

UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

INSTITUTO SUPERIOR DE CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS PENALES

“DR. JORGE ZAVALA BAQUERIZO”

IMPUTACIÓN OBJETIVA E INTERVENCIÓN DEL DELINCUENTE

Trabajo de Investigación Científica presentado como requisito previo a la obtención
del Título de Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas

2009-2010

GUAYAQUIL-ECUADOR

UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

INSTITUTO SUPERIOR DE CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS PENALES

“DR. JORGE ZAVALA BAQUERIZO”

Washington Patricio Ortega Astudillo

ÍNDICE

Contenido.....	Pág.
Carátula.....	01
Identificación Personal.....	02
Índice.....	03
Resumen.....	04
Introducción.....	05
Objetivos.....	06
Objetivo General.....	06
Objetivos Específicos.....	06
Materiales y Métodos.....	06
Resultados.....	14
Discusión.....	17
Conclusiones y Recomendaciones.....	51
Agradecimiento.....	53
Bibliografía.....	54

UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

INSTITUTO SUPERIOR DE CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS PENALES

“DR. JORGE ZAVALA BAQUERIZO”

IMPUTACIÓN OBJETIVA E INTERVENCIÓN DEL DELINCUENTE

Washington Patricio Ortega Astudillo

En plena vigencia de la teoría de la equivalencia de condiciones que pregona un retorno al infinito en cuanto a responsabilidad penal, surge la imputación objetiva creada por un técnico del derecho Karl Larenz en el ámbito civil, luego Richard Honig la utiliza en el campo penal y sobre la que después volvieron y se apoyaron Hartwig y Roxin. Empero, quien los supera es Günther Jakobs cuando aplica la teoría de los roles en los institutos dogmáticos: Riesgo Permitido, Principio de Confianza, Prohibición de Regreso e Imputación a la Víctima. El segundo instituto se complementa con el primero, cuando hay una pluralidad de personas y por ende posibilita una mejor división de trabajo y es menester manifestar que el Principio de Confianza se empalma con el Principio de Autorresponsabilidad y así logramos no responsabilizar conductas de terceros a quien no quebranta su rol. También es cierto que el Principio de Confianza no solamente es supuesto particular del riesgo permitido, sino también de la Prohibición de Regreso. Jakobs muy sabiamente manifiesta que los institutos dogmáticos descritos no son los únicos, porque bien se puede incorporar otros y es más pueden surgir sub institutos. Ahora bien, lo esencial aquí es la intervención del delincuente, para lograr el fin de esta investigación se recurre al Código Penal Alemán para diferenciar las diferentes clases de autoría y con poder de síntesis el citado código en cuatro líneas describe a la autoría directa, la mediata y la coautoría. Luego se realiza un estudio comparado con nuestro Código Penal y se determina que sí constan las diversas clases de autoría. Empero, se debe advertir que la participación es el remanente de la autoría y lo que pertenece a la participación es la instigación y la complicidad, nuestra legislación identifica claramente a la complicidad como participación, pero confunde a la instigación como autoría. Es imperante saber cómo atribuir la responsabilidad penal de la persona cuando quebranta su rol ya sea general o especiales, el primero corresponde al deber de no dañar ni lesionar a los demás, en aplicación al principio *Neminem Laede* y el segundo cuando los roles que se concretan en determinados contextos o segmentos de la sociedad así por ejemplo el rol de policía, abogado, juez, fiscal, etcétera. Para lograr esto debemos tomar el comportamiento de la persona y analizar en orden instituto por instituto para saber qué instituto aplicamos. Hecho esto, imputamos de forma normativa porque todos estamos de acuerdo que entre la acción y el resultado no es suficiente la causación. Es trascendental la distinción de las diversas clases de dolo como el directo, el de consecuencia y el eventual. Diferenciar la culpa consciente de la culpa inconsciente. Esto agregado a una teoría de iter criminis moderno con sus elementos de ideación, actos preparatorios, tentativa y

consumación. De lo expuesto sostengo que es posible aplicar la imputación objetiva y demás teorías modernas en el Ecuador.

INTRODUCCIÓN

La aplicación de teorías del delito caducas como el naturalismo clásico, el neo clásico, la equivalencia de condiciones, el finalismo con sus limitantes hace que tengamos una pésima administración de justicia en el ámbito penal. Creer que toda causa tiene efecto y atribuir de responsabilidad penal con un retorno hacia el infinito es lo que crea un ambiente de injusticia. El tener todavía en el Código Penal ecuatoriano tipos penales incongruentes como los delitos preterintencionales y en forma anti científica manifestar que un delito es preterintencional cuando los elementos objetivos del tipo superan al elemento subjetivo, esto es catastrófico para nuestro derecho y denota claramente el atraso en que está inmerso. Así también no entender, ni delimitar las diferentes clases de dolo y las de la culpa. La mala calificación del dolo por ignorancia de parte de los operadores de justicia, el pensar que se puede penetrar en el cerebro de las personas y señalar si hubo o no dolo o si existió culpa, sin diferenciarlas. La no clasificación de autoría y no ver a la participación delincuenciales como un remanente de la autoría, es que mantiene a la legislación ecuatoriana en un letargo desconocimiento. El no entender un iter criminis moderno que se simplifica en la ideación, actos preparatorios, tentativa y consumación; el no entender que la ideación y actos preparatorios no son punibles y que la tentativa si merece sanción. El total desconocimiento de cuando inicia la tentativa y cuando termina en el camino del crimen, por tanto en nuestro derecho no se habla en los juzgados o tribunales de la tentativa acabada, de la tentativa inacabada, peor entender cuando la ciencia explica que debe entenderse por actos ejecutivos, inicio de ejecución o dar inicio inmediatamente. Ante una realidad que da mucho pesar ante el foro internacional por el atraso de nuestra derecho penal surge la imperante necesidad de concientizar, de difundir teorías modernas, de aplicar la imputación objetiva adecuándola a nuestra legislación, lo que con luz meridiana se puede ver que esta aplicación traerá un avance vital de desarrollo de nuestro derecho

y ponernos a la par con países que están en un desarrollo del derecho penal. Podemos advertir que la aplicación de la imputación objetiva nos trae seguridad jurídica.

OBJETIVOS

General

Difundir la imputación objetiva.

Específicos

1. Desechar teorías penales antiquísimas y en su lugar utilizar las modernas y vigentes.
2. Aplicar la imputación objetiva en el Ecuador.

MATERIALES Y MÉTODOS

La desactualización de conocimientos penales de la mayoría de los operadores de justicia y abogados litigantes, me impulsa a realizar este trabajo científico y para ello utilizo la técnica de la encuesta cerrada, el método deductivo, textos digitales, revista y mi experiencia en aplicación de la imputación objetiva en los juzgados y tribunales.

¿Qué importancia tiene la teoría de la imputación objetiva?

Primero analicemos la teoría del delito desde la óptica de los diferentes sistemas, así tenemos que en la teoría clásica con Liszt, Asúa, entre otros existen dos elementos en la teoría del delito: antijuricidad y culpabilidad. El clasismo solo refiere a la corporeidad, el nexo físico y el resultado. El dolo o la culpa **nexo psíquico** lo analizan en la culpabilidad. Luego Beling en 1906 crea un nuevo elemento **tipicidad** para la teoría del delito, por tanto tenemos tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, pero, el dolo o culpa continúan en la culpabilidad. Con la aparición del sistema

neoclásico desde el año 1930 a 1945 con Edmundo Mezger a la cabeza en nada cambio la concepción de la teoría del delito.

Con el sistema finalista con su máximo exponente Hans Welzel de 1950 a 1970 rompe el paradigma de la concepción que el dolo debe estar en la culpabilidad y hace algo grandioso que viene a revolucionar el derecho penal, traslada el dolo de la culpabilidad hacia la tipicidad. Empero, el talón de Aquiles de Welzel es que no puede explicar la culpa porque en ésta no hay finalidad. Por lo que desde ya anunció que a la culpa se analiza de una infracción de un deber de cuidado, por eso con certeza afirmo que la culpa es negligente y el dolo es daño.

Aquí nace una pregunta importantísima para el derecho latinoamericano incluido Ecuador. Por qué no conocemos la escuela hegeliana **Hegel, Köstlin, Berner, Abbeg y Hälschner**, y, la respuesta es sencilla y brevemente menciono que Jiménez de Asúa cuando compiló el derecho en su extraordinaria enciclopedia oculta a la escuela hegeliana y solamente agrupa desde su maestro, o sea inicia desde Von Liszt. Este ocultamiento que no sabemos si fue a propósito para salvar el protagonismo que tenía la teoría clásica en ese momento o por desconocimiento, por lo que me atrevo a manifestar que fue lo primero.

Las consecuencias de la no compilación de la escuela hegeliana hace que no se conozca el normativismo de dicha escuela. Los hegelianos no conocen la causalidad, para ellos el delito no es causación de un resultado. Por eso en el tipo penal homicidio que está en el catálogo del Código Penal ecuatoriano artículo 449 no protege el bien jurídico vida, porque aquélla se puede perder por cualquier factor. El fundamento del homicidio está en la lesión o privar en el derecho a vivir en el ser humano. Es importante observar a los tipos penales desde la óptica del normativismo que dista de la óptica del sistema clásico, neoclásico y finalismo.

Por eso la ley dice tu homicida te has rebelado contra una norma de derecho de vivir y solo tienes derecho a matar por legítima defensa **artículo 19**. Con el mismo punto de vista manifiesto que la pena no busca amedrentar a nadie, tampoco resocializar, la pena cumple una función contentiva en ratificar un derecho que se ha violado. Entonces, tenemos que el delito **homicidio** niega al derecho **artículo 449 y artículo 66 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador** y la pena **la tercera parte del artículo 449** niega al delito **homicidio**, ahora bien, negación más negación tiene resultado positivo y por tanto reafirma un derecho a vivir **los artículos descritos corresponden al Código Penal ecuatoriano**.

Empero, lo que llama la atención es que el mismo criterio normativo de la escuela hegeliana hoy en la actualidad, esto es, en el sistema post-finalistas Claus Roxin y Günther Jakobs coinciden, por lo que me atrevo a decir que si Jiménez de Asúa compila los fundamentos de la precitada escuela hoy en Latinoamérica tendríamos un derecho penal avanzado y estaríamos en plenitud aplicando la teoría de los roles en armonía con la imputación objetiva y lo que es mejor con una óptica distinta de ver al derecho penal.

En el sistema post-finalista con luz meridiana se puede ver un fenómeno común, esto es, de tendencia de normativización de todos los elementos del delito y tenemos dos vertientes que son: la de Claus Roxin que es de política criminal y la de Günther Jakobs de un sistema social. Las dos vertientes concuerdan con la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, además que la imputación objetiva o subjetiva están inmersas en la tipicidad y es ahí en ese terreno que se debe imputar. Empero, en lo que se diferencian es que en Roxin señala que los elementos del delito, todos deben ser normatizados pero que existe un orden, hay un tipo objetivo y un tipo subjetivo y

que todas las categorías reflejan una política criminal. En cambio Jakobs dice que desde el sistema social y el rol social son esenciales, por eso habla del funcionalismo.

