurídica, se debe entender que el ejercicio penal, en sí, tiene siempre o establecer la manera de imputar la conducta hacia un resultado. Cuando hablamos de la certidumbre fáctica, estamos hablando de la certeza, de la realidad de estar hablando plenamente en conocimiento de los hechos ejecutados de una conducta. Estos hechos, pues, que tendrán, pues, relación, tendrán consonancia con lo que se ha desarrollado durante los cursos causales, cursos causales que han sido generadores o creadores

	<p>de un riesgo y que dentro de est creación de riesgo, ha sido, pues, de una manera lesiva hacia los bienes jurídicos, bienes jurídicos que se hallan tutelados dentro de la norma.</p> <p>Entonces, estos elementos, tanto el elemento objetivo como subjetivo, debe ser plenamente analizado para poder establecer la certidumbre fáctica. Cuando hablamos de los elementos objetivos, pues nos adentramos a establecer lo que son esta conducta, la conducta que ha sido ejecutada por una persona y que se halla, pues, observada o plasmada y es verificable ya ante un análisis, ante la observación, ante el cúmulo de elementos que nos ha permitido establecer la existencia de una verdad procesal.</p> <p>Ahora bien, adentrémonos a hablar de lo que es la certidumbre jurídica. La certidumbre jurídica, pues, viene concatenada con lo que es la certidumbre fáctica. Si bien es cierto que tenemos ya una conducta que ha sido, ha lesionado, o es reprochable o es desaprobada, por ser creadora o generadora de un riesgo, vamos ahora a adentrarnos a analizar si es que el tipo penal, específicamente – para poder hablar de certeza, para hablar con pleno conocimiento jurídico – si es que esta conducta se halla prohibida o mandada a ejecutar y está inserta, pues, dentro del Código o de un catálogo de conductas punitivas.</p> <p>Ahora, cuando hablamos de certidumbre jurídica, debemos observar que hay estos elementos objetivos especiales del tipo. Entonces, pues, tenemos, por ejemplo, en el tema del delito, pues, que corresponde al homicidio, pues nos dice “la persona que mate a otra...”, pues nos está identificando claramente que debe existir, pues, un sujeto activo, que va a ejecutar la acción de matar; un sujeto pasivo, que es la víctima, a quien se le va a lesionar su bien jurídico, que es la vida; un bien jurídico protegido, que es lo que nos habla, en este caso, es la vida; y, un verbo rector, que claramente, pues, indica que es el verbo matar.</p> <p>Entonces, ante esto, pues, si tenemos ya una certeza, estamos hablando en convicción total con los elementos aportados, tenemos una certidumbre fáctica y una certidumbre jurídica. Estos pues, tiene su finalidad de poder realizar, pues, este ejercicio de establecer tanto el supuesto de hecho fáctico como el supuesto de hecho jurídico, que podrá dar paso ya al injusto penal, al análisis del injusto penal, al análisis, esto es, de la tipicidad y la antijuridicidad.</p>
<p>Jhonny Hurtado Moreno (Fiscal de Ibarra)</p>	<p>Significa la posibilidad de variación fáctica y jurídica entre la imputación. Debe existir una congruencia entre los hechos y las calificaciones jurídicas a partir de la imputación, en la acusación y en la sentencia en aras de preservar que el principio acusatorio cumpla su finalidad entendiendo que un actuar contrario redundaría en el ejercicio del derecho a la defensa y de su derecho a conocer las circunstancias fácticas y jurídicas por las cuales se investiga y se lleva a juicio al procesado.</p>
<p>Jorge Edgar</p>	<p>La certidumbre fáctica es el conocimiento que posee el juez de</p>

Chicaiza Peñafiel  
(Defensor Público)

los hechos puestos en su conocimiento cuya existencia debe estar debidamente acreditada por las pruebas obtenidas y practicadas de conformidad con la Constitución de las leyes de la República, es decir, la verdad procesal de las actuaciones de las que se acusa al presunto sujeto activo de la infracción.

La certidumbre jurídica es la consecuencia del ejercicio de subsumir la verdad procesal al tipo penal previsto en la normativa penal – en el caso ecuatoriano el COIP – luego de lo cual se puede concluir si el procesado adecuó o no su conducta al delito por el cual es acusado. Este ejercicio es válido únicamente si respeta los principios de legalidad y taxatividad y se refleja durante el ejercicio de motivación de la decisión adoptada por el o los juzgadores.

**Fuente:** Profesionales del Derecho entrevistados.

**Elaboración:** Propia del investigador.

**Análisis:** El primer entrevistado sostiene que la certidumbre fáctica y jurídica son los hechos que se encuentran en una norma jurídica que prevé una sanción para los mismos. El segundo entrevistado considera que la certidumbre fáctica son los hechos por los que se acusa a una persona y la certidumbre jurídica la norma que contiene el tipo penal. Para el tercer entrevistado la certidumbre fáctica es el convencimiento de la existencia de los hechos más allá de toda duda razonable y la certidumbre jurídica sería la adecuación de los mismos a la norma penal. El cuarto entrevistado hace énfasis en el principio de congruencia entre hechos y normas advirtiendo de la posibilidad de beneficiar a la defensa del procesado en caso de no llegar a empatarlas correctamente. El quinto entrevistado considera que la certidumbre fáctica no equivale a los hechos en sí mismo, sino solo a los hechos demostrados con la práctica probatoria, así mismo, menciona que la certidumbre jurídica es un ejercicio mental que está guiado por principios.

El primer entrevistado no se ha pronunciado sobre la certidumbre fáctica pues confunde la misma con la certidumbre jurídica. El segundo entrevistado confunde la tipicidad con el marco teórico, términos que no guardan ninguna relación. El tercer entrevistado ofreció definiciones detalladas sobre las nociones consultadas explicando el camino que se sigue para unir ambos tipos de certidumbre. El cuarto entrevistado no ofreció definiciones, pero dejó en claro la necesidad de una adecuación perfecta los hechos a la norma. El último entrevistado hace énfasis en la presencia de las reglas procesales como el camino para establecer qué debe entender por hechos penalmente

relevantes y cómo se han de adecuar a la conducta de la que se acusa al presunto infractor.

<b>Pregunta 3: ¿Qué podría indicar referente a la creación de un riesgo que sea penalmente relevante para el Derecho Penal?</b>	
<b>Entrevistado/a</b>	<b>Respuesta</b>
Juan Diego Melo (Abogado en libre ejercicio)	Se puede indicar que, si es que se crea un riesgo penalmente relevante, sería de mayor ayuda para así tener un estudio, una doctrina, que nos ayude en la defensa de los casos, ya que no existe un riesgo penalmente que sea relevante en el Derecho Penal.
Lenin David Garcés Echeverría (Abogado en libre ejercicio)	La creación de un riesgo penalmente relevante sería la perspectiva en la cual yo mismo creé ese peligro para lesionar mi bien jurídico protegido.
Rolando Sigifredo Mejía Romero (Juez del Tribunal de Garantías Penales de Imbabura)	<p>Toda conducta humana es generadora de riesgo. Toda actividad humana es generadora de riesgo. Pero al Derecho Penal lo que realmente le circunscribe su análisis o lo pertinente para que sea lo importante – digamos así, si es que cabe el término referente a lo que es una conducta penalmente relevante –, precisamente el Código Orgánico Integral Penal nos establece y nos habla, dentro de los elementos objetivos generales, qué es una conducta penalmente relevante. Entonces nos describe, pues, como conducta penalmente relevante, a toda acción u omisión que ponga en peligro o produzca un resultado que sea lesivo, descriptible y demostrable; eso nos establece ya la legislación ecuatoriana en el Código Orgánico Integral Penal.</p> <p>Entonces, una creación de riesgo, que es equivalente a la realización de una conducta, tiene por importancia para el Derecho Penal cuando pone en peligro un bien jurídico que se halla tutelado dentro de la ley fundamental del Estado y tiene su mecanismo de protección dentro de lo que es el Código Orgánico Integral Penal. Si una conducta es lesiva, ha lesionado bienes jurídicos, se puede describir como tal y se demostrará cómo ha sido el manejo de estos cursos causales con su dominio pleno y total, hablaremos que es penalmente relevante, porque, primeramente, puso el peligro un bien jurídico y, de igual manera, produjo un resultado.</p> <p>Entonces estamos hablando de imputar, vamos a imputar una conducta hacia un resultado. Una conducta creadora de un riesgo solo se podrá ver plasmada siempre y cuando se pueda constatar que dicha conducta obtuvo ese resultado. ¿Cómo se puede establecer aquello? Aquello se puede establecer a través de los criterios de imputación propuestos por el maestro doctrinario Claus Roxin, quien nos establece – digamos así – dentro de la tipicidad, tres parámetros, esto es: la creación de un riesgo no permitido o desaprobado socialmente, que el riesgo se</p>

	<p>encuentre dentro del resultado y que este riesgo se encuentre dentro del ámbito de protección de la norma. Ahí ya estamos hablando de la creación de un riesgo que es penalmente relevante para el Derecho Penal, porque toda actividad humana – como se dijo en un inicio – genera un riesgo. Caminar por un sendero escabroso, tomar un vehículo y conducirlo, caminar por la acera o por la vía pública, tomar un avión, realizar una actividad deportiva, todo esto nos va a generar riesgos, pero habrá que determinar a ciencia cierta, de una manera clara, meridiana, si realmente se halla o es de interés para el Derecho Penal.</p>
<p>Jhonny Hurtado Moreno (Fiscal de Ibarra)</p>	<p>La creación de un riesgo jurídico penalmente relevante o no permitido o creación de un riesgo prohibido, según este criterio se procede a negar la imputación objetiva cuando la acción no ha creado el riesgo relevante de una lesión al bien jurídico.</p>
<p>Jorge Edgar Chicaiza Peñafiel (Defensor Público)</p>	<p>Primeramente, la gran mayoría de los actos que realizan las personas poseen un nivel alto, medio o bajo de riesgo de acuerdo al grado de seguridad que posean todos los implicados del mismo de que el ejecutarlo no se vulnerará ningún derecho. No obstante, hay riesgos que pueden tener relevancia para del Derecho por adecuar los mismo a los previsto en las leyes que rigen el Estado y, en este sentido, se habla de relevancia penal cuando dichas actuaciones podrían constituir un delito por cumplir con lo dispuesto en algún tipo penal y vulnerar un bien jurídico.</p> <p>La relevancia penal de la conducta también está sujeta a principios siendo el más importante el de mínima intervención penal por el cual suele puede sancionarse una conducta siempre que se demuestre que el uso de otros mecanismos judiciales es insuficiente para proteger los derechos vulnerados tal como expresa el artículo 3 del COIP y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.</p>

**Fuente:** Profesionales del Derecho entrevistados.

**Elaboración:** Propia del investigador.

**Análisis:** El primer entrevistado considera que se requiere de una doctrina que ayude a clarificar los riesgos penalmente relevantes. El segundo entrevistado considera que el riesgo penalmente relevante tiene que ver con la intensión del sujeto al cometer una conducta. El tercer entrevistado sostiene que para calificar la existencia de este riesgo se pueden utilizar los postulados de Roxin (creación de riesgo no permitido, que este se encuentre dentro del resultado y que esta acción u omisión se halle dentro de lo previsto en la norma penal). El cuarto entrevistado enfatiza en que el riesgo debe estar prohibido por la norma. Finalmente, el quinto entrevistado sostiene que el hecho de que haya un riesgo penalmente relevante no significa necesariamente que deba emplearse la

justicia penal pues para ello además hay que justificar que no hay otro mecanismo más eficaz para tutelar los bienes jurídicos vulnerados.

