



# ***UNIVERSIDAD DE CUENCA***

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

## **II COHORTE - MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**

### **TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SU APLICACIÓN EN LOS DELITOS DE DROGAS EN ECUADOR**

Trabajo de titulación previo a la  
obtención del título de Magíster en  
Derecho Penal

**Autor:**

Ab. Juan Carlos Solano Saavedra.

CI: 0704002914

Correo electrónico: [juancarlossolano7@gmail.com](mailto:juancarlossolano7@gmail.com)

**Director:**

Dr. Stefan Florian Krauth PHD

Pasaporte: C3J2KWT4N

**Cuenca, Ecuador**

13-julio-2021



## RESUMEN

Si bien nuestra legislación penal posee una tendencia finalista, por otra parte, también existe la suficiente apertura normativa para la aplicación de la imputación objetiva, no solo en los delitos culposos o dolosos, sino también en los delitos de peligro en abstracto como son los delitos sobre tenencia y posesión de drogas. Especialmente cuando en un proceso penal están en conflicto los derechos de una persona enferma consumidora de drogas, que por otra parte posee especial protección constitucional.

En esta investigación es importante analizar ¿si en nuestro sistema de justicia penal se aplica objetivamente o no la imputación objetiva, y si existen factores endógenos y exógenos al derecho que influyen en su aplicación en materia de drogas?

Para lo cual se analizará el desarrollo histórico y doctrinario de la imputación objetiva desde inicios del siglo XX hasta nuestros días en Europa Occidental, en especial en Alemania, y como esta se ubica en nuestra legislación penal.

Hablaremos de los distintos factores endógenos y exógenos al derecho que inciden en su correcta aplicación en los delitos de drogas y analizaremos sentencias emitidas por la Corte Nacional de Justicia.

Concluiremos que en nuestro ordenamiento jurídico no se han establecido líneas claras de cómo entender y aplicar la imputación objetiva en los delitos vinculados a la tenencia y posesión de drogas, pues en esta predomina, por una parte, la arbitrariedad y aplicación literal de una tabla de drogas, y por otra parte existe un predominio de la teoría finalista de la acción, que resulta insuficiente para resolver estos casos, pues necesita de la labor complementaria y correctiva de la teoría de la imputación objetiva.



**Palabras claves:** Teoría de la imputación objetiva. Culpabilidad. CONSEP. Drogas.  
Salud pública. Corte Nacional de Justicia.



## SUMMARY

Although our criminal legislation has a finalist tendency, on the other hand, there is also a sufficient normative opening for the application of the objective imputation, not only in the guilty or fraudulent crimes, but also in the crimes of danger in abstract as the crimes on possession and possession of drugs. This is especially true when the rights of a sick person who consumes drugs, who also has special constitutional protection, are in conflict in a criminal proceeding.

In this research it is important to analyze whether or not in our criminal justice system objective imputation is applied, and if there are endogenous and exogenous factors to the law that influence its application in drug matters.

To this end, we will analyze the historical and doctrinal development of objective imputation from the beginning of the 20th century to the present day in Western Europe, especially in Germany, and how it is located in our criminal legislation.

We will talk about the different endogenous and exogenous factors to the law that affect its correct application in drug crimes and we will analyze sentences issued by the National Court of Justice.

We will conclude that our legal system has not established clear lines of understanding and application of objective imputation in crimes related to drug possession and abuse, since in this area there is a predominance of arbitrariness and the literal application of a table of drugs, on the one hand, and on the other hand, there is a predominance of the theory of final action, which is insufficient to resolve these cases, since it requires the complementary and corrective work of the theory of objective imputation.



**Keywords:** Theory of objective imputation. Culpability. CONSEP. Drugs. Public health. National Court of Justice.



## ÍNDICE DEL TRABAJO

### INTRODUCCIÓN

### CAPÍTULO I

Pág.

#### TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

- |   |    |
|---|----|
| 1.1. Evolución histórica, concepto y desarrollo de la imputación objetiva | 12 |
| 1.2. Desarrollo doctrinario de la imputación objetiva.                    | 28 |
| 1.3. Elementos de la imputación objetiva e importancia                    | 47 |

### CAPÍTULO II

#### LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ECUATORIANO Y SU APLICACIÓN EN LOS DELITOS DE DROGAS

- |  |    |
|--|----|
| 2.1. El aterrizaje de la imputación objetiva en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano.  | 63 |
| La imputación del resultado al tipo objetivo en el COIP: La tenencia y posesión de drogas como delito doloso y el bien jurídico tutelado.          | 74 |
| 2.2. Tensión entre la protección constitucional del consumo de drogas y el carácter prohibicionista del COIP y las tablas regulatorias del CONSEP. | 83 |



2.3. Factores endógenos y exógenos al derecho en torno a la aplicación de la imputación objetiva en delitos de drogas.	88
--	----

### **CAPÍTULO III**

#### **ANÁLISIS CUANTITATIVO Y CUALITATIVOS DE CASOS**

3.1. Análisis de sentencias emitidas por la Corte Nacional de Justicia	94
3.2. Conclusiones.	119
Bibliografía	124



Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio  
Institucional

---

Ab. Juan Carlos Solano Saavedra, en calidad de autor/a y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación **TEORIA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SU APLICACIÓN EN LOS DELITOS DE DROGAS EN ECUADOR**, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 13 de julio de 2021



Ab. Juan Carlos Solano Saavedra  
C.I: 0704002914





---

Cláusula de Propiedad Intelectual

---

Ab. Juan Carlos Solano Saavedra, autor del trabajo de titulación **TEORIA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SU APLICACIÓN EN LOS DELITOS DE DROGAS EN ECUADOR**, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, 13 de julio de 2021.