Con suficiencia he demostrado el por qué de la importancia de la imputación objetiva en el derecho penal actual y en especial en el del Ecuador en cuyo país todavía la mayoría de jueces, fiscales, abogados en el libre ejercicio, defensores públicos todavía siguen aplicando teorías antiquísimas que en el mundo jurídico no tienen vigencia.

¿Qué impacto tiene la aplicación de la imputación objetiva desde el sistema social y rol social?

El efecto es de tanta trascendencia que siendo visionario transforma el derecho penal ecuatoriano a tal magnitud que obliga a ponernos a la par de los estados con sistemas penales modernos y que están de acorde con la realidad actual. Nadie se atreve a negar que el hombre por el solo hecho de vivir en sociedad adquiere la denominación de persona, entonces, al ser sujeto social tiene deberes y obligaciones, por tanto tiene un rol que le exige esa sociedad.

Todos estamos conscientes que somos portadores de roles, que unas personas tienen roles especiales, así **quien es titular de una posición de garantía**¹, también coincidimos que todos tenemos roles comunes independientemente si es juez, fiscal, funcionario público, padre, abogado, notario, policía, etcétera y el rol común es el de ciudadano. Además con certeza señalo que en los contactos sociales se producen combinaciones de conocimientos y roles y lo esencial es saber delimitar el ámbito de

¹ Günther Jakobs Capítulo I Página 26 La Imputación objetiva en el Derecho Penal

un rol específico para determinar si el comportamiento de equis o zeta exagera su rol administrándolo de forma deficiente.

Se debe dejar claro que las personas que tienen conocimientos especiales y si su comportamiento no sale de la esfera de su deber **rol** no tienen relevancia jurídico-penal y solo adquiere relevancia cuando existe dolo. El rol es como la cara y el anverso de una moneda, la primera es el rol positivo, esto significa lo que es permitido hacer y lo segundo el rol negativo es lo que no está permitido y la prohibición esta ínsito en el ordenamiento jurídico funcionando.

El riesgo permitido es el estado normal de vigencia de las normas en una sociedad. Todos los contactos sociales son regulados por normas y si estas se cumplen la sociedad funciona. Por eso la sociedad se conforma de segmentos sociales específicos, los cuáles denotan los ámbitos de una parte de esa sociedad. Así tenemos el segmento del fiscal o del médico entre otros. Ahora, el riesgo permitido se concreta por medio de normas, por eso es que el derecho penal se legitima cuando considera la estructura social, caso contrario es un derecho penal arbitrario y deslegitimado.

Cabe preguntarse qué normas son las que se deben concretar y enseguida anuncio que corresponden a las normas escritas y las no escritas. Las primeras son las leyes generales y la especial y entre las segundas tenemos la lex artis y el standard de conducir. Por tanto todos los tipos penales del derecho penal van necesariamente a responder de estas normas. Para su mejor entender debemos de estar claros que los hechos fácticos que no trasgreden el rol de una persona no son punibles,

El principio de confianza hace posible la división del trabajo caso contrario sería imposible su división, se debe establecer que nadie está obligado a controlar constantemente a los demás, este principio viene a fortalecer al riesgo permitido. Ahora bien, la prohibición de regreso que es la solución a la teoría de la equivalencia de condiciones, realmente es de mucha importancia porque corta la responsabilidad penal y no permite ir hacia el infinito cuando hay dolo o culpa y por último tenemos la imputación a la víctima, como ya me pronuncie en las líneas superiores todos tenemos un rol en esta sociedad y la víctima no escapa de ello, su rol es de autoprotección y si quebranta su rol debe asumir el daño. En este instituto el caso más común es cuando la víctima consiente su victimación, en otras ocasiones por su voluntad y sin injerencia de nadie se comporta de forma irresponsable a cuenta de su propio riesgo y por último cuando la víctima está en el lugar por infortunio.

La aplicación de la imputación objetiva trae consigo nuevas perspectivas de ver al derecho penal, el mirar a los tipos penales desde la normatividad, el entender que significan los institutos dogmáticos de la imputación objetiva, el relacionar los citados institutos con la teoría de los roles, e imputar la responsabilidad penal de forma acertada y no de forma naturalista tal como lo hacen actualmente en los juzgados y tribunales en el Ecuador. Logrado este fin quedo satisfecho porque mi país debe salir del retraso jurídico y transformarse en un estado de alto nivel jurídico y brindar seguridad a los ciudadanos, un trato justo y a estar conscientes que si quebranta su rol y su comportamiento se adecua al rol negativo que prohíbe la sociedad a través de sus leyes y Constitución merecen una pena por tal comportamiento y que de ser lo inverso debe confirmarse su inocencia.

Pero lo trascendental aquí es que los ecuatorianos crean en su sistema penal, que sientan en carne propia que son respetados sus derechos constitucionales y legales y esto trae como añadidura la seguridad jurídica que tanto reclama la ciudadanía y es

precisamente la imputación objetiva la que trae consigo esa seguridad que tanta falta hace a un país que desconfía de la administración de justicia por tener operadores de justicia incapaces, desactualizados, estáticos, arbitrarios y que se creen que son los eruditos del derecho penal ecuatoriano, cuanta grosería, ignorancia y desacierto hace imperante que los abogados innovadores, jóvenes, con decisión intentamos cambiar esta antiquísima forma de concebir al derecho penal.

¿Qué implica la intervención del delincuente?

Autoría y participación son dos conceptos distintos, pero en el siglo pasado no se diferencian, todos responden de idéntica forma ya sea autor o partícipe. Si tomamos como ejemplo el artículo 550 del Código Penal ecuatoriano inicia con las palabra **el que**, por lo que se colige que el sujeto activo del tipo penal robo está redactado en forma individual, esto implica que es anónimo y no necesariamente puede ser autor, porque también puede ser partícipe o instigador y para diferenciarlos la misma ley nos remite a la parte general, ver artículo 41 y 42 del mismo cuerpo legal.

En los códigos modernos la autoría se divide en directa, mediata **consecuencia** y coautoría y la participación se clasifica en instigador y cómplice. Así también es de advertir que solamente en los delitos dolosos existe las tres clases de autoría porque tratándose de delitos culposos solo existe la autoría única.

Nadie discute en la actualidad que tanto la autoría y participación pertenecen solamente al primer nivel de la teoría del delito, o sea a la tipicidad. En la dogmática penal hay mucha tela que cortar tratándose de la autoría, su campo es súper extenso; en cambio de la participación no hay mucho que decir porque solamente es el remanente de la autoría.

El dolo y la culpa son independientes y su calificación es de vital importancia en la intervención del delincuente. Los dos están ínsitos en los tipos penales de los códigos penales. Ningún juez en el mundo puede penetrar en las mentes de las personas y extraer el dolo de aquéllas por eso la imputación es normativa y no es psíquica, por tanto lo que se imputa es el conocimiento que pertenece a un rol. Todo lo que es extraño a ese rol no se puede imputar subjetivamente. Los romanos dicen de internis non iudicat praetor **el juez no juzga lo interno**. Para la imputación subjetiva lo que cuenta es el aspecto externo, porque el dolo no está en la cabeza del autor hacia afuera, esto simplemente no es dolo; el dolo está en el contexto externo de la acción hacia la cabeza de quien tiene el deber de calificar el dolo.

Ahora bien, en el camino del crimen **iter criminis** a la ideación, esto es, pensar y deliberar en el fuero interno; los actos preparatorios típicos como quien se procura obtener instrumentos para asesinar o para robar se encuentra todavía en el campo de preparaciones, en el mismo sentido la búsqueda del sitio de los hechos y estar en dicho lugar sin llamar la atención y como bien señala Claus Roxin que **cuando el asaltante conduce frente al banco que quiere asaltar, pero no ha sacado todavía el arma ni tampoco se ha puesto la máscara, se presenta solamente una preparación**². Entonces, en los dos primeros elementos del iter criminis no hay punición.

La tentativa si es punible, pero se debe precisar cuándo empieza la tentativa y cuando termina o cuando existe la tentativa inacabada o acabada, por eso es indispensable delimitar a los actos preparatorios y la tentativa y dentro de aquélla **tentativa** cuando es acabada y cuando es inacabada. Y Roxin muy sabiamente dice que **en la tentativa**

² Claus Roxin Página 166 Acerca de la Tentativa en el Derecho Penal

inacabada es suficiente renunciar voluntariamente, o sea un simple terminar. Es muy distinto con la tentativa acabada. Cuando el autor ya ha hecho todo lo que creía necesario para causar el resultado, o sea cuando p. ej. Ha puesto la bebida envenenada frente a la víctima. Además es claro al decir que el último acto parcial que fundamenta la tentativa debe ser precisado mediante los dos conceptos auxiliares de relación temporal estrecha e Influjo en la esfera de la víctima o del tipo³.

RESULTADOS

De un universo de 20 personas, todos profesionales en el ámbito penal, específicamente de la Función Judicial, de la Fiscalía y del libre ejercicio de la profesión de abogado, fueron encuestados con 14 preguntas, entre las cuales algunas son de datos personales y en otras están contentivas la fundamentación de la Teoría de los Roles e Imputación Objetiva. La encuesta está dirigida a quienes conocen las teorías así como también a quienes la desconocen.

Debo de manifestar que el 30 por ciento de los encuestados pertenecen a la Función Judicial, otro 30 por ciento son de la Fiscalía y el 40 por ciento corresponde a los abogados que están en el libre ejercicio de la profesión. Se puede observar que la mayoría **60 por ciento** se pronuncia que conocen la teoría de la Imputación Objetiva y que la aplicación de ella no les parece de mucha importancia y por tal razón no la aplican en los juzgados o Tribunales. Otros manifiestan que si utilizan a la teoría en mención y una ínfima parte de éste sector dicen que en ciertos casos procede el uso de la Imputación Objetiva y en otros casos no tiene relevancia para ellos. En cambio el 40 por ciento de los encuestados dicen que no conocen la teoría descrita en las líneas superiores y por ende tampoco la aplican.

³ Obra citada Paginas 160, 179

Al ser consultados sobre la Teoría de los Roles, en el sentido de que un rol es un conjunto de derechos y obligaciones dirigidos a una persona en un segmento parcial de la sociedad y al pedirles que subrayen los roles que ejercen en la sociedad, las respuestas son muy halagadoras, porque el 70 por ciento indican que en la sociedad tienen varios roles y escaso porcentaje señalan que tienen un rol y solo en un caso que no tiene rol asignado en la sociedad; al preguntarles si creen que **los seres humanos están en el mundo social en condición de portadores de un rol**⁴ el 95 por ciento claramente dice que somos portadores de roles y un escaso porcentaje del 5 por ciento manifiesta que no somos portadores de roles ; y, al solicitarles que respondan que si la persona **quien por haber quebrantado su rol administrándolo de modo deficiente, responde jurídico-penalmente**⁵, el 90 por ciento manifiesta que en efecto si quebranta su rol y en mínima diferencia, esto es, el 10 por ciento señala que no existe dicho quebrantamiento.