El primer entrevistado parece ignorar que ya hay doctrina penal con respecto al riesgo penalmente relevante. El segundo entrevistado enfoca el riesgo desde un punto de vista causal-intencional. El tercer entrevistado hace notar que no existen requisitos legales para la calificación del riesgo permitido por lo que echa mano de la doctrina. Aunque no lo manifiesta expresamente, según el cuarto entrevistado la prohibición de riesgo debe estar expresamente contemplado en la norma. El quinto entrevistado enfatiza en la aplicación del Derecho Penal como de *ultima ratio*, principio que ayuda a afinar la pertinencia de emplear mecanismos penales para resolver un conflicto que puede tener respuesta más acertada en otra rama del Derecho.

<b>Pregunta 4: En su experiencia, ¿Usted al conocer una causa penal realiza el análisis de la subsunción que debe existir entre la certidumbre fáctica y jurídica para poder establecer la creación del riesgo?</b>	
<b>Entrevistado/a</b>	<b>Respuesta</b>
Juan Diego Melo (Abogado en libre ejercicio)	En mi experiencia, sí. Sí hay que realizar un análisis que existe entre la certidumbre jurídica fáctica y jurídica, ya que hay que determinar los hechos que sucedieron realmente en el delito y si se configura a la sanción establecida en las normas penales.
Lenin David Garcés Echeverría (Abogado en libre ejercicio)	Pues sí se la realiza para poder determinar tanto los hechos como la norma que va a ser aplicable, y así poder realizar una correcta defensa técnica.
Rolando Sigifredo Mejía Romero (Juez del Tribunal de Garantías Penales de Imbabura)	La subsunción, que es el establecer o concatenar el hecho fáctico con el hecho jurídico, hablando en certeza ya, debe ser un ejercicio mental obligatorio para poder establecer en este caso la existencia o no del injusto penal, el injusto penal que se halla compuesto, pues, de la tipicidad y la antijuridicidad, teniendo ya como punto de partida esta subsunción, estableciendo tanto los hechos fácticos que se concatenan a los elementos especiales del tipo penal, de la conducta prohibida o mandada a realizar, es de importante y necesaria aplicación para poder realizar este ejercicio y poder demostrar si estamos a una conducta generadora de riesgo que ya es típica al haber comprobado tanto el tipo objetivo como el tipo subjetivo penal a estos elementos que se describieron dentro del catálogo de conductas punitivas y a la acción que realizó y, lo subjetivo, que es lo que tiene que ver a el conocimiento, la voluntad con la libertad con la que actúan las personas. Si tenemos voluntad vamos a tener, por ende, un conocimiento

	<p>de las cosas y la libertad para ejecutar una conducta. Entonces, ya estamos hablando de que existe, pues, en este caso, una primera categoría, que es la tipicidad y la antijuridicidad hemos actuado de manera en contra de lo jurídicamente permitido, en contra de lo jurídicamente establecido; solamente podremos hablar de la ausencia de la antijuridicidad, bien se formal o material.</p> <p>Cuando hablamos de ausencia de una antijuridicidad formal, estaremos a lo dispuesto dentro del Código Orgánico Integral Penal cuando nos dice cuáles son las causas de exclusión de la conducta antijurídica y nos establece, pues, que para que una conducta no pueda ser observada como antijurídica, se tiene que establecer que sea por un estado de necesidad, una legítima defensa o el cumplimiento de un deber legal. Solo son estas tres causas – dentro de la estructura jurídica ecuatoriana – con las que se exime o se excluye, digamos así, un comportamiento antijurídico.</p> <p>Y la antijuridicidad material nos lleva a identificar realmente si existe la lesión al bien jurídico, cuál ha sido, cómo se ha vulnerado este bien jurídico que se halla tutelado dentro de la ley fundamental, en el cual pues, nos expone y nos tiene pues, dentro del artículo 66, estos famosos derechos de libertad, en los cuales, pues, nos describe varios, como el derecho a la vida, a una vida libre sin violencia, a la libertad de trabajo, al desarrollo personal sin más limitaciones que el desarrollo propio de nosotros, a realizar actos que sean no prohibidos o permitidos por la ley y un sinnúmero de derechos más que se hallan tutelados e igualmente protegidos a través del Derecho Penal.</p>
<p>Jhonny Hurtado Moreno (Fiscal de Ibarra)</p>	<p>Sí.</p>
<p>Jorge Edgar Chicaiza Peñafiel (Defensor Público)</p>	<p>Sí. Los abogados defensores estamos en la obligación de realizar este ejercicio argumentativo en el que identificamos la tesis o fundamentos de hecho, la antítesis o fundamentos de derecho y la síntesis o conclusión y presentamos nuestros resultados al juzgador quien también debe realizar el mismo ejercicio para determinar la responsabilidad o no del acusado. Insisto al expresar que los hechos que tienen que considerarse para este ejercicio lógico son aquellos cuya existencia pudo demostrarse en base a las pruebas válidas aportadas por Fiscalía, la acusación particular y el procesado.</p>

**Fuente:** Profesionales del Derecho entrevistados.

**Elaboración:** Propia del investigador.

**Análisis:** Todos los entrevistados coinciden en que realizan el ejercicio de subsumir los hechos denunciados al delito por el que se acusa al presunto infractor. El tercer entrevistado sostiene que este ejercicio debe realizarse tomando en cuenta: i) los



elementos objetivos y subjetivos del delito; y, ii) la descripción literal – especialmente de los verbos rectores y sus condicionantes – según lo dispuesto por el legislador en la parte especial del COIP. El quinto entrevistado insiste en que este ejercicio solo se realiza en base a la prueba admitida por el juez.

La subsunción de los hechos al tipo penal es un ejercicio que corresponde realizar a todos quienes intervienen en el proceso (partes procesales y juez o jueces). Sin embargo, dicho ejercicio debe respetar normas lógicas y procesales previstas en la misma legislación a fin de garantizar la presencia y cumplimiento del principio de objetividad al momento de tomar la decisión por parte del juez o tribunal penal.

<b>Pregunta 5: ¿Qué entiende por imputación causal?</b>	
<b>Entrevistado/a</b>	<b>Respuesta</b>
Juan Diego Melo (Abogado en libre ejercicio)	Se entendería por imputación causal a la acusación que se realiza a una persona cuando está en un lugar donde ocurre un delito, pero esta no lo conoce. Eso se entendería por imputación causal.
Lenin David Garcés Echeverría (Abogado en libre ejercicio)	Se puede entender la atribución de un riesgo, es decir, yo mismo pongo en riesgo mi bien jurídico y cometo esa imputación causal, la cual puede afectar mi bien jurídico posteriormente.
Rolando Sigifredo Mejía Romero (Juez del Tribunal de Garantías Penales de Imbabura)	La imputación causal no es otra cosa más que un desarrollo dentro de la doctrina promovida pues que fue en este caso por Von Liszt y Von Beling, son las personas pues que identificaron ya el tema y se empezó a dar vida a lo que es una imputación causal. Entonces ¿Qué es lo que nos decían ellos? Nos decían que toda conducta que es puesta en acción o es desarrollada aportó en algo para un resultado, pero dentro de este resultado no se verifica esta voluntad, esta libertad, este conocimiento para obtener este resultado y dentro de esta imputación causal existirá una conducta tendiente al cometimiento de una generación o creación de riesgo, pero realmente el resultado – el momento de ser verificado – no se lo tiene como tal. Dentro de esto se ha planteado dentro de la imputación objetiva, algo que se llaman “problemas de causalidad”. Uno de este tipo es la famosa “causalidad irregular o hipotética”; un ejemplo de aquello sería que A golpea a B, le genera una lesión, viene C, lo traslada en una ambulancia a B y en el traslado B muere en un accidente de tránsito. ¿Cómo se aplicaba esta famosa imputación causal? Pues fácil, a través de la aplicación de la teoría de la “ <i>conditio sine qua non</i> ” que es parte de la “teoría de la equivalencia de las

	<p>condiciones”, toda condición que es equivalente al cometimiento de una causa generadora de riesgo, automáticamente está hablando, está indicándonos que es o puede ser atribuida a este resultado y ¿Cómo se lo alcanzaba? Hacíamos una abstracción mental de la conducta primigenia generadora de esto y, en el ejemplo citado, pues – fácil y sencillo –, hago una fracción mental, si no hubiese habido la lesión, por ende, no iba en la ambulancia y no moría, pero, realmente el resultado que se lo quiere increpar a A, que es quien golpeó y causó una lesión, no se ve plasmada como una conducta generadora de riesgo de muerte, sino más bien, de lesión. Entonces, esto es una imputación causal, es reconducir una conducta o un resultado única y exclusivamente por haber puesto una acción causal, no más, pero la voluntad mismo en sí, de que haya tenido conocimiento y libertad para la creación y el resultado en sí, no cabe dentro de los parámetros o de los criterios de imputación que se habló en la pregunta anterior.</p>
<p>Jhonny Hurtado Moreno (Fiscal de Ibarra)</p>	<p>Significa que, entre el comportamiento voluntario e ilícito del autor y el daño sufrido por la víctima, debe existir una relación o nexo. La relación es la de causa-efecto. El hecho ilícito ha de ser considerado la causa del daño y el daño el efecto del hecho ilícito. La conducta de la víctima debe ser considerada un eximente de responsabilidad total, siempre que esta sea la única causa exclusiva y determinante del daño. La actuación de la víctima es la que inequívocamente podría conllevar, como consecuencia, ese determinado resultado dañoso.</p>
<p>Jorge Edgar Chicaiza Peñafiel (Defensor Público)</p>	<p>La imputación causal es uno de los principios que guían la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, famosa en Ecuador desde la reforma al COIP en 2019. Este principio consiste en establecer la responsabilidad del presunto infractor en el cometimiento del delito que se le acusa en base a los siguientes parámetros: i) nexo causal; ii) intención del autor al momento de cometer los hechos; iii) grado de imputabilidad; iv) grado de responsabilidad; y, v) causas eximentes que pudieren aplicarse al caso concreto.</p>

**Fuente:** Profesionales del Derecho entrevistados.

**Elaboración:** Propia del investigador.

**Análisis:** Para el primer entrevistado la imputación causal es sinónimo de acusación. Para el segundo entrevistado es sinónimo de atribución de riesgo. Para el tercer entrevistado es una conducta relevante que determina el cometimiento del delito pues que sin ella el resultado dañoso simplemente no existiría. Para el cuarto entrevistado la causalidad es la aplicación del nexo causal atribuible al presunto infractor. Para el quinto entrevistado la causalidad es un principio de la teoría de imputación objetiva que posee varios requisitos que ayudan a aplicarlo de forma objetiva.