Ab. Juan Carlos Solano Saavedra  
C.I: 0704002914



## **Dedicatoria**

Dedico este trabajo a mi esposa Alexandra y a mis hijas Gianelys y Ariana. No existe mayor fuerza motora que su sola presencia y existencia.

A ellas todo.

A mis padres Juan Tomás y Carlota Josefina, quienes me enseñan día a día el valor de la humildad, el esfuerzo y las convicciones.



## **Agradecimientos**

Agradezco en primer lugar al creador por todo lo hecho en mi vida, a mi familia por su incondicional apoyo.

Al alma mater cuencana por acogerme cálidamente en sus aulas como siempre, y a aquellos maestros que han compartido sus conocimientos.

A mi director de tesis y amigo Stefan Krauth por su generosidad y apoyo en esta investigación.



## CAPÍTULO I

### TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

#### 1.1. Evolución histórica, concepto y desarrollo de la imputación objetiva.

La teoría de la imputación objetiva constituye actualmente una de las instituciones más estudiadas, controvertidas e importantes del derecho penal general, y toma cada vez mayor importancia en el derecho penal moderno. Esta nace con el causalismo en su mayor esplendor de la segunda mitad del siglo XIX, y su núcleo radica en dar una interpretación moderna al juicio dentro del derecho penal, despojándolo de un contenido puramente causal naturalista; para proveerla de una connotación de carácter social, axiológica y normativa.

Si bien constituye principal carta de presentación del funcionalismo, resulta complejo dar un concepto de la imputación objetiva como algo inmutable, toda vez que es un concepto en permanente construcción. No obstante, el profesor español Gimbernat Ordeig, nos dice que lo que hace esta teoría: “es reunir toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora había deambulado por aquella –desde la causalidad hacia la acción- sin encontrar un lugar sistemático correcto” (2002, p. 325).

En suma, esta teoría nos permite concluir que la tipicidad es algo más que una mera yuxtaposición de elementos ontológicos y axiológicos.

Gimbernat Ordeig sostiene que “La imputación objetiva es, pues y positivamente, un elemento normativo del tipo. Y, negativamente, un elemento de tipo que se distingue de todos los restantes en que, mientras que estos son mencionados expresamente por la ley, a la imputación objetiva la ley no la alude para nada (a pesar de lo cual y no obstante, es un elemento del tipo)” (2002, p. 325)



Es decir, la imputación objetiva busca dar orientación normativa a la causalidad que divaga causando estragos al quehacer objetivo del derecho penal, al respecto Santiago Mir Puig refiere:

La imputación objetiva supone la atribución de un sentido jurídico-penal específico a los términos legales que expresan la conducta típica, y no una mera descripción del verdadero sentido de dichos términos. En términos de filosofía analítica, la palabra “imputación” pertenece al lenguaje prescriptivo, no al descriptivo. En este sentido, resulta rechazable concebir la imputación como una forma de averiguar cuándo un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta. (2003, p. 8).

Esta teoría tiene por objeto el estudio de las condiciones de atribución de la responsabilidad, y posee una función dual, tanto como un complemento correctivo y a veces de superación de las diversas teorías causales, cuyos antecedentes más antiguos se remontan a lo aportado por Platón, Aristóteles, Samuel Pufendorf, entre otros.

La filosofía es la que mejor información brinda de su génesis, como primer antecedente histórico -más allá de su filosofía utópica- debemos mencionar a Platón, su pensamiento giraba en torno a las ideas y se preocupó por las ideas de la causalidad, siendo parte esencial de cada una de sus ideas. Afirmando que el mundo de las ideas es regido por leyes causales. (1872, p. 24).

Welzel, respecto a la causalidad, (nos) dice lo siguiente:

El concepto causal no es un concepto jurídico, sino una categoría del ser. Tampoco es una mera vinculación lógica y menos una simplemente “ideal” de diversos acontecimientos, sino la conexión regular en la sucesión del acontecer



real, no perceptible, es cierto, pero si posible de ser captada por el pensamiento y por ello, como tal, tan real como el acontecer mismo (1987, p. 66).