Al requerírseles que se manifiesten si el Riesgo Permitido es el estado normal de vigencia de las normas en una sociedad y complementar la pregunta con la siguiente: Cree usted que **forma parte del rol de cualquier ciudadano eliminar todo riesgo de lesión a otro**⁶. El 80 por ciento de los encuestados se pronuncian a favor del primer instituto dogmático de la Imputación Objetiva, esto es, el Riesgo Permitido y el 20 por ciento está en contra del instituto citado.

Al pedirles que informen si están de acuerdo o no cuando la conducta de las personas interactúan entre sí, **no forma parte del rol ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás; de otro modo, no sería posible la división del**

⁴ Günther Jakobs Capítulo I Página 25 La Imputación Objetiva en el Derecho Penal

⁵ Obra citada Capítulo I Página 25

⁶ Obra citada Capítulo I Página 28

trabajo. Existe un principio de confianza⁷. Se obtuvo que el 85 por ciento coincide con el contenido del segundo instituto dogmático, esto es, el Principio de Confianza y el 15 por ciento no comparte con aquél.

En cuanto a la Prohibición de Regreso cuando con luz meridiana dice: existe un corte no regresa al infinito cuando hay dolo o culpa, porque la responsabilidad no retrocede. El 70 por ciento concilia con el tercer instituto de la Imputación Objetiva y el 30 por ciento no está de acuerdo con aquél.

En lo que respecta a la Imputación a la Víctima se solicito que informen si concuerdan con la siguiente aseveración: hay ocasiones que la configuración de un contacto social compete no solo al autor, sino también a la víctima, entonces, **si fue la víctima quien quebrantó su rol, debe asumir el daño por sí misma**⁸. El 95 por ciento concilia con lo que pregona el cuarto instituto de la Imputación Objetiva y tan solo el 5 por ciento dista con lo señalado.

La Teoría de los Roles del gran maestro Günther Jakobs en su generalidad es aceptado por las personas encuestadas lo que es de mucha importancia porque se puede ver que están de acorde a que una persona tiene varios roles en la sociedad, que estamos aquí en calidad de portadores de roles y que si zeta quebranta su rol responde si su comportamiento es relevante penalmente y mientras no se salga de su rol no comete infracción.

⁷ Obra Citada Capítulo I Página 29

⁸ Obra citada Capítulo I Página 25

Así también los encuestados con altísimo porcentaje concilian con los fundamentos de los institutos dogmáticos: Riesgo Permitido, Principio de Confianza, Prohibición de Regreso e Imputación a la Víctima. Los resultados obtenidos son muy importantes y notorios que simplemente me complace el esfuerzo que hago al difundir la Teoría de los Roles y la Imputación Objetiva, ya que quiero que el derecho penal ecuatoriano alcance un buen nivel internacional.

Debo de señalar que la mayoría de los encuestados conocen a la Imputación Objetiva y la teoría de los Roles pero no saben su fundamento a profundidad, por lo que sin miedo a errar debo de decir que la conocen en forma superficial. Empero, lo que más me llama la atención y me complace es que los que dicen que no conocen a las teorías citadas son las personas que concuerdan casi en plenitud con los fundamentos teóricos y aplicación en el derecho penal ecuatoriano, así también los primeros coinciden con dichos fundamentos.

Entonces, me pregunto que falta para impulsar y aplicar la Teoría de los Roles e Imputación Objetiva, **aunque debo de decir que el creador de este trabajo científico ya las aplica en los juzgados y tribunales** y la respuesta consiste en que los que dominamos estas teorías adecuemos tales teorías a nuestra legislación y difundamos, compartamos información y luchemos contra marea, no dobleguemos hasta alcanzar el desarrollo en el ámbito penal y si eso se logra es suficiente pago para los que somos precursores y defensores de la Teoría de los Roles e Imputación Objetiva en el Ecuador.

DISCUSIÓN

La Teoría de los Roles es aplicable en la legislación ecuatoriana, bueno conforme a la investigación realizada por el autor de este trabajo científico se desprende que casi la totalidad de los encuestados coinciden y están de acuerdo con lo que transmite esta institución y es obvio entenderla así porque el mundo está conformado por estados, y en ellos viven personas que se necesitan entre ellos para poder subsistir, eso es imperante caso contrario no es posible imaginar a una persona que no necesite ayuda de nadie salvo el ermitaño, entonces, habría que preguntarse cuantas personas en el mundo estarían dispuestas a vivir como ermitaño, y la respuesta es escasas personas.

Existen estados así por ejemplo en Latinoamérica con razas, culturas, forma de conducirse similares, pero también que nos diferencian sustancialmente en el sentido descrito con los países de Canadá, Estados Unidos y lo curioso es que los últimos nombrados son parecidos a Inglaterra y todos juntos son disimiles con relación a los países asiáticos y los del medio oriente. Como nos podemos dar cuenta existe una diversidad de factores que nos hacen diferentes. Empero, debo concluir diciendo que todos sin importar raza, cultura, costumbres, forma de ver las cosas, o grado de tecnología que posea o simplemente tenga casi nada de ella o quizás tenga un promedio intermedio, no importa porque al momento de ver al hombre en su contexto todos somos personas porque vivimos en sociedades.

Al vivir en sociedades aunque estas sean distintas todos coexistimos y entre nosotros nos necesitamos, por eso es que la sociedad se divide en diversos contextos sociales, y jerarquización, por eso hablamos de funcionalismo; por tanto surgen los roles que portan cada ciudadano. Lo esencial en la Teoría de los Roles es que los segmentos sociales, la jerarquización existente en cada sociedad, se debe adecuarse al modelo jurídico que ha elegido tener cierta sociedad.

Ecuador tiene un ordenamiento jurídico basado en códigos escritos todos subordinados a la Constitución de la República. Ahora bien, cuál es la base legal o constitucional para poder aplicar la Teoría de los Roles en el Ecuador. Con vista a la ley sustantiva, adjetiva penal y a la Constitución se desprende con luz meridiana que constan en forma expresa los diferentes roles de los heterogéneos segmentos de la sociedad ecuatoriana.

En el Código Penal ecuatoriano en el artículo 5, inciso quinto, numeral 4, nos anuncia el rol del funcionario público que es de siguiente tenor:

Delitos cometidos por funcionarios públicos a servicio del Estado, abusando de sus poderes o violando los deberes inherentes a sus funciones.

En el mismo cuerpo legal en el Capítulo V de la violación de los deberes de funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de la autoridad, en forma expresa la ley dice cuál es el rol de los funcionarios públicos y comprende desde el artículo 249 al 276, también encontramos en el Capítulo VII del cohecho, en los artículos 286 y 290 algunos deberes **roles** más de los funcionarios públicos.

El código de procedimiento penal ecuatoriano en el artículo 27 establece el rol de los jueces de garantías al ordenarles que deben garantizar los derechos del procesado y ofendido; a tramitar y resolver en audiencia en fase y etapa de instrucción fiscal en lo que respecta a la mantención de medidas cautelares; entre otros deberes. El artículo 209 encontramos el rol del policía judicial; en el artículo 213 encontramos las sanciones al policía judicial que quebranta su rol; el artículo 275 está el rol del público en general al asistir a una audiencia.

El Código Orgánico de la Función Judicial encontramos roles de un segmento específico de la sociedad y dentro de los cuales tenemos: el artículo 2 anuncia las atribuciones y deberes **roles** de los órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos, establecidos en la Constitución y la ley; el artículo 8, inciso 2 es claro al decir que ninguna función, órgano o autoridad del Estado no pueden interferir en los roles **deberes** de la Función Judicial, lo que denota que en la sociedad ecuatoriana no es lícito interferir en los roles de quienes administran justicia.

La sección II deberes de servidores de la función judicial, está ínsito el rol de estos funcionarios en los artículos 100 y 101; en el artículo 129 y 130 está escrito el rol de los jueces; en el artículo 212 encontramos el rol del presidente de la Corte Provincial; así también en el artículo 219 está contenido el rol de los jueces que integran las salas de lo contencioso tributario; el rol del presidente del tribunal está en el artículo 222; en el artículo 231 está el rol de los jueces de la familia, mujer, niñez y adolescencia; el rol de los jueces civiles está en el artículo 240, en el 243 el rol del juez de inquilinato y relaciones vecinales; en el 301 está ínsito el rol del notario; en el 320 el rol del síndico; en el artículo 330 tenemos el rol del abogado en el patrocinio de causas; en el artículo 26 tenemos el rol de las partes y de sus abogados que deben actuar de buena fe y lealtad.

Ahora veamos los roles con rango constitucional y observamos el estado tiene su rol artículo 3, 277; así también consta el rol de los extranjeros que se encuentran en el territorio ecuatoriano artículo 9; cuando una persona es titular de una posición de garantía y en efecto está garantía la encontramos en el artículo 69 numeral 5, que dice:

El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

Es importante señalar que nuestra Constitución en el artículo 83 plasma el rol general de todo ciudadano ecuatoriano al cual debemos de cumplir y es tan amplio que realmente es el fundamento esencial para poder decir con certeza que la Teoría de los Roles de Jakobs se puede aplicar en el Ecuador a toda plenitud, sin temor a equivocarme. De lo dicho también podemos ver que en los contactos sociales existe interacción de los roles y un ejemplo práctico lo encontramos en el capítulo octavo, derechos de protección que va del artículo 75 al 82 en los cuales se establece el debido proceso de los ecuatorianos, en el citado capítulo todos los actores del sistema judicial, fiscalía, policial deben portarse conforme a su rol específico y si quebrantan su rol el proceso no tiene validez y se sanciona a quien quebranta su rol.

El artículo 120 está el rol institucional de la Asamblea Nacional; en el 147 expresamente queda plasmado el rol del presidente de la República del Ecuador y así podríamos seguir ejemplificando y al mismo tiempo comprobando que la Teoría de los Roles es aplicable en el Ecuador y que tiene base legal y constitucional. Consta en nuestra legislación el rol general del ciudadano, esto es, el deber de no dañar a los demás **neminem laede** y también los roles especiales que se concretan en determinados contextos sociales o algunos segmentos de la sociedad, así por ejemplo el rol del juez, abogado, funcionario público, notario, síndico, etcétera.

También tiene base Constitucional el titular de una posición de garantía, así por ejemplo los padres respecto de sus hijos y de estos últimos respecto de los primeros cuando sus padres no puedan valerse por sí mismos. Lo vital de todo lo expuesto es que si el ciudadano, el policía, el notario y otros, si aquéllos se mantienen en la esfera de su rol, no lo quebrantan, cumplen con la ley y por tanto su comportamiento

permanece dentro del riesgo permitido y si es lo inverso su comportamiento queda inmerso en el riesgo no permitido y si su conducta ingresa a la tipicidad al realizar la imputación objetiva y la subjetiva, entonces, responde penalmente por la infracción de un deber vigente.

Hemos realizado un análisis del rol desde distintos ángulos, por lo que hemos de advertir que una persona puede llegar a tener varios roles dependiendo de su estado en la sociedad. Además hemos revisado la legislación ecuatoriana y hemos adecuado los roles en nuestro ordenamiento jurídico y se confirma su aplicabilidad en el Ecuador.