En conjunto, no existe unanimidad sobre el origen de la causalidad desde el plano doctrinal, aunque todos coinciden en su necesidad para determinar la responsabilidad o no del sujeto infractor. Esto evidencia que la formación doctrinal de los profesionales del Derecho se encuentra en nivel deplorable, algo que es preocupante debido a que la doctrina es fuente del Derecho y ayuda, principalmente en materia penal, a cumplir con el principio de objetividad.

**Pregunta 6: ¿Puede existir un aporte causal por parte de la víctima al inobservar los deberes de autoprotección de sus bienes jurídicos que se encuentra bajo su tutela?**

<b>Entrevistado/a</b>	<b>Respuesta</b>
Juan Diego Melo (Abogado en libre ejercicio)	Sí, sí puede existir un aporte causal por parte de la víctima, ya que a veces las personas inobservamos nuestros propios deberes de autoprotección realizando acciones o poniéndonos en riesgo propio por nuestras decisiones.
Lenin David Garcés Echeverría (Abogado en libre ejercicio)	Sí puede existir un aporte causal, por cuanto yo, como víctima, tengo que tomar en consideración qué es lo que voy a realizar al momento de tomar – yo que sé – voy a tomar un taxi, pero yo no tomo un taxi amarillo, sino hago parar a cualquier persona. Estoy poniendo en riesgo mi bien jurídico protegido y estaría aportando a eso para causarme daño a mí mismo, porque si tomara un taxi amarillo, pues obviamente no pusiera en riesgo mi bien jurídico protegido, que puede ser la vida o la integridad física.
Rolando Sigifredo Mejía Romero (Juez del Tribunal de Garantías Penales de Imbabura)	<p>Haber, para poder entender el aporte causal por parte de la víctima, es muy importante tener en claro primeramente la construcción del tipo penal. No todos los tipos penales pueden ser atribuibles o se puede establecer que la víctima tenga bajo su tutela ciertos deberes de autoprotección. Tenemos que retroceder a la idea primigenia de lo que es el Código Orgánico Integral Penal y para qué fue creado el Código Orgánico Integral Penal.</p> <p>A través, pues, de los tiempos, se tiene por sentado que el Estado se responsabiliza de garantizar esta armonía, esta paz, esta convivencia social, para no solamente las personas de manera individual, sino para toda la sociedad. Entonces, pues, todos firmamos en común acuerdo haber cedido parte de esta libertad para que sea el Estado quien promueva y nos garantice este orden, esa estabilidad social.</p> <p>Entonces, tenemos que tener en claro que la víctima sí puede aportar, pero hay que saberlo analizar desde la doctrina cuándo estamos hablando de una autopuesta en peligro, cuándo es un bien jurídico que puede ser tutelado y entonces, ante eso, tenemos que analizar la construcción del tipo penal, cómo el legislador estableció dentro de los elementos objetivos</p>

especiales el manejo o la tutela de este bien jurídico. Tenemos así, que, por ejemplo, si lo analizamos desde el tipo objetivo, hablaremos de la victimodogmática, esta característica especial que tiene la víctima para poder contribuir con su conducta, con su actuar para el desarrollo de los cursos causales que lesionen a un bien jurídico.

Habrá que verificar el tipo penal, pues, como tenemos el tipo de estafa y – digamos así – la cual se requiere que la víctima sea aquella para que se ha vulnerado todas estas dudas concretas que tiene acerca de la presunta lesión a su bien jurídico – que es el patrimonio – se ven totalmente, o sean totalmente, desatendidas por el sujeto pasivo, víctima, y dar paso a una estafa que, en este caso, el bien jurídico del manejo de patrimonio está bajo su tutela, bajo su cuidado y bajo su dirección pues, en este caso, estamos hablando – más bien rectifico – dentro de lo que corresponde a la antijuridicidad material.

Cuando hablamos o analizamos también la victimodogmática, desde el tipo objetivo, debemos adentrarnos a analizar lo que corresponde al acuerdo y al consentimiento que debe existir, acuerdo y consentimiento que puede dar paso también a una participación activa por parte de la víctima en la creación del riesgo.

Muchas veces hay ejemplos, por ejemplo, del tipo penal de allanamiento ilegal de morada; si yo permito, consiento, que la persona ingrese conmigo – yo que sé – a conversar, a departir unas copas, a hablar de política, mal podría yo decir hay un allanamiento ilegal de morada. Si por querer cobrar – yo que sé – un seguro acuso al sujeto activo de un supuesto hurto cuando realmente fue la finalidad que la cosa sea hurtada sin que exista el ánimo de apropiación, estamos pues, ante un consentimiento. Una persona que tiene cierto vínculo de afinidad y amistad y se consuma, pues, una relación amorosa, consiente, pues, en tener relaciones sexuales, estaremos frente a una participación activa de la víctima por consentimiento para obtener o llegar a consumir este acto que puede ser tomado como violación.

Entonces, puede existir, pero hay ciertos tipos penales – como se indica – en los cuales el bien jurídico, y también depende mucho de la condición del sujeto pasivo. Tenemos por ejemplo en las personas que son niños, niñas y adolescentes, personas que tienen algún grado de discapacidad física o mental, personas que – sea por su avanzada edad – también pues quedan expuestos más bien no se los puede a ellos atribuir una autopuesta, eso toca dejar muy bien en claro, hay ciertos tipos penales que el legislador realmente no permite o no entra a dar más libertad de la que ya se halla, por ejemplo, delitos contra la vida, delitos contra el libre tránsito de las personas, delitos de la propiedad como el robo y un sinnúmero de delitos que tienen por finalidad garantizar y que realmente no se puede llegar a dar paso o a permitir más libertad de la que ya se halla

	establecido dentro del tipo penal, por eso es importantísimo analizar el tipo penal para poder verificar si es que este bien jurídico se encuentra bajo tutela o no del sujeto pasivo o víctima.
Jhonny Hurtado Moreno (Fiscal de Ibarra)	Sí.
Jorge Edgar Chicaiza Peñafiel (Defensor Público)	<p>Efectivamente, puede existir un aporte causal de la víctima al cometimiento de una conducta penalmente relevante que tienen que ver con la imprudencia de la misma al momento de coadyuvar al sujeto activo al cometimiento de los hechos. En este sentido vale hacer las siguientes reflexiones:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>i) Aunque las víctimas se pongan en situación de riesgo ello no justifica la conducta realizada por el sujeto activo (Por ejemplo, la persona que parquea su lujoso vehículo en una zona de la ciudad conocida por su alta peligrosidad).</li> <li>ii) Un acto que puede ser inicialmente consentido por la víctima puede transformarse – durante el desarrollo del mismo – en un acto que la misma víctima rechace (Por ejemplo, la persona que desea tener relaciones sexuales con otra, pero posteriormente ya no desea continuarlas pese a lo cual el otro sujeto decide seguir con la práctica sexual a pesar de la negativa de la contraparte, lo que constituye delito de violación).</li> <li>iii) El único caso en el que la víctima pierde su rol es cuando se justifica la presencia de legítima defensa.</li> </ul>

**Fuente:** Profesionales del Derecho entrevistados.

**Elaboración:** Propia del investigador.

**Análisis:** Todos los entrevistados consideran que puede existir responsabilidad de la víctima en el cometimiento de hechos delictivos. El tercer entrevistado considera que esta responsabilidad tiene que analizarse en íntima relación con la certidumbre fáctica y jurídica. El quinto entrevistado sostiene que, aunque por regla general se considera que varios delitos surgen por imprudencia de la víctima deben tomarse en cuenta apreciaciones como: i) la imposibilidad de dejar de investigar y sancionar por el hecho de que la víctima haya actuado con imprudencia; ii) un hecho inicialmente querido puede transformarse en no deseado que de proseguirse permite hablar de un delito; y; iii) existen casos en los que la actitud imprudente de la víctima es tal que no puede hablarse de un delito.

La responsabilidad de las víctimas en el cometimiento de un delito tiene relevancia desde el punto de vista de la doctrina y la legislación, pero solo en ciertos supuestos previstos dentro ambas fuentes del Derecho. Por lo demás, la responsabilidad

moral de la víctima en los hechos no justifica jurídicamente la conducta del infractor pues lo contrario implica la imposibilidad de realizar el juicio de reproche en la gran mayoría de los casos.

<b>Pregunta 7: ¿En qué delitos se aprecia con mayor frecuencia que la víctima contribuye a la creación del riesgo, permitiendo que se configure el delito en sus elementos objetivos y subjetivos?</b>	
<b>Entrevistado/a</b>	<b>Respuesta</b>
Juan Diego Melo (Abogado en libre ejercicio)	Bueno, aquí se podría – en base a mi experiencia en el libre ejercicio – se podría decir que se puede observar con mayor frecuencia en los delitos culposos de tránsito, de igual manera, en los de contrabando, ya que ahí la gente, conociendo, se pone en riesgo.
Lenin David Garcés Echeverría (Abogado en libre ejercicio)	Es más común observar esto es en los accidentes de tránsito, en los cuales, yo conduzco a alta velocidad y puedo lesionarme a mi persona mismo.
Rolando Sigifredo Mejía Romero (Juez del Tribunal de Garantías Penales de Imbabura)	<p>Haber, no se puede hablar específicamente de un delito, más bien se debe es adentrarse a analizar – como se explicó anteriormente – si se trata pues desde el ámbito del tipo objetivo, vamos a hablar del consentimiento y el comportamiento o, desde la antijuridicidad material, el tema de la victimodogmática, que conlleva, pues, el análisis de la autopuesta.</p> <p>Podemos estar frente una instigación al suicidio, que constituiría no una autopuesta, pero – por ejemplo – si la víctima mismo decide auto eliminarse o acabar con su vida y una persona facilita estos medios, no se podría tener como el causante o el sujeto activo, el responsable, porque no cumpliría con los elementos objetivos especiales del tipo, toda vez que son conductas de tipo penal de resultado, en el cual, el dominio de los cursos causales generadores de riesgo tienen que ser de dominio director del sujeto activo.</p> <p>Entonces, mal se podría establecer o sostener en qué delitos como mayor frecuencia, pero sí se podría analizar y, por experiencia propia, se ve más acrecentado este tema en los delitos que tienen que ver como lesiones, en los delitos tal vez como de carácter culposo, o en estos delitos de la propiedad como la estafa. Entonces, desde esta perspectiva, más bien se debería analizar de una manera muy minuciosa toda la temática acerca referente a esta pregunta.</p>
Jhonny Hurtado Moreno (Fiscal de Ibarra)	En los delitos culposos.
Jorge Edgar Chicaiza Peñafiel (Defensor Público)	Desde un punto de vista social, las víctimas, en mayor o menor grado, contribuyen a la ejecución de los delitos debido a la imprudencia con la que se manejan en sus actos. En este

sentido los delitos contra la vida, contra la propiedad y contra la integridad física, psicológica y sexual son los más frecuentes en tener cierta colaboración por parte de las víctimas.