Previo a analizar las características del rol, definamos al rol social:

Es un conjunto de derechos y deberes dirigidos a una persona en un segmento parcial de la sociedad⁹.

Primera característica: el rol trasciende al individuo, facilitando contactos sociales anónimos. Es decir, en el mundo social **por ejemplo, en un banco**, al empleado bancario se le identifica por el papen que representa y no por su individualidad **que sea comunista o de derechas, cristiano o ateo, etc., es irrelevante, lo único válido es que sea diligente en el cumplimiento de su deber en ese contexto social concreto.**

⁹ José Antonio Caro John clase magistral en el Instituto Superior de Criminología y Ciencias Penales “Dr. Jorge Zavala Baquerizo” 27 de noviembre de 2009 de 18h30 a 22h00

Segunda característica: el rol delimita las expectativas que van a caracterizar la posición del actuante en los contactos sociales, de manera que se pueda distinguir fácilmente entre sus deberes y derechos. Por ejemplo: la fijación de expectativas de conductas que debe cumplir un ingeniero aclara qué derechos y deberes le conciernen, diferenciados a otras expectativas de conductas **que no le atañen**, y que recaen más bien en el albañil, o en los vendedores de la empresa de cementos por vender un producto defectuoso, etc.

Tercera característica: el rol fija una garantía para su titular de que no se le exija conocer más allá de lo que deba saber dentro de los límites de su competencia. Pensemos en el estudiante de ingeniería del tercer semestre, que se decide por unas prácticas como peón de albañil durante un fin de semana. Justamente, con base en los conocimientos de sus estudios universitarios, advierte que en la remodelación de una escuela, según los cálculos del trazo de una pared, más el grosor del hormigón añadido, la obra podría derrumbarse en pocos días. Pero como piensa aquí solamente estaré este fin de semana, no quiero meterme donde no me llamen, no tengo vela en este entierro, decide callarse e irse lo más pronto de aquel lugar.

Unos días después, justo en el día de la inauguración, se derrumba la pared, causando la muerte de profesores y niños. Pues, por muy dura que suene la solución, sus conocimientos especiales no le son exigibles en el marco de su rol de peón de albañil, porque no se espera que un peón de albañil deba reunir conocimientos universitarios. Por tanto, sus conocimientos especiales no fundamentan para él una imputación objetiva por participación en el homicidio, lo que no impide que su insolidaridad si le

haga merecedor de una autoría por delito de omisión de socorro, pero esto en su rol de persona o ciudadano, y no de peón de albañil¹⁰.

De la primera característica podemos colegir que lo importante es saber que el rol es permanente, esto es, siempre está ahí y lo que si cambia son las personas, éstas son intercambiables. La segunda característica delimita la esfera de competencia de las personas y por el rol podemos identificar y a la vez diferenciar lo que le incumbe a equis o a zeta. La tercera característica nos dice que el conocimiento psíquico que posee la persona **conocimiento especial**, y además dicho conocimiento no le pertenece al rol de aquella, entonces no responde por eso, solo debe responder por lo que debe saber y no por todo lo que conoce.

Riesgo Permitido

Previo a analizar el riesgo permitido, es imperante entender la significancia de las palabras riesgo y permitido; por tanto del riesgo **se dice del peligro o contingencia de que se produzca un daño. Tratándose de obligaciones, si un acontecimiento ajeno a lo previsto en el contrato o un caso fortuito impiden el cumplimiento de una prestación contractual, cabe preguntarse quién soportará el riesgo y en quién recae el peligro**¹¹. Y permitido es **lícito, autorizado**¹².

Juntamos los dos conceptos **riesgo y peligro** y tenemos que el peligro implica riesgo inminente ante un mal, entonces, tenemos dos veces la palabra riesgo englobados en una sola definición, así también existe la posibilidad de que algo suceda o no que produzca daño o culpa. Empero, en el peligro o contingencia surge los presupuestos

¹⁰ José Antonio Caro John Páginas 296 y 297 El Sistema Penal Normativista en el Mundo Contemporáneo

¹¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas Tomo VIII Página 76 Diccionario Jurídico Mexicano

¹² Ramón García-Pelayo y Gross Página 432 Larousse Diccionario Básico Lengua Española

que son necesarios para que podamos hablar de un riesgo permitido y esto es que debe ser tolerado por la sociedad y por ende permitido por el ordenamiento jurídico funcionando y al ser así estamos hablando que goza de permiso implícito.

Empero, que es lo tolerable, cuando el comportamiento de una persona o mejor dicho de un segmento de la sociedad supera el riesgo permitido, para pasar a ser riesgo no permitido y si riesgo permitido se lo puede considerar a la legítima defensa o al estado de necesidad cuando realmente sabemos que hay riesgos en aquellos, pero lo sustancial corresponde aquí dejar claro si la legítima defensa que consta en el Código Penal ecuatoriano en sus artículos 19 legítima defensa; 21 legítima defensa de terceros; 22 legítima defensa del pudor; 23 legítima defensa de la propiedad; así también el estado de necesidad que aparece en el artículo 24 del mismo cuerpo legal, se puede valorar en el primer instituto de la imputación objetiva, bueno en las líneas siguientes contesto esta pregunta.

Empiezo diciendo que cuando un comportamiento supera o quebranta el riesgo permitido, lo hace en función de las normas, entonces, solo y únicamente cuando se verifique que en ese contexto social concreto que un comportamiento quebrante una norma, entonces, estamos ante una conducta que ha superado riesgo permitido.

Es menester dejar bien sentado que el riesgo permitido es aquel que no se adecua al tipo penal y por tanto tampoco se debe justificar. Por eso debo de señalar que la legítima defensa y el estado de necesidad a pesar que esté per se con riesgo de doble vía no corresponde al riesgo permitido, es más no procede imputar objetivamente para ver si ese comportamiento de legítima defensa o estado de necesidad entra o no a la tipicidad y esto tiene su razón de ser, porque quien actúa en legítima defensa o

estado de necesidad, claro está siempre y cuando se verifique los presupuestos legales que aquellas requieren, cumplidos estos, no comete infracción.

La mayoría de los estados en el mundo conceden el permiso de defensa para quien este en peligro de muerte y así la víctima pueda defenderse y el estado le dice: en estos momentos no te puedo ayudar para salvar tu vida, pero yo estado te autorizo que mates para que salves la tuya y por tanto dicho accionar no entra a la tipicidad y por tanto no se quebranta el rol, y al no existir tal quebrantamiento de la norma, porque la ley lo permite, por todo lo expuesto, entonces, no hay infracción.

Cítemos un ejemplo de quien crea un riesgo no permitido, pero antes de hacerlo transcribamos el artículo 126 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial:

Quien conduciendo un vehículo a motor en estado de embriaguez, o bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, ocasionare un accidente de tránsito del que resultaren muertas una o más personas será sancionado con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, revocatoria definitiva de la licencia para conducir vehículos a motor y multa equivalente a treinta (30) remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general.

Ahora citemos el ejemplo A conductor empieza a beber cerveza en el Albocentro, luego decide conducir su vehículo y a la altura de Mi Comisariato **a 100 metros** es detenido por los vigilantes de tránsito, y al hablar con el conductor hay una presunción de que el aquél ha ingerido bebidas alcohólicas, entonces, los vigilantes conforme ordena el artículo 150 de la Ley citada realiza el examen de alcoholest, dando como resultado 0.3 mg/lit de alcohol en aire expirado **o menor de la cantidad descrita ver artículo 245 del Reglamento General para la aplicación de la Ley**

Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, entonces, el comportamiento del conductor se encuentra dentro del riesgo permitido.

Pero que sucede si el mismo conductor es interceptado por los vigilantes y al realizar la prueba de alcohótest el resultado es más de los 0.3 mg/lt de alcohol en aire expirado, entonces, su comportamiento se adecua a una contravención muy grave, la cual está descrita en el artículo 145 de la Ley. Como podemos observar el comportamiento de A supera el riesgo permitido, quebranta su rol de conductor pero su conducta no puede entrar en la tipicidad porque así lo ordena la Ley al decir que es contravención y no delito.

Siguiendo con el mismo ejemplo del conductor éste choca con otro vehículo y como resultado del accidente muere una persona y al practicarle un examen de sangre al conductor se determina más de 0.3 gr/lt de alcohol por litro de sangre, entonces, el conductor supera el riesgo permitido por las normas de tránsito y su comportamiento ingresa a la tipicidad y por tanto es delito de homicidio culposo, porque así lo determina el artículo 126 de la Ley.

De lo expuesto debo de señalar que en el primer caso el comportamiento de A está dentro del riesgo permitido, por tanto no merece punición. En el segundo caso existe un riesgo no permitido y a pesar de ello nuestra ley no ordena que ese comportamiento ingrese a la tipicidad sino le califica de contravención muy grave. Y finalmente en el tercer supuesto existe un riesgo no permitido y en este caso sí entra el comportamiento del conductor a la tipicidad.

Considero que en los dos últimos supuestos, por el hecho de que el comportamiento de A supera o quebranta el riesgo permitido, además por poner en peligro seriamente a los ciudadanos, en virtud de la máxima de Hegel sé persona y respeta a los demás como personas y por el deber del rol de todo ciudadano y más todavía por el rol de conductor de no dañar o lesionar a nadie **neminem laede** se debe establecer en los dos últimos casos en estudio como delitos e ingresen a la tipicidad.

Principio de confianza

El principio de confianza adquiere una especial relevancia en sociedades organizadas, en las que la división de trabajo, en las que la división de trabajo libera al ciudadano competente de un control sobre las actuaciones de los demás¹³. Bueno debo de advertir que el principio de confianza existe en la naturaleza misma, al ir a descansar en un árbol de mango, confiando que dicho árbol no caerá sobre quién va a descansar en aquél, es más al disponerse pasar la Avenida 25 de Julio a la altura del Registro Civil de Guayaquil, al subir el paso peatonal se confía que al pasar por él, el paso peatonal no caerá y esto es vital caso contrario no se descansaría en el árbol de mango, ni tampoco subirían al paso peatonal, en esto radica el principio de confianza.

Y de hecho asumimos que no se caerán **el árbol ni el paso peatonal** y si por desgracia se cae el árbol o el paso peatonal, es decir, la naturaleza nos defrauda nada podemos hacer ante un acontecimiento así. Empero, los humanos en el pasado no siempre pensaron en esta forma y **se hizo a la naturaleza responsable de tales defraudaciones, v. gr. se latigaba al mar cuando se había hundido un barco¹⁴.**

¹³ Percy García Caveró Capítulo IX Paginas 422 Derecho Penal Económico Parte General

¹⁴ Heiko Lesch 1ra. Parte Página 923 Intervención Delictiva e Imputación Objetiva

Cuando acudimos al Instituto Superior de Criminología y Ciencia Penales a estudiar para conseguir ser especialistas todos vamos confiados que ya en clase ninguno de nuestros compañeros pondrá una bomba en el aula y así conseguir que explotemos con ella, tampoco pensamos que el compañero nuestro en la clase de Dogmática Penal saque un pistola y nos ejecute; de lo ejemplificado a eso nos referimos como principio de confianza, es decir este instituto dogmático viene a reforzar el instituto de riesgo permitido.