**Fuente:** Profesionales del Derecho entrevistados.

**Elaboración:** Propia del investigador.

**Análisis:** El primer entrevistado sostiene los delitos en los que contribuye más la víctima para su cometimiento son culposos de tránsito (en lo que coincide el segundo entrevistado) y los de contrabando. El tercer entrevistado sostiene que no puede hablarse de algunos delitos en general, sino que ha de analizarse cada caso concreto. El cuarto entrevistado sostiene que solo cabe hablar de participación de la víctima en los delitos culposos sin dar más razones. El quinto entrevistado que la contribución de la víctima se presenta en los delitos contra la vida, la propiedad y la integridad física, psicológica y sexual.

No existe acuerdo sobre los delitos en los cuales tiene mayor influencia la víctima para su cometimiento, aunque todos los entrevistados han acertado en exponer de forma general algunas conductas en las que se puede evidenciar una mayor participación de la víctima que se pone en riesgo innecesario. Los delitos contra la integridad sexual, sin embargo, son controversiales en este sentido pues la afirmación del entrevistado podría entenderse como “echar la culpa” a la víctima por los actos perpetrados en su contra por los depravados sexuales lo cual es contrario al principio de igualdad.

**Pregunta 8: ¿Consideraría oportuno alguna reforma o algún cambio en las formas de interpretación y aplicación actual del riesgo al que contribuye la víctima?**

<b>Entrevistado/a</b>	<b>Respuesta</b>
Juan Diego Melo (Abogado en libre ejercicio)	Sí consideraría oportuno, ya que el Derecho tiene que seguirse actualizando y nos ayudaría bastante saber el conocer una doctrina que nos ayude a aplicar en la actualidad el riesgo al que contribuye la víctima en el Derecho Penal.
Lenin David Garcés Echeverría (Abogado en libre ejercicio)	Sí sería importante la creación de una reforma para poder establecer también a futuro de que las víctimas y, tanto en el proceso penal, el juez pueda interpretar la norma y puede dar una sentencia favorable o, a su vez, pueda limitar un poco la pena a la persona procesada.
Rolando Sigifredo Mejía Romero (Juez del Tribunal de Garantías)	Es de mucha importancia, pues, el desarrollo ya, que ya lo han hecho otros países y se puede pues, apreciar en la legislación colombiana, en la cual sí lo establece en el artículo 32 del Código Penal Colombiano, específicamente, en lo que

<p>Penales de Imbabura)</p>	<p>corresponde a la ausencia de responsabilidad, y su numeral 2, y nos habla – dice – “se actúe con el consentimiento válidamente emitida por el titular del bien jurídico en los casos que se pueda disponer del mismo”, entonces, sí es de mucha importancia también avanzar nosotros también dentro de nuestro desarrollo normativo, ya que hemos acogido este nuevo modelo de doctrina penal – a criterio de quien les habla – un criterio, una doctrina totalmente ya funcionalista, a verificar la vigencia ya de la norma, a verificar la creación de riesgo, creación de peligro, a verificar la existencia de un resultado. Entonces, sí es importante introducir dentro de la legislación ecuatoriana, en los elementos en esta parte que lo que corresponde a los elementos generales, en la parte general del Código Orgánico Integral Penal, lo que concierne y ha sido avocado y absorbido por parte de la estructura jurídica del hermano país de Colombia. Es importante, toda vez que, si ya nuestra legislación hablamos de imputar, hablamos de producir un resultado, poner el peligro, estamos hablando de establecer estos elementos o esta imputación objetiva del tipo penal. Entonces, sí cabría – más que una forma de interpretación – una reforma dentro de lo que sería para el Ecuador las causas de exclusión de conducta antijurídica.</p>
<p>Jhonny Hurtado Moreno (Fiscal de Ibarra)</p>	<p>Ninguna reforma, pues todo se encuentra ya establecido en la doctrina que es a nivel universal.</p>
<p>Jorge Edgar Chicaiza Peñafiel (Defensor Público)</p>	<p>No considero procedente reformar la ley en este sentido pues, como se expresó anteriormente, el hecho de que las víctimas colaboren en el cometimiento del delito no implica que haya de dejar de investigarse y sancionarse el mismo pues de lo contrario se caería en la impunidad. Por ejemplo, si el sujeto A convence al sujeto B de que invierta en la compra de criptomonedas y luego pierde su inversión esto no eximiría de investigar al sujeto A por el presunto delito de estafa pues, aunque es sabido que estas inversiones son de muy alto riesgo y que el funcionamiento de su mercado es un tabú para la mayoría del pueblo ecuatoriano.</p>

**Fuente:** Profesionales del Derecho entrevistados.

**Elaboración:** Propia del investigador.

**Análisis:** Tres de los cinco entrevistados consideran que debe reformarse la ley a fin de esclarecer las consecuencias penales de la colaboración de la víctima para la producción del resultado dañoso. En este sentido, el tercer entrevistado afirma que la legislación penal colombiana prevé la exclusión de la responsabilidad cuando los hechos se cometieron con el consentimiento de la víctima, pues una de las características para la existencia del mismo es el consentimiento de la víctima quienes la responsable y beneficiaria última de sus bienes jurídicos. Por otro lado, los dos



entrevistados que se encuentran en contra de reformas legales sostienen que estos temas ya se encuentran regulados por ley.

La reforma del COIP con respecto al rol de la víctima en el cometimiento de un presunto delito guarda estricta relación con la mejor aplicación de los principios de *ultima ratio* y de *in dubio, pro reo*. Sin embargo, de realizarse esta reforma es necesario expresar los delitos que no deberían ser consideradas dentro de esta causa de exclusión, por ejemplo, los delitos contra el Estado y la seguridad, contra la integridad de las mujeres y la familia y los llamados actos de corrupción (cohecho, concusión, testaferrismo, etc.).

## **4.2. Resultados del análisis de casos**

### **4.2.1. Proceso Penal No. 17282-2020-02482 (Delincuencia organizada en concurso ideal de infracciones con el delito tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización)**

#### **a. Circunstancias de la infracción**

El señor Pablo R., decide viajar, el día 20 de julio de 2020, con sus familiares en el interior de un automotor, sin embargo, la Policía Nacional se hallaba realizando labores de seguimiento a los familiares de dicho ciudadano a quienes se investigaba por el delito de narcotráfico desde hace un año aproximadamente. Es más, dichos ciudadanos – excluyendo al señor Pablo R. – fueron aprehendidos en flagrancia el 21 de junio de 2020 en la ciudad de Quito y fueron finalmente procesados y sentenciados por el tipo penal de transporte de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en gran escala.

Por su parte, el señor Pablo R., fue aprehendido el 03 de diciembre de 2020 conjuntamente con tres personas más, a quienes, por los mismos hechos antes descritos, fiscalía aplicó acusó del delito de delincuencia organizada en concurso ideal de infracciones con el delito de tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización, formulando cargos y solicitando prisión preventiva para todos los procesados, petición que fue otorgada por una Jueza de Garantías Penales del distrito La Mariscal, permaneciendo por más de nueve meses en prisión preventiva.

## **b. Formulación de cargos**

Fiscalía presentó como elementos probatorios para imputar normativamente el tipo penal de delincuencia organizada en concurso ideal de infracciones con el delito tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización, citando como conducta generadora de riesgo por el señor Pablo R., lo siguiente:

- Que se observó a uno de los vehículos utilizados para el transporte de las sustancias sujetas a fiscalización ser conducido por un ciudadano que se encontraba acompañado por el señor Pablo R., quienes llegaron hasta la ciudad de Quito.
- Que se procedió a revisar dicho vehículo en donde se encontraron varios paquetes de marihuana.
- Que se procedió a revisar una vivienda ubicada en la ciudad de Tulcán, en la que también se encontraron varios paquetes de marihuana con características de identificación y procedimiento de empaquetado similares a los hallados en Quito.
- Que existen partes policiales sobre análisis telefónico y rutas técnicas de varios ciudadanos implicados, así como del señor Pablo R.
- Que existen informes periciales de audio, video y afines sobre los hallazgos descritos anteriormente.
- Que hay actas de pesaje y materialización de las sustancias incautadas,
- Que constan versiones de varios ciudadanos, incluyendo de Pablo R.
- Que, con respecto al pedido de prisión preventiva, este es procedente a fin de asegurar la comparecencia de los ciudadanos investigados a juicio.

## **c. Resolución de la Jueza**

La Jueza de Garantías Penales del Distrito la Mariscal, provincia de Pichincha, en su resolución plasma una imputación causal, al otorgar la prisión preventiva, como al dar paso a la calificación jurídica por parte de Fiscalía por el delito de delincuencia organizada en concurso ideal de infracciones con el delito tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización, bajo la perspectiva del siguiente análisis:

- La fiscalía ha formulado cargo contra los procesados en base a un análisis ponderado y riguroso del caso, lo cual debe ser respetado por el Juez.
- Se ordena la prisión procesados: por existir elementos claros y precisos de la existencia de un delito de ejercicio público de la acción y de la participación de los implicados a través de los diferentes roles asignados dentro de la presunta como el expendio y comercialización de sustancias prohibidas.
- No han justificado de manera legal y suficiente arraigo laboral, económico, educativo o social. La documentación presentada en la mayor parte son copias simples sin valor probatorio alguno.
- La naturaleza del delito y su impacto en la sociedad son graves.
- En lo que respecta a Segundo P. (uno de los procesados), se concede su inmediata liberación, prohibición de salida del país y presentación periódica, por la oposición de su defensa a la prisión preventiva.

#### **d. Análisis.**

Como se puede apreciar tanto Fiscalía como órgano persecutor del delito y la Jueza de Infracciones Flagrantes al realizar su análisis para ordenar tanto la prisión preventiva como el inicio de la formulación de cargos en contra de Pablo R., y tres personas más, lo ejecuta a través de una imputación causal, pues fiscalía – al expresar su teoría del caso – inicia tomando elementos referentes a una incautación de sustancias sujetas a fiscalización, producto de un seguimiento de aproximadamente un año y medio, e imputa la conducta de Pablo R., por el simple hecho de haberle encontrado a bordo de un vehículo que transportaba sustancias ilícitas en compañía de dos personas.

Ha decir de Fiscalía los implicados en este delito también procedieron a realizar maniobras evasivas de control, para evitar los controles policiales, siendo este el criterio empleado por fiscalía para establecer la materialidad del delito de delincuencia organizada en concurso ideal de infracciones con el delito de tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización, por lo que solicitó la prisión preventiva y formuló cargos contra los imputados, petición que fue acogida por parte de la Jueza de Infracciones Flagrantes quien, sin realizar mayor discernimiento y sin cumplir el test de motivación correspondiente, dio paso a dichas solicitudes.

Tanto la doctrina como el COIP expresan que, cuando existen varios agentes que efectúan conductas generadoras de riesgo que defraudan expectativas normativizadas negativas, estas deben ser observadas por lo penalmente relevantes, esto quiere decir que la acción u omisión debe poner en peligro o producir un resultado. En el presente caso, el órgano persecutor pretendió imputar normativamente la conducta de Pablo R., sin que tal riesgo pueda ser verificable en el resultado del tipo penal de delincuencia organizada, la cual dicta como elementos objetivos especiales, que Pablo R., debió – mediante acuerdo o concertación – formar un grupo estructurado de dos o más personas lo cual no llegó a evidenciarse dentro del proceso de forma clara pues los elementos de convicción no eran conducentes ni individual ni conjuntamente.

Otro requisito exigido, es que esta estructura delictiva debía ser permanente, lo que quiere decir que sea constante durante el tiempo y ser reiterada para financiar, tener el mando o dirección o planificar las actividades de esta presunta organización delictiva. En el presente hecho jamás se evidencio que Pablo R., haya actuado conforme a alguno de dichos verbos rectores. También era necesario verificar que esta estructura delictiva tuviese un propósito – que es cometer uno o varios delitos – con la consiguiente obtención de beneficios, algo que tampoco quedó probado.

De lo analizado queda claro que la imputación causal se la llevó a cabo de manera somera por parte de fiscalía y de la jueza, basándose principalmente en intuiciones ignorándose por completo la teoría de los roles y el principio de prohibición de regreso que “ocupa el primer momento de la imputación objetiva, correspondiéndole fijar que comportamiento de mantuvo en el marco del rol y que comportamiento infringió la norma” (Perdomo Torres, 2003, pág. 258).

Cuando se hablaba de un delito de resultado según la conducta del sujeto, este se debe analizar fáctica y jurídicamente tanto para la calificación jurídica, como para dictar la prisión preventiva y formular cargos. Si la conducta del señor Pablo R., y su rol en el presente caso, vulneraron la vigencia de la norma creando un riesgo socialmente permitido esto debía quedar debidamente indicado por la fiscalía lo cual era imposible en este caso pues el simple hecho de ir al interior de un vehículo como ocupante, tratándose tan solo de una conducta cotidiana, no genera en sí mismo un riesgo que vulnere la norma que se halla vigente, más aún cuando no se estableció que el procesado tuviese pleno conocimiento de lo que pasaba en aquel momento.

#### **4.2.2. Proceso Penal No. 10281-2020-000330 (Estafa inc. 1)**

##### **a. Circunstancias de la Infracción.**

El señor Patricio C. (presunta víctima), a mediados de diciembre de 2019 buscaba un préstamo de dinero para afrontar la crítica situación financiera que estaba pasando. Para ello, indagó entre sus amigos, si conocían a personas que sean prestamistas irregulares de dinero y uno de sus conocidos le manifestó que conocía a una persona que se dedica esta actividad con la cual se concertó una cita. La señora Mónica C., con quien tomó contacto la víctima, le manifestó que para acceder al préstamo debía entregar una garantía de USD 25.000,00. Mónica C., también invitó a Patricio C., a viajar a Colombia para tomar contacto con las personas que les proveerían del dinero que iba a recibir la víctima quien finalmente se entrevistó con un ciudadano apodado “el Comandante” quien le indicó que prestaba dinero en un monto de USD. 500.000, 00 y, en el lapso de 5 años, se le debía devolver USD. 400.000, 00 debiendo pagar adicionalmente USD. 32.000,00 por el transporte de dinero del transporte del dinero.

Para mayor convencimiento se le hizo ver a la víctima el dinero que se le prestaría, pudiendo contarle y verificarlo, por lo que la víctima regresó a Ibarra a conseguir los USD 25.000,00 pidiendo prestado a un amigo. Conseguido el dinero se coordinó con ciudadanos colombianos, quienes habrían llegado a casa de Mónica C. En dicho lugar Patricio C., les entregó los USD. 25.000,00 y los ciudadanos extranjeros le entregaron el préstamo solicitado luego de lo cual se retiraron del lugar, sin embargo, cuando Patricio C., revisó el dinero constató que este era falso.

## **b. Acusación fiscal**

Fiscalía acusó a Mónica C., Luis Q., y Luis L., por los hechos expuestos anteriormente agregado además que la víctima llamó a la policía, lo que fue aprovechado por uno de los presuntos implicados para romper su teléfono celular en el interior de la vivienda.

## **c. Resolución del Juez-Llamamiento a juicio**

El señor Juez de Garantías Penales de Imbabura, en su resolución plasma una imputación causal, al dictar auto de llamamiento a juicio por calificación jurídica propuesta por parte de Fiscalía por el delito de estafa muy a pesar que la parte expositiva de su resolución cita textualmente el pronunciamiento de la Corte Constitucional, en sentencia Nro. 0413-CINCC de fecha 04 de abril del 2013, quien es taxativa en indicar que el juez de instancia debe explicar los fundamentos con los que arribo a la conclusión de que el procesado tiene algún grado de participación e indicar los presupuestos objetivos y subjetivos del caso, de lo cual nada se dice en él mismo, y más bien lo realiza bajo la siguiente perspectiva del siguiente análisis:

- Se cita la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador N° 0413-SIN-CC en la que se reflexiona sobre el fin de la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio y su relación con el principio de presunción de inocencia y la garantía de motivación de las decisiones.
- Se establece que fiscalía acusa a Luis Q., Mónica C., y Luis L., de haber cometido el delito de estafa (Art. 186 del COIP).
- Indica que se llega a la conclusión de indicios de responsabilidad penal por cuanto en el expediente consta la denuncia de Patricio C., mismos que habrían sido corroborados con las diligencias investigativas realizadas por fiscalía como: la versión de los policías que intervinieron el día de los hechos; la versión del demandado reafirmando en su denuncia; el certificado único vehicular del vehículo propiedad de Luis Q., con el que las partes procesales se habrían trasladado hasta Colombia; el informe investigativo del agente investigador; el informe pericial de reconocimiento del lugar de los hechos; certificado digital de datos e identidad de los ciudadanos procesados; versión libre de Jorge V., quien

prestó los USD. 25.000,00 a la víctima; versión de Sandra F., acreedora de la víctima; certificación de la Cooperativa Pilahuin Tío sobre los movimientos de una cuenta a nombre de César C.

- Con lo anterior se ha justificado, a criterio de la jueza, la existencia del dinero que ha sido entregado por la presunta víctima lo que justificaría la presencia de un presunto delito de estafa y de la responsabilidad de los ciudadanos procesados, por lo tanto, se los llamó a juicio sin que existan acuerdos probatorios o exclusión de prueba.

#### **d. Análisis**

Un auto de llamamiento a juicio no puede darse bajo un análisis meramente causal, sino más bien debe justificarse – mediante la exposición por parte del juez – cómo obtuvo la conclusión para resolver la continuidad a la siguiente etapa de juicio. Esta exposición no podrá ser contra fáctica y debe exponer de una manera fundamentada los presupuestos objetivos y subjetivos del hecho.

En el presente caso, tanto fiscalía como el juez no establecen si la conducta penal es relevante o no para el derecho penal, esto es, si con la acción u omisión del sujeto activo, puso en peligro o produjo un resultado que sea lesivo, descriptible y demostrable. De los elementos fácticos se puede colegir que la presunta víctima inicia con una conducta generadora de un riesgo socialmente desaprobada, esto es buscar un préstamo de dinero en los sistemas financieros irregulares, para lo cual busca a personas que le puedan otorgar tales cantidades de dinero, una vez que las encuentra, piden concretar citas, realiza llamadas telefónicas, procede a tomar contacto hasta el punto de dar fe que en realidad tanto la oferta como la existencia del dinero era real, aún a costa de su integridad física, supuesto de hecho factico que fue observado por el juez desde una imputación causal.

Ahora bien, la imputación normativa exige la existencia de una certidumbre fáctica y jurídica en la creación del riesgo. La doctrina dominante indica que para imputar objetivamente un delito de resultado la conducta realizada por el sujeto activo solo le será atribuible siempre y cuando sea obra suya. El COIP, en su artículo 186 nos dice que debe existir una persona (sujeto activo) que busque obtener un beneficio patrimonial para sí u otra persona. En este caso la misma víctima quería beneficiarse de

USD. 500.000,00, otorgados por prestamistas irregulares y para ello da inicio a la generación de un riesgo al buscar un préstamo de dinero con personas que sabía que podían engañarle o no cumplir con lo pactado. Por ello la misma víctima ha sido causante de poner en riesgo el dinero que poseía, propiedad de la que no se pudo justificar su existencia más allá de las versiones de la víctima y de su amigo, quien le habría prestado el dinero.

Así pues, se observa que existe una autopuesta en peligro por parte de la víctima, por lo que – de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva – se excluye el cometimiento del delito, ya que los deberes de autoprotección que le son exigibles a la víctima, fueron inobservados por esta al estar consciente de que corría un gran riesgo de que su patrimonio sea afectado ignorando los consabidos riesgos que implicaban la obtención ilícita de dinero para cubrir sus deudas al serle solicitada la entrega de una cuantiosa garantía por parte de sujetos no vinculados a alguna institución financiera debidamente autorizada por el Estado.