Lo trascendental del principio de confianza posibilita una mejor división del trabajo en ámbitos donde intervienen varias personas, así también el principio citado se empalma con el principio de autorresponsabilidad y es obvio porque cada persona responde por su actuar, por su propio hecho y no responde por los hechos de terceros y esto es fundamental en una sociedad moderna, caso contrario seguiríamos responsabilizando conductas de terceros a quien no quebranta su rol y por tanto cometiendo injusticias y lo que debemos aplicar en el derecho penal ecuatoriano es el principio fiat iustitia, pereat mundu **hágase justicia aunque perezca el mundo.**

Veamos el principio de confianza en el tráfico rodado cuando X está en preferencial y además hay un semáforo y está en rojo, entonces, A dice principio de confianza y por eso cruza la calle; pero, B chofer imprudente se pasa la luz roja, se produce un choque y mueren dos niños. A dice hice un riesgo permitido, y por tanto al imputar los comportamientos tenemos que A no quebranta su rol de conductor, hizo un riesgo permitido y no es imputable de responsabilidad penal, en cambio B quebranta su rol de conductor, hizo un riesgo prohibido que se confirman en las normas vigentes de nuestro ordenamiento, por tanto responde penalmente, tal como lo estipula el artículo 127 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

El principio de confianza en el uso de prestaciones ajenas muy propio de la división de trabajo en la economía moderna es muy diferente en relación con la confianza en la naturaleza, también es diferente con la confianza del que estudia la especialidad en ciencias penales, así diferente es el riesgo permitido en el tráfico rodado, por tanto de lo dicho se colige que la confianza cambia dependiendo el segmento concreto de la sociedad que trate y es muy esencial diferenciarlo para poder hacer una imputación correcta.

Ahora veamos la confianza especial y que mejor que transcribir lo que Jakobs sostiene: En aquellos deberes que conciernen al ciudadano no como titular de una función pública representando al estado, sino inmediatamente como titular de un status dentro de una institución, a saber, como madre o padre, como cónyuge, etc., la problemática se presenta más complicada que en los deberes genuinamente estatales **esto es, en los provenientes de la institución Estado**. En este terreno todo es discutido. Por lo menos en las consecuencias **que no en la fundamentación** reina unanimidad sobre el deber de los padres de cuidado completo de sus hijos¹⁵.

Ahora bien, veamos en nuestra ley penal si existe expresamente la confianza especial y en efecto consta en el artículo agregado 528.11 del Código Penal numerales 3 y 4 que son de siguiente tenor:

3. **Si el ofensor es cónyuge, conviviente o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la víctima;**
4. **Si el infractor tiene algún tipo de relación de confianza, autoridad, si es representante legal, padrastro o madrastra de la víctima o ministro de culto;**

¹⁵ Günther Jakobs II Instituciones Página 56 La Imputación Penal de la Acción y de la Omisión

Como se desprende de los numerales citados en cuanto refiere al traslado y entrega de personas para la explotación sexual es amplia la confianza especial en nuestro Código Penal, por tanto protege a las víctimas. Y si las personas que son titulares de confianza especial o son titulares de posición de garantía, si superan el riesgo permitido y al aplicar el principio de confianza especial expresamente contemplado en nuestro Código Penal será reprimido con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años y si la víctima fuere menor de dieciocho años de edad, se aplicará el máximo de la pena, esto es, ocho años **ver el artículo agregado 528.11 del mismo cuerpo legal.**

En el artículo 563 del Código Penal ecuatoriano en cuanto refiere al tipo penal estafa encontramos ínsito el principio de confianza cuando dice: **o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad.** También encontramos en el artículo 580 numeral 1, donde está descrito el tipo penal usurpación cuando expresa: **El que por violencia, engaño o abuso de confianza despojare a otro de la posesión o tenencia de bien inmueble...**

Debo dejar clarificado que nuestra ley sustantiva tiene en forma expresa la confianza especial cuando protege a las víctimas de explotación sexual y en cuanto al principio de confianza encontramos expresamente en los tipos penales estafa y usurpación. Empero, esto no implica que no podamos aplicar el principio de confianza en todos los tipos del catálogo del Código Penal ecuatoriano, porque el riesgo permitido como ya lo explicamos suficientemente se concreta a través de normas, por tanto si se supera el riesgo permitido y se quebranta el rol y si ese quebrantamiento se imputa con el instituto riesgo permitido, entonces, tratándose de varias personas, por eso de la división del trabajo es procedente la aplicación del principio de confianza.

Prohibición de regreso

Es el tercer instituto de la imputación objetiva, que es aplicable en una pluralidad de personas que excluye la participación delictiva de quienes cumplen con su rol, además permanecen dentro del riesgo permitido, considerando también el principio de confianza, por eso debo de coincidir con Jakobs cuando dice: **el principio de confianza no es solo un supuesto particular del riesgo permitido, sino también de la prohibición de regreso**¹⁶.

Corresponde analizar si existe base legal o constitucional en el Ecuador para aplicar el instituto de prohibición de regreso. Primero revisemos la legislación peruana y en la Constitución de ese país en el artículo 2 inciso uno señala: **toda persona... a su libre desarrollo y bienestar**. Lo descrito lo complementa magistralmente Caro John: **Así pues, el ciudadano concreta su personalidad general mediante el ejercicio de una actividad u oficio, en cual incluso es un derecho fundamental reconocido por la Constitución Política en el art. 2, inc. I, en la medida en que forma parte del derecho garantizado de toda persona a su libre desarrollo y bienestar. La mencionada neutralidad de la conducta reúne, en consecuencia, un significado normativo que inmuniza de una imputación jurídico-penal a título de instigación o de complicidad arts. 24 y 25 del Código Penal a las conductas practicadas en el ejercicio libre de un oficio o actividad cotidiana, por presentar la concreción de la personalidad en la actual configuración de la sociedad**¹⁷.

En el Ecuador encontramos de forma amplísima, superior a la peruana sobre autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad y así cada quien es libre de

¹⁶ Günther Jakobs Libro II Capítulo I Página 253 Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación

¹⁷ José Antonio Caro John Conductas Neutrales no punibles en virtud de la Prohibición de regreso Página 287, 288 El Sistema Penal Normativista en el Mundo Contemporáneo

escoger el oficio de más le guste, convenga o pueda. A realizar cualquier comportamiento cotidiano siempre y cuando no direcciona dicho comportamiento a lo delictivo, empero se debe considerar que un autor de infracción anude a un tercero en el hecho delictivo sin que el tercero tenga que ver con el delito, por tanto el comportamiento del tercero es inocuo, entonces, ahí la prohibición de regreso y no retroceda la responsabilidad penal. Aquí, también entra en análisis el principio de confianza del tercero ya que éste confía en su cónyuge, padres, hermanos u otros y no sospecha que aquéllos lo vinculen en un hecho delictivo.

También en casos de negocios que diariamente se suele realizar en forma unilateral o sinalagmático y no solamente eso sino los servicios, así por ejemplo decide vender vinos y solamente si existiere una ley que le prohíba vender vinos comete un riesgo no permitido, caso contrario se mantiene en la esfera de su rol de vendedor, con un comportamiento dentro del marco del riesgo permitido y no comete infracción.

Amplíemos el ejemplo: En una casa de prostitución debidamente autorizada por el Municipio de la Muy Ilustre Ciudad de Guayaquil, ubicada en el kilómetro 71/2 de la Vía Daule, un vendedor de vinos con frecuencia acude a dicho lugar a proveer de vinos, pero justamente el día 20 de abril de 2010, aproximadamente a las 15h00, elementos de la Policía Judicial ingresan al lugar y proceden a realizar un operativo por presunción de posesión y venta de drogas, encontrando en el lugar 60 kilos de cocaína.

Entonces detienen al propietario del local, al administrador, a los empleados y hasta al proveedor de vinos y los llevan a juicio. Para no extendernos solamente analizaré al vendedor de vinos y tenemos que aquél vendedor cumple con las normas permitidas, permanece dentro del riesgo permitido, es más hace uso de garantías constitucionales

como las del libre desarrollo de personalidad, al derecho al trabajo como un deber **rol** social, a un derecho económico para proveer de alimentos a su familia y convertirse parte activa del desarrollo del país, y el estado ecuatoriano le dice que le brinda garantías a un trabajo libremente escogido y aceptado.

El mismo estado le expresa al vendedor de vinos yo estado te garantizo la protección en el marco del respeto a la autodeterminación de las personas. Por tanto en el ejemplo citado aplicamos la prohibición de regreso y el comportamiento del vendedor de vinos es inocua por tanto excluye de responsabilidad penal del vendedor de vinos.

Ahora bien, el comportamiento del vendedor de vinos es inmune por la neutralidad de su conducta que reúne en consecuencia un significado normativo, por tanto no es susceptible de imputación jurídico penal a título de instigador o de cómplice.

De lo expuesto hasta aquí transcribamos la base legal y constitucional que hace posible la aplicación del la prohibición de regreso en el Ecuador y que cuando el comportamiento es neutro entonces adquiere inmunidad frente a la instigación o complicidad.

La Constitución de la República del Ecuador:

Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

5 El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.

Art. 391.- El Estado generará y aplicará políticas demográficas que contribuyan a un desarrollo territorial e internacional equilibrado y garanticen la protección del ambiente y la seguridad de la población, en el marco del respeto a la autodeterminación de las personas y a la diversidad.

Lo subrayado es mío. Puesta la base de rango constitucional en lo que refiere a la prohibición de regreso a continuación transcribamos total o parcial los artículos de Código Penal ecuatoriano que quedan inmunizados cuando concurre la prohibición de regreso:

Art. 42.- Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa,...

Art. 43.- Son cómplices los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores, o simultáneos.

Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un acto menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del acto que pretendió ejecutar.

Imputación a la víctima

Es un criterio de la imputación objetiva que excluye **desaparece** la tipicidad del comportamiento del autor **actuante** cuando es la propia víctima la que ha favorecido su autolesión, por quebrantar un deber de autoprotección¹⁸.

¹⁸ José Antonio Caro John clase magistral en el Instituto Superior de Criminología y Ciencias Penales “Dr. Jorge Zavala Baquerizo” 28 de noviembre de 2009 de 09h00 a 14h20

La explicación de Jakobs a través de tipos de riesgo es la siguiente: En éste ámbito, desde la perspectiva del derecho penal es suficiente delimitar el comportamiento no permitido del siguiente modo: en primer lugar, si un determinado comportamiento no permitido se excluye, puede que otro comportamiento no permitido constituya la explicación; en segundo lugar, puede que la explicación venga dada por un comportamiento de la propia víctima que infringe sus deberes de autoprotección; finalmente, en tercer lugar, puede que no haya comportamiento defectuoso alguno, en cuyo caso se trata del infortunio de la víctima: *casum sentit dominus*.