#### **4.2.3. Proceso Penal No. 10281-2018-00646 (estafa inc. 1)**

##### **a. Circunstancias de la Infracción**

Desde el 25 de septiembre de 2015, Jean S. y Pablo D. tomaron contacto con Carlos E., a quien le ofrecieron toda clase de vehículos de alta gama a menor precio. Jean M., le manifestó que tenía experiencia como importador desde hace 5 años y que tiene contactos en el Servicio de Rentas Internas (SRI), Aduana y la embajada americana. El 5 de octubre de 2015 acudieron los presuntos infractores al local “Súper Fiesta” de la ciudad de Ibarra, llevando un Contrato de Constancia. Allí, Jean S. y Pablo D., se comprometieron a entregar a la víctima un vehículo marca Ford, año 2012, color blanco, modelo Explorer, clase especial, con número del VIN 1FMHK8F82CGA5471 y se hizo el reconocimiento de firmas en la Notaría Cuarta del Cantón Ibarra, en cuya acta no consta la firma de la víctima.

La venta se habría pactado en USD. 35.000,00 y la víctima procedió a entregar USD. 5000,00 en efectivo y un cheque de USD. 3000,00. La diferencia sería entregada al momento de entregar el vehículo, sin embargo, hasta 2020 (año de la denuncia) dicha entrega no se habría concretado ya que Jean S. no ha importado vehículos y tampoco dicho automotor ha existido.



**b. Auto de llamamiento a juicio efectuado por la señora Jueza de Garantías Penales de Ibarra**

Se consideró que Jean S., cometió el delito de estafa porque mediante la simulación de hechos falsos indujo a error al ciudadano víctima a quien no se le habría devuelto el dinero entregado. Como elementos de convicción constan:

- Mensajes a través de la red social WhatsApp realizados entre las partes (víctima y procesado) en que refieren que el vehículo ya está en aduana, que ya está en Guayaquil, que ya está en Pichincha, que ya mismo le entrega, y demás evasivas falsas, esto en distintas fechas; además de fotografías y mensajes de audio que denotan el engaño que cometía el procesado en contra de la víctima.
- Certificados de Aduanas del Ecuador y la empresa Quito Motors, en la que señalan que el vehículo ofertado por el procesado no ha sido ingresado en el país, es decir que todo lo que el procesado le decía a la víctima era falso.
- De las versiones rendidas por la víctima, el procesado, el señor Dueñas Espinosa denotan como fue planificado el hecho y como se consumó la infracción investigada.
- El argumento que emite el procesado no es convincente, el no haber recibido los USD. 10.000,00 no le exime el haber mentido en el sentido que el vehículo especificado ya estaba en el país y que pronto le entregaría a la víctima, señalando esto por varios meses sin que hasta hoy día haya podido cumplir su ofrecimiento.

De esta manera se presume la existencia de la infracción y responsabilidad del procesado a criterio del juez penal quien además hizo las siguientes reflexiones:

- Las características de los protagonistas del delito (estafador y estafado) destacan, en general, la habilidad y recursos del primero, mientras que el segundo es, muchas veces, víctima de su codicia o tontería.
- La tipicidad en el COIP (Art. 186) apela a un sistema de tipicidad básicamente genérico, cuyos elementos son los siguientes: i) Núcleo: inducir a error; ii) Medios: simular hechos falsos o deformar u ocultar hechos verdaderos

realizando un acto que perjudique el patrimonio del sujeto pasivo o el de un tercero; y, iii) Elemento subjetivo: propósito de obtener un beneficio patrimonial para sí o para un tercero.

- En cuanto al núcleo: el error es la equivocada o falsa representación de la realidad.
- Las frases "simulación de hechos falsos" y "deformación u ocultamiento de hechos verdaderos": corresponden indudablemente a formas engañosas, que aparecen en las palabras simulación, deformación, ocultamiento.
- Una mentira no basta para tipificar la conducta, sino también recurrir a elementos materiales, así sea mínimos que vuelven creíbles las palabras engañosas.
- En cuanto al elemento subjetivo: el Art. 186 del COIP señala que la conducta del estafador está dirigida a "obtener un beneficio patrimonial" para sí mismo o para una tercera persona. Podemos reafirmar que la estafa es un delito doloso.
- El procesado no ha desvirtuado conforme a derecho las presunciones que determinan su participación en el presunto delito, materia de esta causa. De esta manera se establece en forma presunta, la existencia material de la infracción y la responsabilidad punitiva del procesado. Los elementos de convicción recabados por Fiscalía llevan a presumir que los actos practicados por el referido procesado fueron realizados con voluntad y consciencia, en la calidad de autor directo.

### **c. Sentencia del Tribunal Penal con voto de mayoría de dos de sus miembros**

Para el Tribunal de Garantías Penales los elementos constitutivos del tipo penal acusado por Fiscalía, se justificaron con el testimonio de la víctima Carlos P., quien afirmó que se ratificó en los hechos expuestos en su denuncia. Con respecto a la ausencia de la firma del denunciante en el acta de reconocimiento de firmas realizado en la Notaría, el Tribunal considera que la misma es parte de los elementos subjetivos que integran la existencia del contrato por lo que la falta de la misma impide que la Escritura

Pública se considere como un convenio entre las partes, por lo que debe ser tomada como un documento unilateral.

Pablo D., ratificó lo manifestado por la víctima, en relación al supuesto negocio de compra y venta del vehículo marca Ford, pues indicó que él actuó como intermediario y/o comisionista entre ellos. También corroboró el hecho de haber concurrido hasta la Notaría, donde ha firmado el documento de constancia de compra venta antes referido. Después declaró que recibió la comisión de USD. 1000,00 de parte de Jean S., el mismo día que se realizó la negociación, pero al enterarse que el procesado no entregó el vehículo a Carlos P., devolvió dicha cantidad de dinero en el año 2018, hecho que no fue mencionado por Carlos P., pero sí lo dio a conocer Jean S.

Los testigos presentados de Fiscalía fueron ex-trabajadores de Carlos P., propietario del negocio Súper Mercado Súper Fiesta. También consta la diligencia de concurrencia al lugar de los hechos. Se presentó igualmente el Registro Único de Contribuyentes (RUC) de persona natural de la víctima, conferido por el Servicio de Rentas Internas (SRI).

Los testigos indicaron que conocieron a Jean S., pues por varias ocasiones visitó a su ex-jefe Carlos P., en el almacén antes indicado, que escucharon varias conversaciones entre ellos, respecto a que Carlos P., le había comprado un vehículo de alta gama. Uno de ellos incluso afirmó que en una ocasión su ex jefe le indicó textualmente: “ya estoy hecho”, refiriéndose a que ya le traían el vehículo ofrecido en venta por Jean S., que inclusive Carlos P., les indicó, que iban a festejar el acontecimiento y se comprometió en invitarles a comer, debido a que el vehículo ya estaba en Ecuador.

También informó, que presencié la entrega de un cheque y dinero en efectivo de parte de Carlos P., a Jean S., por la compra del automotor. Estos hechos no fueron controvertidos por la defensa del procesado, pues su teoría del caso estuvo encaminada a demostrar la existencia de un contrato de compra venta, por tanto, que esta controversia se debía resolver por vía civil. Otro testigo mencionó que encontró a la víctima y al denunciado en la Notaría el día en que se firmó el contrato.

Se presentó como prueba documental los cheques originales No. 000915 y 000916, del banco PRODUBANCO perteneciente a Carlos P., girados de favor de Jean

S. Carlos P., también indicó que, cuando se encontraba en la Notaría firmando el supuesto contrato de compra venta del vehículo, recibió una llamada telefónica de su padre, quien le alertaba sobre la ilicitud de la negociación ofrecida por Jean S., pues según él, el procesado era un estafador.

En conocimiento de esta información, Carlos P., ha llamado inmediatamente a Jean S., para indicarle que ya no quería realizar el negocio, solicitándole, además, que le devuelva los USD. 15.000,00, recibiendo como respuesta que no podía hacerlo, pues ya había utilizado el dinero para pagar sus contactos en la Aduana. No obstante, Carlos P., explicó que nuevamente se reunió con Jean S., en las afueras del Banco de Pichincha del Supermaxi, donde le entregó la cantidad de USD. 3.000,00, esto ante una renegociación realizada entre ellos, donde Jean S., le hace un descuento de USD. 10.000, dólares respecto al valor inicial de USD. 35.000,00 dólares. Es decir, que el nuevo valor del vehículo era de USD. 25.000,00, por lo cual Carlos P., no resiste esta nueva propuesta, y decide continuar con la negociación inicial, esperando únicamente que se le entregue el automotor luego de 60 días aproximadamente. Empero de esta nueva negociación, Carlos Padilla indicó, que este vehículo jamás le fue entregado conforme lo habían acordado.

El Tribunal establece una serie de hechos falsos, y otros deformados proporcionados y practicados por Jean S., en contra de Carlos P., con la finalidad lograr que éste le entregue dinero por la compra de un vehículo inexistente, arguyendo una calidad de importador de automotores que no tenía, con el objeto de recibir un beneficio económico en perjuicio del patrimonio de la víctima.

La Ing. Graciela Q., Jefe Zonal del Departamento de Asistencia al Contribuyente, Dirección Zonal 1 del Servicio de Rentas Internas certificó que Jean S., no tiene RUC, en definitiva, que no era importador como lo había expresado a la víctima y que el procesado no tiene actividad económica registrada. Se presentaron, además, varios testigos por parte de Fiscalía, tendientes a justificar que Jean S., habría utilizado el mismo modus operandi para perjudicarlos económicamente. Precisamente Lilian P., indicó haber entregado USD. 3.000,00 dólares a Jean Carlos Silva en el año 2018, para rematar en la Aduana de Guayaquil 190 teléfonos celulares, ofreciéndole una ganancia de alrededor de USD. 11.000,00, dinero que había ofrecido depositarlo en su

cuenta de banco, pero que esto jamás ocurrió y tampoco devolvió el dinero entregado para la inversión.

Edison Y., aseveró que conoció a Jean S., en el año 2015, pues este había ofrecido a su hijo Juan Y., traerle desde los Estados Unidos un vehículo Hummer, por lo cual entregó la cantidad de USD. 15.000,00, pero tampoco entregó el vehículo prometido en venta y mucho menos restituyó el dinero. Paúl V., indicó también, que el 23 de octubre del 2016 entregó a Juan S., USD. 2.500,00 para realizar un negocio consistente en desaduanizar teléfonos celulares, bajo la promesa de que Paúl V., ganaría el valor de 10 teléfonos celulares, pero esto nunca ocurrió así.