Un ejemplo al respecto: un peatón es atropellado por un automóvil. Puede que el suceso se explique por un fallo del conductor o, como primera alternativa, por el comportamiento defectuoso de una tercera persona que, por ejemplo ha empujado al peatón sobre la calzada; como segunda alternativa puede que el propio peatón, infringiendo sus deberes de autoprotección, se haya expuesto al riesgo de ser arrollado y, como tercera alternativa, puede que todos los intervinientes se hayan comportado de modo correcto, en cuyo caso la explicación de lo que ha ocurrido la ofrece una situación desafortunada, como por ejemplo, que la calzada estuviese resbaladiza no siendo esto previsible, o también la desgraciada constitución de la víctima, como sería, por ejemplo, un desvanecimiento repentino.

Los riesgos enunciados no necesariamente han de atribuirse siempre a una única persona, sino que puede darse el caso de que su administración incumba a varios sujetos¹⁹.

¹⁹ Günther Jakobs Capítulo IV Paginas 104, 105 La Imputación Objetiva en el Derecho Penal

Revisemos el principio de autorresponsabilidad y tenemos que este principio aporta el fundamento de por qué la actuación de auto puesta en peligro de la propia víctima, viene a descargar la imputación típica contra el autor.

En la legislación peruana hace posible la imputación a la víctima porque está consagrado en la Constitución cuando dice: toda persona tiene derecho a libre desarrollo a su personalidad y a su autodeterminación, de tal forma que cuando la víctima arriesga sus propios bienes ejerce ese derecho. Este principio fundamenta dos conceptos, el primero la autonomía y el segundo la responsabilidad.

La autonomía es el conocimiento máximo que da el ordenamiento jurídico a una persona para una actuación en libertad, por tanto si se actúa libremente somos autónomos y si lo hacemos coaccionados desaparece la autonomía. La responsabilidad es asumir las consecuencias de la administración de la autonomía. O sea, la autonomía y responsabilidad originan una sinalagma, esto es, dos caras de una misma moneda y una depende de la otra.

La legislación ecuatoriana no solo tiene base jurídica para la aplicación de la imputación a la víctima, sino también está ínsito el principio de autorresponsabilidad y todo lo necesario para aplicar la imputación objetiva, sin menoscabo de todas las disposiciones legales o constitucionales que han sido citadas para la demostración de nuestro fin, esto es, la viabilidad de la imputación objetiva en el derecho penal ecuatoriano, entonces transcribamos el artículo 11 del Código Penal:

Nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende

la existencia de la infracción, no es consecuencia de su acción u omisión.

Con rango constitucional tenemos el artículo 66 numerales 5, 9 y 10 que refieren al derecho del libre desarrollo de la personalidad; el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre la sexualidad, vida, orientación sexual, salud y vida reproductiva. Y si observamos los tratados internacionales tenemos La Declaración Universal de los Derechos Humanos:

Art. 22.- Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Art. 29, numeral 1.- Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

Así también en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, están plasmados los deberes ante la sociedad:

Art. XXIX: Toda persona tiene el deber de convivir con los demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad.

Analicemos en cuanto a los tratados internacionales: el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador señala que **El Ecuador es un Estado constitucional de derechos.** Al hablar de derechos en plural es una antítesis del estado de derecho, por eso en cuanto a derechos humanos de los ecuatorianos, éstos son más importantes que la misma Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Ecuador y se aplican los principios pro ser humano **Ver art. 417 de la Constitución.**

Los jueces, autoridades administrativas y servidores públicos están obligados, no dice potestad, facultad, arbitrariedad sino que es su deber **rol** aplicar en forma directa las normas constitucionales y los tratados internacionales **ver art. 426, inciso segundo de la Constitución.**

Por tanto con suficiencia hemos demostrado con normas de rango legal, constitucional y derecho internacional que es viable la aplicación de la imputación a la víctima en el derecho penal ecuatoriano.

Revisado el aspecto legal es menester analizar tres presupuestos que son sine qua non y si no se cumplen no se puede hacer la imputación a la víctima. El primero es actuación conjunta, esto quiere decir que el hecho no le pertenece solo al autor sino también a la víctima. El segundo la actuación libre de la víctima, es decir, no debe ser coaccionada, debe haber una manifestación libre y ni el error se considera. El tercero el autor no debe ser garante de la víctima, porque si es garante el hecho solo le pertenece a él **garante** y no a la víctima.

Intervención del delinciente

El Código Alemán StGB es un código de avanzada que dista con el nuestro **ecuatoriano**, Empero la tarea consiste en saber si en el segundo descrito existen las diversas clases de autoría y participación. Antes de hacerlo transcribamos algunos de los artículos del Código Penal alemán que están contenidos en el título III de Autoría y Participación:

§ 25. Autoría

(1) Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por sí mismo o a través de otro.

(2) Si varios cometen mancomunadamente el hecho punible, entonces se castigará a cada uno como autor (coautoría)

§ 26. Instigación (inducción a delinquir)

Igual que el autor será castigado el instigador. Instigador es quien haya determinado dolosamente a otro para la comisión de un hecho antijurídico.

§ 27. Complicidad

(1) Como cómplice se castigará a quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión un hecho doloso antijurídico.

(2) La pena para el cómplice se sujeta a la sanción penal para el autor. La pena debe reducirse conforme al § 49, inciso 1.

En el § 25 numeral 1 está contenido la autoría directa y la autoría mediata y lo extraordinario es que en dos líneas son suficientes para ello. La primera responde al paradigma de delito de propia mano, quien realiza el delito domina el hecho, es decir, quien directamente lesiona el bien jurídico, abundando diremos quien tiene el sí del hecho, así por ejemplo el que asesina, el que viola etcétera. En la segunda existen dos sujetos: 1. El hombre de atrás y 2. Hombre de adelante, el ejecutor, o sea quien realiza el hecho; aclaremos de mejor manera, siendo el hombre de atrás que domina la voluntad del hombre de adelante al punto de instrumentalizarlo, se convierte en su instrumento.

Existen tres casos en la autoría mediata: la primera cuando el instrumento obra sin dolo, es decir no sabe que es utilizado para el cometimiento de un hecho ilícito, por ejemplo Juan solicita a su amigo Carlos que viaja a Italia que le lleve una encomienda para un familiar que vive en Italia, Carlos desconoce que en la encomienda hay cocaína camuflada y lleva dicha encomienda. Carlos es detenido en el aeropuerto por tenencia y tráfico de drogas. Por tanto el comportamiento de Carlos no es punible.

La segunda cuando el instrumento obra coaccionado. Empero, esa coacción debe ser de tal grado que anule la libertad del instrumento, ejemplo caso de genocidio en Yugoslavia un general obligaba a sus subordinados y le decía mata a zeta y si no lo haces te mato. Por tanto el instrumento no tiene otra posibilidad ejecuta el hecho, porque entra en juego dos bienes del mismo grado y el subordinado decide salvar su vida, entonces, el que mató a zeta es el general.

La tercera cuando el instrumento obra sin culpabilidad, esto quiere decir cuando es un inimputable, éste puede ser un menor de edad, Ejemplo varios casos en la ciudad de Quito que utilizan niños para vender drogas.

En el § 25 numeral 2 describe cuando existe coautoría y es menester entender el significado de la coautoría y sus elementos. Por tanto la coautoría en una actuación conjunta, en donde hay una pluralidad de autores, pero para verificar se necesita de tres elementos fundamentales: 1. Decisión común, esto es, una resolución delictiva, un estar de acuerdo.

2. División de trabajo o reparto de roles: consistente en el reparto de la cuota individual de la contribución a la realización del hecho colectivo, ejemplifiquemos, varias personas se juntan y deciden plagiar, ¿a quién? A José Pérez no, mejor plagiemos a Fernando Valenzuela tiene más dinero y es más fácil el trabajo, Mateo que es el jefe, dispone Arturo vas a permanecer en la esquina observando el movimiento y si ves a la policía das aviso de inmediato, Ricardo y Manuel se bajan armados del vehículo y se acercan en forma rápida a Fernando Valenzuela, Ricardo tu lo sometes, mientras que Manuel te mantienes alerta por si algún imprevisto, después

lo ingresan al carro y lo trasladan a la Ciudadela El Recreo, Joel y Mario deben de estar listos en la casa de Durán para recibir al plagiado, atarlo y dejarlo en el cuarto del segundo piso y deben turnarse para cuidar al plagiado hasta que se haga la transacción de dinero y entrega del plagiado. De lo expuesto no hay varios delitos es único, ese reparto hace que sean coautores de plagio. Pero la cuota que presta cada uno explicaré a continuación.

3. Aporte esencial: es la contribución individual que de no ocurrir fracasa el hecho. Es vital establecer el peso de la intervención de cada delincuente para que el delito se consuma en forma esperada, por eso a Arturo del caso anterior quien permanece en la esquina y su rol es dar aviso si viene la policía, por esa contribución es cómplice. En cambio Mateo que es el jefe, el tiene el sí del plagio, por tanto es coautor así se encuentre a 10 cuadras del lugar del hecho de plagio o al otro lado de la ciudad. Pero si no es jefe solo es compañero y está con celular lejos del hecho es cómplice. En cuanto a Ricardo y Manuel son coautores y Joel y Mario son cómplices.

Los artículos 26 y 27 describen a la instigación y complicidad respectivamente. El primero es accesoria a la autoría por cuanto el partícipe instigador si bien determina al autor a la comisión del delito, sin embargo el no lo comete. El instigador no domina la libertad del autor. Es imperante advertir que los Códigos Penales alemán, español, peruano, dicen que siempre el partícipe actúa con dolo. Pero hay casos que se dan con culpa.

El segundo el cómplice favorece, facilita al autor el hecho. Nunca domina el hecho, solamente está en una relación accesoria frente a ese hecho. La diferencia entre autor y cómplice es sustancial ya que si retiro la contribución del cómplice igual el delito se

realiza, mientras que si aparte el comportamiento del autor el hecho delictivo no se produce.

Ahora corresponde revisar el Código Penal ecuatoriano y ver si podemos adecuar las diferentes clases de autoría y participación. El artículo 41 nos habla en su generalidad respecto de la autoría y participación. El artículo 42 tiene una extensión innecesaria para establecer a los autores, que si comparamos con el Código Penal Alemán es una síntesis clara que no lleva a confusión en escasas líneas delimita las clases de autoría y participación.

La Autoría directa la encontramos en la primera parte del artículo 42 cuando dice:

Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata,...

La autoría mediata está en la tercera parte del artículo 42, transcribamos esa parte:

Los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo.

La coautoría la encontramos en la cuarta parte del artículo 42:

Los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción.

La instigación la encontramos inmersa en la ya mencionada primera parte del artículo 42:

Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito.

Nuestro código mira al instigador como autor, lo que es incorrecto, porque el instigador no pertenece a la autoría, aunque en el derecho penal alemán la pena que se impone al instigador es la misma que la del autor, no implica que sea parte de la autoría. Lo correcto es ubicarla como remanente de la autoría, esto es, en la participación; además el instigador jamás domina la libertad del autor.

El tipo penal suicidio no existe en nuestra legislación por lo que me parece un sacrilegio que se tipifique al instigador de homicidio. Entonces, aplicando el principio nullum crimen, nulla poena, sine lege **no hay delito ni pena sin ley previa**, mal podríamos tipificar al instigador de homicidio. Sintetizando si la cosa principal no existe lo accesorio por añadidura desaparece **ver artículo 454 del Código Penal**.

La complicidad está descrita en el artículo 43 y si se considera como participación ya que no es parte de la autoría y por eso el legislador lo plasma en un artículo distinto de la autoría:

Son cómplices los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores, o simultáneos.

Si las circunstancias particulares de la causa resultaren que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un acto menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del acto que pretendió ejecutar.

De lo dicho sobre autoría y participación, al hacer un estudio de la legislación alemana, al emplear doctrina moderna y al comparar y adecuar a nuestra legislación, sin temor a equivocarme debo de señalar que podemos emplear los términos descritos y la doctrina para la solución de casos concretos en el Ecuador.

El dolo y la culpa

Al dolo o culpa siempre debemos de mirarlos a partir del contexto externo de la acción y es esencial delimitar las clases de dolo. Empecemos con el dolo directo o de primer grado: es un dolo nuclear, central consistente en el conocimiento con que obra el autor de su meta delictiva, por tanto el resultado coincide con su meta. Ejemplo zata quiere robar y roba; equis quiere violar y viola.

Entendamos ahora el dolo de consecuencia o de segundo grado: el resultado no coincide con la meta trazada por el autor, empero forma parte de él de modo necesario. Ejemplo, A contrata los servicios de un sicario para que mate a B, B se encuentra en su casa en una playa privada, está en compañía de muchos amigos, invitados y protectores de seguridad, entonces, A lo ve difícil porque hay mucha gente, toma una bazuca y mata a todos los que están en la casa, por tanto, A responde con dolo directo por la muerte de B y responde con dolo de consecuencia por la muerte de los amigos, invitados y protectores de seguridad de B.

El dolo eventual existe cuando el autor se presenta como posible o probable el resultado y lo consciente. Mejor ejemplifiquemos: Fernando y José se encuentran bebiendo en un bar, los dos están armados y entre tragos que van y vienen realizan una apuesta, ofrecen pagar a una chica del bar 1,000.00 dólares si sostiene con el

brazo extendido una pelota de Básquet Ball, la cual está dentro de una red y le dicen que se salga a la calle y se ponga a 15 metros de distancia de ellos y el que acierta a la pelota gana la apuesta.

La chica del bar necesita urgente ese dinero porque su hija está en el hospital grave y acepta salir a la calle y sostener la red y la pelota. Fernando efectúa el disparo, apunta a la pelota, pero el proyectil impacta en el estomago de la chica y muere.

La culpa se divide en consciente e inconsciente. La primera es obrar en forma negligente, imprudente de tal forma que el autor se representa como posible resultado pero confía que no se producirá. Por tanto prevalece la negligencia y la imprudencia sobre el conocimiento de resultado²⁰.

La segunda la culpa inconsciente es cuando la persona tiene el deber de cuidado, la previsibilidad del resultado. Citemos un ejemplo para diferenciar a la culpa consciente de la inconsciente. Juanita cocina en un restaurante ubicado en la Ciudadela la Alborada, se le termina una especia que es indispensable para que de buen sabor y se va a comprar y deja la cocina encendida, Juanita calcula que no demorará 20 minutos, luego hay un desperfecto en la cocina y hay fuego, entonces hay culpa pero en el contexto externo y no es culpa consciente. Es culpa consciente si Juanita sabe que la cocina está dañada y lo deja encendida. La pena de culpa consiente es superior a la pena de culpa inconsciente.

²⁰ José Antonio Caro John clase magistral en el Instituto Superior de Criminología y Ciencias Penales "Dr. Jorge Zavala Baquerizo" 28 de noviembre de 2009 de 09h00 a 14h20

El Código Penal ecuatoriano no hace diferencia de los dolos directo, consecuencia y eventual solo consta en la ley sustantiva el dolo directo cuando en su artículo 14 inciso segundo dice:

La infracción dolosa, que es aquella en que hay el designio de causar daño, es:

Intencional, cuando el acontecimiento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción o de la omisión de que la ley hace depender la existencia de la infracción, fue previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión.

En el mismo artículo precitado, pero en el inciso tercero habla de preterintencional. Es esencial comentar al respecto referente a los delitos preterintencionales o incongruentes que en épocas pasadas se utilizaron, Pero ya no tienen asidero en el actual momento y todavía en nuestro código está vigente, lo que avala que nuestra código que es de segunda generación, el cual debe ser cambiado por uno que está de acorde con el sistema de vida que vivimos.

En la dogmática de los años 90 ya no existe la preterintencionalidad, por la sencilla razón o es dolo o es culpa no puede ser un engendro, tal como lo es la preterintencionalidad. Como bien lo ejemplifica Caro John no hay mujer medio embarazada o está o no embarazada. Es un grave problema que tenemos en el Ecuador y en todo caso para tratar de subsanar tan nefasta concepción a la preterintencionalidad se la debe ubicar como dolo eventual; hasta que en un nuevo Código Penal se determine los diversos tipos de dolo y tengamos un código expedito, fácil y al mismo tiempo muy eficaz.

Transcribamos al engendro que se encuentra en el Código Penal ecuatoriano en el inciso tercero del artículo 14:

Preterintencionalidad, cuando de la acción u omisión se deriva un acontecimiento dañoso o peligroso más grave que aquel que quiso el agente.

En tratándose de la culpa tampoco hace diferencia entre culpa consciente e inconsciente y es más a ratos el lector al leer el artículo 14 aprecia que la culpa también tiene dolo porque el segundo inciso empieza diciendo la infracción dolosa, que es aquella en que hay el designio de causar daño es: ... y empieza a describir a la intencional, preterintencional y la culposa. Empero, al revisar el primer inciso dice que la infracción es dolosa o culposa, en todo caso de lo expuesto se colige que el artículo está mal redactado.

En este momento nos queda transcribir el inciso cuatro del artículo 14:

La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de la ley, reglamentos u órdenes.

Aplicación de la imputación Objetiva caso del boxeador y adecuada al tipo penal descrito en el artículo 462 homicidio causado por deportista del Código Penal ecuatoriano.

Andy es un boxeador, campeón nacional de “peso ligero”. Ciro, también boxeador, aspira a obtener ese título, para lo cual la Federación Peruana de Boxeo convoca a una próxima pelea. En el transcurso de los entrenamientos, Andy se entera que Ciro tiene un aneurisma cerebral, y se dice para sí mismo: “Cuando estemos en el ring, golpearé a Ciro seguido en la cabeza, pero sin sobrepasar el reglamento, porque en realidad quiero que muera por haber hablado muy mal de mí en la conferencia de

prensa”. Efectivamente, el día de la pelea, Andy se preocupa en golpear a Ciro sólo en la cabeza, pero sin extralimitarse lo reglamentario, con la clara intención de que muera. En el cuarto round Andy ya no tiene que golpear mucho a Ciro por encontrarse éste muy debilitado; Ciro recibe un golpe ligero en la cabeza, se revienta el aneurisma que tenía, cae tendido al piso, y muere en el acto.

Es imputable una persona cuando quebranta un rol, Andy al pelear con Ciro no quebranta su rol, el es boxeador y la pelea está pactada por el campeonato nacional de peso ligero. Los roles de Andy y Ciro son especiales, porque se concretan en un determinado contexto social, esto es, el boxeo, son portadores de un rol específico el de boxear respetando el reglamento de boxeo y no superando el riesgo permitido del artículo 462 del Código penal ecuatoriano y en efecto así lo hacen.

Ahora bien, veamos el riesgo permitido: El boxeo es un deporte permitido y autorizado, hay un reglamento el que se debe cumplir y Andy no rebasa aquel sino que cumple con él. El rol fija un determinado ámbito de competencia a Andy y a Ciro y todo aquello que está en ese ámbito, adquiere relevancia penal cuando reúne el significado de una infracción del deber vigente. Empero, en el caso que nos ocupa no comete infracción.

El rol es un conjunto de derechos y obligaciones dirigidos a una persona en un segmento parcial de la sociedad. Analicemos las características del rol: Primera característica, el rol es independiente de Andy y de Ciro, porque los dos son intercambiables y el rol permanece. Esto quiere decir que mañana ya no estarán boxeando Andy ni Ciro pero estarán otros boxeadores, pero el rol para los boxeadores, segmento especial para éste ámbito permanecerá.

Segunda característica, El rol delimita ámbitos de competencia, gracias al rol sabemos diferenciar que le atañe a los dos boxeadores. No podemos exigir a quienes no son boxeadores profesionales suban a un ring y peleen con un boxeador profesional, porque ahí fracasamos.

Tercera característica, **no responde por los conocimientos profesionales** El rol establece una garantía, no responde por los conocimientos especiales. ¿Qué son los especiales? Son los conocimientos que no pertenecen al rol, son los externos. El conocimiento psíquico que sabe la persona pero que no pertenece al rol y no responde por todo lo que conoce.

Analizado el elemento objetivo pasemos a la imputación subjetiva, específicamente al conocimiento penalmente relevante: es normativo y no psíquico, o sea el que se imputa es el conocimiento que pertenece a un rol, todo lo que es ajeno al rol no se imputa subjetivamente.

El conocimiento psíquico pertenece al fuero interno que ningún juez de la tierra puede leer. Los romanos dicen: De internis non iudicat praetor **el juez no juzga lo interno**. Para la imputación subjetiva en el dolo lo que cuenta es el aspecto externo. El dolo no está en la cabeza del autor, el dolo está en el contexto externo de una acción hacia la cabeza.

Aunque el dolo de matar por parte de Andy fue grande cuando se enteró que Ciro tiene un aneurisma cerebral y se dice a sí mismo que cuando estén en el ring **Andy y Ciro** golpeará a Ciro seguido en la cabeza, pero sin sobrepasar el reglamento, porque

realmente quiere que muera por haber hablado muy mal de él **Andy** en la conferencia de prensa. Andy hizo actos preparatorios, tentativa, dolo grande de matar, entonces podemos ver con luz meridiana si pensamos por lo subjetivo quiero matar, pero el hecho externo de Andy camina poquito pero el dolo del mismo Andy va a 1.000 kilómetros.

Andy no se extralimito lo que establece el reglamento, es más ya en el cuarto asalto ya no tiene que golpear mucho a Ciro porque éste se encuentra debilitado, por lo que Ciro recibe un golpe ligero en la cabeza, se revienta el aneurisma que tenía, cae tendido al piso y muere en el acto.