Jean S., luego de las respectivas advertencias legales, indicó que no era importador de vehículos de alta gama desde los Estados Unidos de Norteamérica hacia Ecuador, que tampoco era desaduanizador de mercadería, que simplemente se dedicaba a realizar negocios en lo que se presente, que no tenía RUC. Aceptó haberse comprometido con Carlos P., a importar el vehículo marca Ford; también aceptó no haber cumplido con lo ofrecido, pero argumentó, que no pudo importar el vehículo por falta de dinero.

También indicó que este vehículo fue ofrecido por Diego G., para ser vendido en Ecuador, incluso aseveró que parte del dinero entregado por Carlos P., fue depositado en la cuenta de Susana R., conviviente de Diego G., persona que le ayudaba en este negocio. Esta aseveración implica, que la supuesta importación no la realizaba directamente él tal como le había asegurado a Carlos P. La SENA, hizo constar por su parte que no se encontraron registros de declaraciones aduaneras de importación asociadas al vehículo; información con la cual se evidencia nuevamente que el vehículo no se encontraba en el país.

También se analizaron las pericias de audio y video realizada sobre los mensajes de texto de la aplicación de WhatsApp extraídos de un teléfono celular marca iPhone, color negro, específicamente de las conversaciones que mantenían Carlos P., y Jean S. El celular fue debidamente ingresado a las bodegas de la Policía Judicial con la debida cadea de custodia, cuya Acta de entrega-recepción consta dentro del expediente.

Entre los mensajes de voz hallados consta el siguiente: “Hola Carlitos son 72 horas desde que se ingresan los documentos, hacen las averiguaciones pertinentes como

tú sabes, el carro es ingresado de otra forma al país, te llaman es por verificar los datos, graban la llamada y todo. Igual llaman a donde el señor de la mecánica también que presta sus facturas a verificar, ellos realizan su investigación y listo. Si ven alguna anomalía te pueden seguir un juicio por evasión de impuestos. Lo que pasa es que el SRI los tramites son personales, por eso te comenté que, si te llaman, solo digas que es por cuestión de repuestos que recién conseguimos, que el carro no se lo ingrese antes, el que ingresa al sistema es amigo, pero él de la verificación no. Por eso te llaman, si yo supiera cual es el que te van a llamar, yo comprara esa persona y listo, pero la llamada es grabada, por eso te pido que no falles”.

En otro mensaje se dice: “Mi Carlos, el vehículo sale en las niñeras el día jueves de la mañana, en la noche del jueves ya está en tus manos, dime donde te entrego o cómo hacemos mi rey”. En definitiva, se evidencia que el procesado utilizaba cualquier artimaña, argucia o falacia para engañar a Carlos P., pues como el mismo procesado manifestó, el vehículo nunca estuvo en Guayaquil o Quito. Cabe indicar que se realizó la investigación correspondiente con respectos a los números celulares de la víctima y el procesado identificando los mismos, siendo información equivalente con respecto a aquella contenida en el celular entregado por el demandado.

Por todos los argumentos expuestos el Tribunal, con voto de mayoría estableció la responsabilidad del Jean S., como autor material del delito de Estafa en perjuicio de Carlos P., pues que de forma dolosa – a través de argumentos engañosos – hizo creer a la víctima que podía proporcionarle el automotor pidiendo a cambio cantidades considerables de dinero sin que se haya concretado la entrega del vehículo.

**d. Voto salvado de uno de los jueces del Tribunal Penal basado en la autopuesta en peligro por parte de la víctima**

Uno de los miembros del Tribunal de Garantías Penales emitió voto salvado con respecto a este caso en virtud de las siguientes consideraciones:

- La dogmática penal actual contempla la teoría de las acciones a propio riesgo, que irradia el derecho penal de tal forma que obliga a re-direccionar todo el discurso dogmático, logrando con ello elaborar un análisis más riguroso con miras a establecer la relevancia que asume el sujeto pasivo de la infracción penal.

- Si la víctima duda en la probabilidad de lo afirmado por el sujeto activo, su duda sí sería relevante pues asumiría voluntariamente el riesgo.
- La Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, en su sentencia No. 034-10-SEPCC claramente, señala, que el principio de Derecho Penal como “ultima ratio” se soporta en dos postulados: a) que no es suficiente cualquier daño o riesgo para la sociedad, sino que debe ser de gran magnitud; y, b) que realmente no existan otras alternativas de respuesta o de reacción por parte del Estado.
- La dogmática penalmente contemporánea, contempla la teoría de la imputación objetiva, sobre la cual el jurista alemán Gunter Jakobs, manifiesta que deben seguir en la imputación el cumplimiento de varios requisitos, entre ellos, el comportamiento de la víctima en el caso concreto.
- Existen en esta causa acciones a propio riesgo de la supuesta víctima pues Jean S., le habría dicho a Carlos P., que algunos vehículos no vienen al Ecuador, si no que están temporalmente en el país y le manifestó tener contactos en las Aduanas, Agencia Nacional de Tránsito y el SRI y que con esos contactos el tiempo que estaba el vehículo en el Ecuador se legalizaba y se matriculaba.
- La supuesta víctima también declaró que cuando estaba en la Notaría para firmar el contrato de constancia de compromiso de compra y venta del vehículo recibió una llamada telefónica de su padre, quien le advirtió que no firme ningún documento porque se acababa de enterar que el procesado tiene fama de estafador, por lo que la supuesta víctima no firmó dicho contrato de constancia, corroborándose esta información.
- Es la ambición de la supuesta víctima, la que le lleva a continuar con esta negociación riesgosa para su patrimonio económico, ya que él sabía, que el costo de un vehículo con las características que estaba negociando, era muchísimo mayor a los 25.000 dólares, como la misma supuesta víctima lo

reconoció, al declarar, textualmente: “El vehículo valía en el país alrededor de 48.000 dólares y estaba negociando en 35.000 dólares y luego en 25.000 dólares”.

- Además, es claro en el caso de la supuesta víctima, ya que no se trata de ninguna persona sin instrucción alguna, sino de una persona con una formación universitaria y título profesional de Ingeniero, quien además es comerciante e importa productos para su local comercial, por lo tanto, es obvio que pudo representarse que dicha negociación era riesgosa y peligrosa.
- De la prueba documental concerniente en la certificación oral emitida por el Actuario de este Tribunal no tiene sentencia condenatoria alguna por otros delitos, aunque sí sentencias ratificadoras de su inocencia, por lo que, los testimonios de estas personas, no pueden ser valorados, por cuanto desconocen de la negociación entre la presunta víctima y el procesado.
- Al no probarse que ha existido engaño, sino una acción a propio riesgo del Ing. Carlos P., no se configura la categoría dogmática de la tipicidad objetiva y por ende, no se puede concluir que haya existido delito y peor aún responsabilidad penal del procesado antes citado, ya que para que una conducta se constituya en infracción penal, el Código Orgánico Integral Penal (COIP), en su artículo 18, claramente, señala, que tiene que ser típica, antijurídica y culpable.
- Así mismo, de los testimonios de otras personas, consta que el denunciado ya le habría devuelto el dinero al denunciante lo que generaría duda en el Tribunal sobre el cometimiento de los hechos, lo cual debe resolverse a favor del procesado.
- Tampoco se ha podido probar por parte de la fiscal de la causa, que haya existido un daño grave al bien jurídico protegido por este delito de estafa.

**e. Análisis**

En el voto salvado generado por el Juez se evidencia que aplica la teoría de la



autopuesta en peligro o el actuar a propio riesgo por parte de la víctima, a través de la cual, llega a la conclusión de que el sujeto activo de la acción es inocente pues: i) la supuesta víctima accedió a realizar un negocio que era muy riesgoso; b) la víctima, por sus conocimientos académicos y de su desempeño laboral, le era totalmente posible conocer o saber que jamás iba a ocurrir la entrega del vehículo; y, iii) que el engaño jamás se produjo porque fue la ambición de la víctima la que permitió la lesión del bien jurídico.

El riesgo es la realización de una conducta que busca un resultado que es evitable para quien lo causa. La creación de un riesgo es el punto de partida para entender una acción final que podrá ser imputada y que se debe entender como aquella acción o conducta que es planificada para alcanzar y ver plasmado un fin o un resultado, siendo la voluntad la que nos va proveer de libertad y conocimiento de los actos realizados. Quien tiene libertad para llevar a cabo una acción y el conocimiento, le permitirá al sujeto activo tener en claro las consecuencias de su conducta permitiéndole llevar en adelante una acción que lesione a un bien jurídico tutelado por el derecho penal.

Jakobs (1997), indica: “Como la acción sin dirección planeada solo puede ser un proceso causal ciego, la voluntad consiente del fin que dirige el acontecer causal se convierte en columna vertebral de la acción final” (p.163). En el caso que nos ocupa, el sujeto activo del acto – de una manera planificada – pone en marcha cursos causales que son dominables por él, para lo cual *ex post* diseñó la manera de hacer inducir al error a su víctima simulando hechos falsos y que se trata de los elementos normativos valorativos del tipo.

El funcionario judicial, para analizar la autopuesta, indica que deben cumplirse ciertas características la primera habla: “Que la actividad riesgosa debe permanecer en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, para que haya autolesión, la víctima debe tener el dominio sobre el sí y el como del desarrollo de la situación peligrosa”, aquí claramente se expresa que debe crear un curso causal creador de riesgo y tener el dominio conjunto entre autor y víctima, lo cual jamás sucedió.

Otro aspecto en el que basa el juez, para emitir su voto salvado es que la víctima, por sus conocimientos académicos y su labor comercial que la ejerce en venta de

productos para organizar fiestas sociales o familiares, debió suponer que jamás se iba poder cumplir con la entrega de un vehículo de alta gama al precio ofertado por parte del autor, de lo cual se debe hacer notar que el proceso causal nace mediante una persona que es allegada a la víctima (amigo) y es así como se ganan la confianza el sujeto activo y además, en la manera como se crean hechos falsos.

Pretender indicar que los estudios de tercer nivel (ingeniero) que ostenta la víctima, así como su trabajo, le van a bastar para conocer y detectar que se trataba de una estafa no es argumento suficiente, ya que estos conocimientos no son suficientemente bastos en tema de compra y venta de vehículos y, si bien la víctima quiso hacerse de un automotor de alta gama a un precio más accesible de lo normal de los que fluctúan en el mercado, para lo cual entregó dinero, jamás esto servirá como argumento suficiente para entregarle la responsabilidad de autoprotección a la víctima tras el argumento de que se trató de una hétero puesta en peligro bajo el argumento de que: “Que la víctima deber ser un sujeto auto responsable, con capacidad para calcular la dimensión del riesgo y que el peligro debe ser conocido o cognoscible”, tal como se cita en la sentencia en la que se pretende motivar una autopuesta de forma totalmente errónea por parte del Juez.