De lo expuesto se establece que Andy no realiza una conducta penalmente relevante, ya que primero analizamos el elemento objetivo y vemos que Andy no tiene el sí del hecho, entonces la prueba del dolo viene después de lo objetivo y de manera normativa **rol** y no de causalista, por tanto no es autor de delito de homicidio de Ciro, por tal motivo Andy no entra a la tipicidad. El deporte de boxear sin extralimitarse en éste deporte es jurídico –permitido- no es antijurídico y al no ser una conducta típica, antijurídica no es culpable, así lo tipifica el artículo 462 del Código Penal²¹.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La imputación objetiva que surgió en Alemania, creada por el por un técnico del derecho Karl Larenz, para el ámbito civil y luego Richard Honig la aplica en el campo penal, revoluciona el derecho penal en el mundo, se rompe el paradigma del

²¹ Washington Ortega Paginas 30,33,34,35 El Homicidio Dogmática Penal Instituto Superior de Criminología y Ciencias Penales “Dr. Jorge Zavala Baquerizo”. También aprobación del módulo Teoría del Delito y Garantías Constitucionales de Carácter Penal, Sustantivo y Adjetivo 29 de noviembre de 2009, las 09h00

causalismo, positivismo, finalismo. También se suman Hartwig y Roxin. Empero, quien los supera es Jakobs incluida su teoría de los roles. Por la investigación realizada y por mi experiencia en los juzgados y tribunales se desprende que en su mayoría no conocen a la imputación objetiva y los que dicen conocerla solo la han escuchado de oídas o quizás han leído obras sobre ella. Previo hacer la encuesta a los operadores de justicia y a los abogados en el libre ejercicio tuve la gran idea de fundamentar toda la imputación objetiva, sacar una síntesis y plasmarla en la encuesta, para que las personas que aún sin saber sobre la teoría en cuestión respondan las preguntas, poder descubrir si están de acuerdo con la teoría de los roles y la imputación objetiva con sus institutos como el riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso e imputación a la víctima y para beneplácito mío en mayoría abrumadora en su generalidad están de acuerdo con la fundamentación. Como esta teoría es nueva en el Ecuador había una tarea grande consistente en saber si existía base jurídica de rango legal, constitucional o tratados internacionales para su aplicación y se demostró con claridad que la teoría de los roles tiene base legal y constitucional, los cuales están ínsitos en los derechos y deberes **roles** de todos los ciudadanos en general o roles especiales, por jerarquización en la sociedad. Así también se verifica que los cuatro institutos de la imputación objetiva son aplicables en la legislación ecuatoriana. Se concluye que las tantas veces llamada teoría nos da seguridad jurídica y eso es grandioso porque es un pedir de todos los ciudadanos en el país. Empero, que falta y la respuesta es que se difunda la imputación objetiva, que se enseñe en las facultades de derecho, se realicen foros, seminarios y que los jueces, fiscales y demás profesionales que están inmersos en el quehacer campo penal se preparen y así lograr un nivel jurídico penal bueno, que seguro estoy engrandece al derecho penal ecuatoriano y adquiere respeto a nivel nacional. El éxito de este trabajo consiste en que a pesar de contar con un Código Penal de corte clasista, de segunda generación pude adecuar la imputación objetiva a nuestra legislación y esto me carga de energías para continuar en su difusión aunque reconozco y no me importa que nadie lo valore, pero lo importante aquí es mi país y su desarrollo jurídico. Sin menoscabo de lo dicho hasta aquí necesitamos la creación de un nuevo Código Penal,

con una teoría del delito que este de acorde a nuestra actualidad, esto es, una teoría del delito alemana, porque es una de las mejores y más avanzadas en el mundo. Así también se necesita un Código de Procedimiento Penal realmente acusatorio y no el mixto que tenemos que todavía habla de nexo causal y que entre el acto y el resultado suficiente es la causación, cuando todos los juristas actualizados sabemos que no es así y la prueba tasada que son rezagos del sistema inquisitorio, aunque se debe de reconocer que con las últimas reformas en algo mejora. Era imperante realizar un análisis de la institución de la autoría, sus diferentes clases y la participación del delincuente tomando como base el Código Penal Alemán y luego de un análisis minucioso identificar en nuestro código de aquel y se concluye que la instigación no está ínsito en la autoría sino que es su remanente, lo preterintencional que como bien sabemos en los códigos modernos ya no existe la preterintencionalidad y mientras este en el código ecuatoriano para subsanar tal aborto de institución se la considere como dolo eventual, entre otras cosas que no están de acorde al momento jurídico penal contemporáneo, se deja claro en cuanto en el Ecuador no se identifica las clases de dolo y solo se considera el dolo directo, dejando de lado el dolo de consecuencia y el dolo eventual. Para finalizar se realiza un caso práctico y se aplica la imputación objetiva y la teoría de los roles.

AGRADECIMIENTO

Al maestro José Antonio Caro John, quien en forma desinteresada compartió su saber, me actualizó al siglo XXI del derecho penal. Por su gran apoyo científico, que no le importó la distancia y me remitió información vital desde Alemania, para que se haga realidad este trabajo científico. Gracias maestro por ser mi guía.

BIBLIOGRAFÍA

01.-CARO John José.- El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo.- Editores Eduardo Montealegre Lynett y José Antonio Caro John.- Págs. 287, 288, 296, 297.

02.-CARO John José.- Clases magistrales en el Instituto Superior de Criminología y Ciencias Penales “Dr. Jorge Zavala Baquerizo”.- 27 y 28 de noviembre de 2009.- 18h30 a 22h00 y 09h00 a 14h20.

03.-CÓDIGO Orgánico de la Función Judicial del Ecuador.- Registro oficial # 544.- Impreso en Ecuador.- 9 de marzo de 2009.

04.-CÓDIGO Penal Alemán.- Edición Primera.- Impreso en Colombia.- Año 1999.

05.-CÓDIGO Penal ecuatoriano.- Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.- Impreso en Ecuador.- Año 2010.

06.-CÓDIGO de Procedimiento Penal.- Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.- Impreso en Ecuador.- Año 2010.

07.-CONSTITUCIÓN de la República del Ecuador.- Registro oficial # 449.- Impreso en Ecuador.- Año 2008.

08.- FRISCH Wolfgang.- Tipo penal e imputación objetiva.- Editorial Colex.- Impreso en España.- Año 1995.

09.-GARCÍA Pelayo Ramón y Gross.- Diccionario básico de la lengua española.- Edición Primera.- Impreso en México.- Año 1979.- Página 432.

10.-GARCÍA Cavero Percy.- Derecho penal económico parte general.- Editorial Ara.- Impreso en Perú.- Año 2003.- Cap. IX.- Págs. 422.

11.-INSTITUTO de Investigaciones Jurídicas.- Diccionario jurídico mexicano.- Impreso en México.- Año 1982.- Tomo VIII.- Pág. 76.

12.-JAKOBS Günther.- La imputación objetiva en el derecho penal.- Edición Primera.- Editorial Ad-Hoc.- Impreso en Argentina.- Año 1996.- Cap. I.- Págs. 25, 26, 28, 29, 104, 105.

13.-JAKOBS Günther.- La imputación penal de la acción y de la omisión.- Edición Primera.- Impreso en Colombia.- Año 1996.- II instituciones.- Pág. 56.

14.-JAKOBS Günther.- Derecho penal parte general fundamentos y teoría de la imputación.- Edición Segunda.- Impreso en España.- Año 1997.- Cap. I.- Pág. 253.

15.-LESCH Heiko.- Intervención delictiva e imputación objetiva.- Impreso en Colombia.- 1ra. Parte.- Pág. 923.

16.-LEY Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.- Registro oficial # 398.- Impreso en Ecuador.- Año 2008.

17.-ORTEGA Astudillo Washington.- El homicidio dogmática penal.- Ecuador.- Año 2009.- Págs. 30, 33, 34, 35.

18.-REGIS Prado Luiz.- Teorías de la imputación objetiva del resultado.- Edición Primera.- Editores Ara.- Impreso en Perú.- Año 2007.

19.-REGLAMENTO General para la Aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.- Registro oficial # 604.- Impreso en Ecuador.- Año 2009.

20.-ROXIN Claus.- Acerca de la tentativa en el derecho penal.- Págs. 160, 166, 179.

21.-ROXIN Claus.- Problemas actuales de dogmática penal.- Edición Primera.- Impreso en Perú.- Año 2004.

22.- ROXIN Claus.- Derecho penal parte general.- Edición Segunda.- Impreso en España.- Año 1997.

ANEXOS

ANEXO # 1

Sírvase dar respuestas:

1.- Nombres Apellidos

2.- Sexo. Masculino Femenino

3.- Cuántos años tiene de experiencia en la profesión

4.- Labora en el libre ejercicio Fiscalía Función Judicial

5.- Conoce usted la teoría de la imputación objetiva. Si No

6.- Aplica en los juzgados o tribunales la imputación objetiva. Si No

7.- Si el rol es un conjunto de derechos y obligaciones dirigidos a una persona en un segmento parcial de la sociedad. Subraye los roles que ejerce usted: ciudadano, funcionario, juez, fiscal, abogado, padre, madre, otro.

8.- Cree usted que los seres humanos están en el mundo social en condición de portadores de roles. Si No

9.- Si la persona quebranta su rol administrando de modo deficiente, debe responder penalmente. Ejemplifico: juez que no cumple con lo que ordena expresamente la ley. Si No

10.- Si el riesgo permitido es el estado normal de vigencia de las normas en una sociedad. Cree usted que forma parte del rol de cualquier ciudadano eliminar todo riesgo de lesión a otra persona. Ejemplo: Ricardo camina por la acera de la Avenida 9 de Octubre y observa que un vehículo atropella a un transeúnte. Si

No

11.- Cuando la conducta de las personas interactúan entre sí, no forma parte del rol ciudadano controlar permanentemente a los demás; caso contrario no sería posible la división de trabajo a esto se llama principio de confianza. Por ejemplo: en el tráfico rodado Pedro pasa la calle Pórtete cuando la luz del semáforo cambia a verde confiando que Juan que está en la calle Los Ríos respetará la luz roja. Juan irrespeta la señal de tránsito y choca con Pedro y muere una persona. Denuncian a todos, juez resuelve: El actuar de Pedro está dentro del principio de confianza, hizo un riesgo permitido, no es imputable de infracción. En cambio Juan imprudente se pasó la luz roja y causó la muerte de una persona por tanto Juan es imputable de delito imprudente. Está de acuerdo con esta afirmación Si No

12.- La prohibición de regreso es in instituto dogmático de la imputación objetiva que excluye la participación delictiva de quien interviene en una pluralidad de personas y obra de acuerdo a su rol. La prohibición de regreso dice: existe un corte no regresa al infinito cuando hay dolo o culpa, porque la responsabilidad no retrocede. Citemos un ejemplo: el autor va en taxi de la Alborada a Urdesa para cometer en Urdesa un asesinato. El conductor del taxi asumió llevar a cabo un transporte, este es su rol, ni más ni menos, por tanto no responde penalmente. Concilia con este argumento. Si No

13.- Hay ocasiones que la configuración de un contacto social competa no solo al autor, sino también a la víctima, entonces, si la víctima quebranta su rol de auto protección asume el daño, ejemplo: quien sin necesidad alguna le pide a una persona claramente ebria que conduzca durante un trayecto un automóvil. Concuerda con lo expresado. Si No

En la encuesta está plasmada los fundamentos de la teoría de los roles y de la imputación objetiva para saber si conociendo o no a estas teorías están de acuerdo con dichos fundamentos.