Finalmente, este Juez expresó que no habría delito porque no había situación de protección al bien jurídico, es decir, “no existe por parte del denunciado una posición de garante con respecto a la persona que se autopone en peligro”. En el presente caso queda en claro que el parámetro mencionado no entra en discusión, ya que, si fuese de aquellos tipos penales de omisión propia, se debería examinar si se trata de una condición como por ejemplo del médico sobre el paciente, del policía sobre la víctima, del padre hacía del hijo, o si se tratase de omisión impropia la posición de garante de supeditaría a verificar si esta es por ley por contrato o actuar precedente.

## **CAPITULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **5.1. Conclusiones**

- a.** Las conductas humanas desde la perspectiva penal siempre deberán ser apreciadas desde la certeza fáctica que ha podido evidenciarse durante el desarrollo de los pragmas conflictivos sociales, esto es que bien jurídico se puso

en peligro (la vida, la salud, la libertad, etc.), que manifestación de la personalidad no adecuada socialmente provoco este daño al bien jurídico (se utilizó un martillo, fue un golpe de puño, se empleó un arma de fuego, etc.), el lugar y los medios que se emplearon (fue en el día o en la noche, se participó solo o en compañía, se utilizó un vehículo, etc.).

- b.** La creación de riesgo socialmente no permitido sirve para establecer la certidumbre fáctica, debido que a través de esta se dará cuenta de una realización de conducta que lesione un bien jurídico tutelado por el Derecho Penal.
- c.** Al poseer la certeza fáctica de que se defraudó expectativas normativizadas, permite realizar un juicio de subsunción al letrado (Jueces, fiscales, abogados), pudiendo evidenciar que nos encontramos frente a la Tipicidad con lo cual se puede realizar una imputación normativa a la acción desplegada al sujeto activo.
- d.** Si no se alcanza la certidumbre fáctica y jurídica se expone a realizar una imputación causal debido a que se contará con una conducta, pero esta no podrá ser atribuida a un resultado que genere un peligro para algún bien jurídico.
- e.** Los cursos causales y el pleno dominio de estos serán aquellos que permitirán dar cuenta de cómo se desarrolló la acción desde un inicio hasta la fase de agotamiento que busco siempre y en todo momento la consecución de un fin ya que en esta fase se aportó las condiciones óptimas para la ejecución de esta, que dando verificado cuando se realiza el análisis de la valoración fáctica.
- f.** El aporte de la víctima en la creación del riesgo, puede ser apreciado desde la parte subjetiva de la víctima, al haber accedido a los pedidos o exigencias sin que medie oposición alguna para que aquello ocurra y es verificado en el mundo exterior mediante palabras u acciones que fueron interactuadas entre la víctima y el autor para ejecutar la lesión al bien jurídico protegido.
- g.** En ciertos tipos penales en que el bien jurídico tutelado es la vida, la integridad física, la libertad sexual o ambulatoria, la propiedad o la salud, al ser bienes jurídicos absolutos y estar perfectamente demarcados la libertad de acción, se debe observar la voluntad de la víctima dentro los cursos causales desplegados.

- h.** En líneas generales, de las entrevistas realizadas a los profesionales del Derecho y del análisis de los procesos judiciales, se colige que se requiere una mejor formación doctrinal y argumentativa de aquellos abogados que conocen casos en materia penal, a fin de poseer un mejor y más actualizado sustento teórico más sólido que sustente con mayor objetividad sus posturas.

## **5.2. Recomendaciones**

- a.** El presente trabajo de titulación tuvo como objetivo establecer si la certidumbre fáctica y jurídica en la creación del riesgo, sirve para que el letrado (juez, fiscal o Abogado), mediante el ejercicio mental de su análisis jurídico le permita imputar normativamente una conducta a un resultado, ante lo cual se debe indicar que es de imperiosa necesidad que se aplique en cada uno de los espacios de estudio del Derecho Penal las teorías más actuales sobre esta rama del Derecho, discutir su aplicación y promover su regulación normativa en el estado ecuatoriano, para gestar un cambio de paradigmas jurídicos.
- b.** En la realidad jurídica ecuatoriana se requiere que, al momento de entrar a analizar una conducta, se examine si existe la certidumbre fáctica y jurídica en la creación de riesgos para evitar la aplicación de imputaciones causalistas por parte de jueces, fiscales y abogados defensores, ya que estas doctrinas han sido superadas en los sistemas penales modernos debido a que violentan los principios constitucionales de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva y demás normativa penal de rango ordinario.
- c.** Es de trascendental importancia que, en la imputación normativa, se analice que en la creación del riesgo no exista aporte alguno por parte de la víctima al haber intervenido en los cursos causales al no observar los deberes de autoprotección que le pueden ser exigibles en aquellos bienes jurídicos que se hallan bajo su tutela.
- d.** Para evitar que la imputación causal se cimente de forma generalizada en el análisis del supuesto de hecho fáctico por parte del letrado, éste deberá ejecutar un ejercicio mental en su estudio observando que, de todas aquellas

causalidades, tan solo deberá entrar en análisis aquella relación de causalidad que fue apropiada para alcanzar un resultado final perseguido.

- e. Se debe considerar la necesidad de incorporar en el COIP una reforma que incluya expresamente la posibilidad de contemplar la participación consciente y deliberada de la víctima dentro del cometimiento de la infracción como causa eximente de responsabilidad.

### **Bibliografía**

Asamblea Nacional Constituyente Francesa. (26 de agosto de 1789). *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*.

Asamblea Nacional Constituyente. (20 de octubre de 2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial 449.

Asamblea Nacional del Ecuador. (10 de febrero de 2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial Suplemento 180.

- Bastide, C. (2017). El derecho comparado en la jurisdicción constitucional brasileña. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 147, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, 581 - 612.
- Corte Constitucional del Ecuador. (24 de junio de 2020) *Sentencia N° 328-19-EP*. Jueza Ponente: Karla Andrade Quevedo.
- Corte Constitucional del Ecuador. (14 de mayo de 2019) *Sentencia N° 14-15-CN/19*. Juez Ponente: Ramiro Ávila Santamaría.
- Corte Constitucional del Ecuador. (12 de agosto de 2020) *Sentencia N° 14-19-CN/20*. Juez Ponente: Agustín Grijalva Jiménez.
- Corte Nacional de Justicia. (2014). *Cuadernos de jurisprudencia penal*. Quito: Corte Nacional de Justicia.
- Corte Suprema de Justicia del Ecuador. (11 de julio de 2002). *Gaceta Judicial*. Quito: Imprenta de la Gaceta Judicial.
- Frisch, W. (2004). *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons.
- Frisch, W. (2020). *Tipo Penal e Imputación Objetiva*. Buenos Aires: B de F.
- Jakobs, G. (1991). *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1997). *La imputación objetiva en el derecho Penal*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Jescheck, H. H., & Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal*. Perú: Instituto Pacífico.
- Muñoz, F., & García, M. (2010). *Derecho penal Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Perdomo Torres, J. (2003). El concepto de deber jurídico. En E. M. Lynett, *El funcionalismo en el derecho penal, Libro en homenaje al Prof. Günter Jakobs*. Bogota: Panamerica Formas e Impresiones S.A.

- Roxin, C. (2006). *Derecho Penal Parte General Tomo I*. España: Civitas.
- Roxin, C. (2007). *La teoría del delito en la discusión actual*. Perú: Grijley.
- Roxin, C. (2019). *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Lima-Perú: Grijley.
- Santiago, P. (2006). *Derecho penal parte general*. Barcelona: Reppertor.
- Tonon, G. (2011). Utilización del método comparativo en estudios cualitativos en ciencia política y ciencias sociales. *Kairos Revista de Ciencias Sociales, año 15 N° 27 de la Universidad Nacional de San Luis, Argentns* , 1 - 12.
- Trujillo, C., Naranjo, M., & Lomas, K. (2019). *Investigacion Cualitativa*. Imbabura: Universidad Técnica del Norte UTN, Red de Ciencias Naturales y Turismo RECINATUR, Valdivia Chile.
- Vásquez, F. (2016). *Punto de Inflexión de la imputacion objetiva en el Código Organico Integral Penal*. Quito: Editorial Juridica del Ecuador.
- Welzel, H. (1997). *Derecho Penal Alemán*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Welzel, H. (2011). *El nuevo sistema del Derecho Penal*. Buenos Aires: O Euros Editores S.R.L.

## **Anexos**

**Tema: La certidumbre fáctica y jurídica en la creación de riesgo y la competencia de la víctima en el tipo penal.**

**Investigador:** Horacio Valle Salazar

**Objetivo:** Recabar información que permita conocer aspectos importantes acerca de la certidumbre fáctica y jurídica en la creación del riesgo y la competencia de la víctima en el tipo penal, tomando como referencia el criterio de profesionales de unidad de análisis de la investigación la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón

Ibarra, el Tribunal de Garantías Penales de Imbabura, la Fiscalía Provincial de Imbabura y la Defensoría Pública.

**Instrucciones.** El presente cuestionario ha sido diseñado para que el encuestado pueda desarrollarlo en un tiempo aproximado de 8 minutos. Por la importancia de la investigación, se le solicita ser veraz al momento de responder las preguntas.

**Sujetos de interés.** Un Juez del Tribunal de Garantías Penales de Imbabura, un Juez de la Unidad de Garantías Penales con sede en el cantón Ibarra, un Fiscal Provincial de Imbabura, un Defensor Público y Privado, todos de la provincia de Imbabura.

## CUESTIONARIO

**Pregunta 1.** ¿Cuál es su ejercicio profesional en la actualidad?

**Pregunta 2.** ¿Qué entiende por certidumbre fáctica y jurídica?

**Pregunta 3.** ¿Qué podría indicar referente a la creación de un riesgo que sea penalmente relevante para el Derecho Penal?

**Pregunta 4.** En su experiencia, ¿Usted al conocer una causa penal realiza el análisis de la subsunción que debe existir entre la certidumbre fáctica y jurídica para poder establecer la creación del riesgo?

**Pregunta 5.** ¿Qué entiende por imputación causal?

**Pregunta 6.** ¿Puede existir un aporte causal por parte de la víctima al inobservar los deberes de autoprotección de sus bienes jurídicos que se encuentra bajo su tutela?

**Pregunta 7.** ¿En qué delitos se aprecia con mayor frecuencia que la víctima contribuye a la creación del riesgo, permitiendo que se configure el delito en sus elementos objetivos y subjetivos?

**Pregunta 8.** ¿Consideraría oportuno alguna reforma o algún cambio en las formas de interpretación y aplicación actual del riesgo al que contribuye la víctima?

Muchas gracias por su colaboración