Platón, en el mundo de las ideas empieza a filosofar sobre la responsabilidad, que serviría de base para lo que hoy conocemos como imputabilidad, y lo hace en el libro X, de su afamada obra La República, manifestando: “La virtud, empero, no admite dueño; cada uno participará más o menos de ella según la honra o el menosprecio en que la tenga. La responsabilidad es del que elige; no hay culpa alguna en la Divinidad...” (1872, p. 490).

A decir de Luiz Regis Prado y Érika Méndez de Carvalho, el aspecto positivo de las leyes en Platón “es importante cuando la ley debe ejercer, en el caso de las leyes penales, una función imperativa (Leyes IX, 853 c-d). Es notorio que esa función se expresa en la generalidad que une en la sanción los delitos y los delincuentes; en la proporcionalidad los crímenes y las penas; en la moralidad las normas y las costumbres, las prescripciones y los actos. La ley, por tanto, definirá la imputabilidad del acto moral” (2007, p. 28).

Platón en su extensa obra “Las Leyes” replantea algunas ideas ya expuestas en la República, y se comienza a hablar del rechazo a las inconductas, el rol ejemplarizante de la ley frente a los excesos de los ciudadanos y el rol del estado frente al delincuente –que es lo que modernamente conocemos como el derecho a castigar del estado o *ius puniendi*–.

Respecto a lo mencionado *ut supra*, Platón en su obra Las Leyes, dice:

[...] Aquí se encuentran tres de los principios generales de la política y de la moral de la República. En primer término, aparece la omnipotencia del Estado, encargado por la voluntad del legislador del destino público y privado de los ciudadanos; y así la libertad individual está limitadísima, como se ve sin dificultad al considerar que desde el nacimiento hasta la muerte todos los actos importantes de la vida están arreglados é inspeccionados de antemano por la



ley. En segundo término, entra la obligación impuesta al gobierno de desenvolver por medio de la educación en el alma de los ciudadanos las cuatro virtudes cardinales, prudencia, justicia, fortaleza y templanza, que constituyen todas juntas la virtud misma [...] (1872, p. 11).

Platón en esta obra, y más aún en “La República” no deja de hacer una representación utópica de lo que actualmente conocemos como estado, donde se conjugan la ética, la política y el derecho. Deja sentada desde la filosofía, la noción de responsabilidad, que luego sería mejor desarrollada por su discípulo Aristóteles, a quien se atribuye ser más pragmático que su maestro.

El Estagirita considera que la causalidad y los hechos no surgen a partir de las ideas como algo estático, pues a decir de él, con las ideas no se construye ni se destruye nada; parafraseando a Yesid Reyes Alvarado, todo lo que ocurre en el diario vivir, por elemental lógica es producto de algo. Aristóteles considera que “no existe una sucesión infinita de causas, sino que existe un primer principio de todo, que podría ser considerado la causa de todas las causas” (2005, p. 7-8).

El Estagirita desarrolla la responsabilidad desde la atribuibilidad, en su obra *Ética a Nicómaco*<sup>1</sup>, y en el libro tercero, nos dice:

[...] Dado que la virtud tiene que ver con las afecciones y las acciones, y, dado que en las acciones voluntarias se producen elogios y censuras y, en cambio, indulgencia para las contrarias e incluso, a veces, compasión, quizás sea necesario para quienes tratan de indagar acerca de la virtud, definir lo voluntario y lo involuntario. También será útil para los legisladores con vistas a los honores y castigos [...] (2005, p. 94).

---

<sup>1</sup> Traducción hecha por José Luis Calvo Martínez.



De acuerdo con Aristóteles, el principal punto de partida para establecer una posible responsabilidad penal es la voluntariedad o no de los actos, considerando que un acto voluntario es aquel que se efectúa a sabiendas y libre de coacción, consciente de los efectos a causar, contra quien, y como se hace el daño.

Aristóteles es de los primeros en razonar sobre la acción libre del ser humano como presupuesto para ejecutar actos, y por otra parte para atribuir responsabilidad. Además, menciona en la *Ética nicomáquea* los parámetros de la ignorancia para atribuir responsabilidad en la ejecución de algún acto reprochable, en suma; desde allí se comienza a estructurar una teoría de lo que hoy conocemos como culpabilidad.

En el libro V dice lo siguiente:

[...] Entre los actos involuntarios unos son perdonables y otros imperdonables: son perdonables cuantos se cometen no sólo en ignorancia, sino también por causa de la ignorancia; pero son imperdonables cuantos se cometen en ignorancia, pero no por causa de la ignorancia, sino de una pasión que no es ni natural ni humana [...] (2005, p. 172)

Es decir, el hombre al ser dueño de sí, el único ser dotado de razón y con capacidad de discernir entre lo bueno y lo malo, si se le puede castigar, si el mismo ignorante es la causa de ella como en el caso de los borrachos, pues está en sus manos emborracharse o no, en abstenerse o no de tomar el vino<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> De este razonamiento podemos deducir que aquí es donde nace la idea de la responsabilidad para el carácter de una persona. En alemán: *Lebensführungsschuld*.





Lo cual termina siendo causa de su ignorancia, lo mismo ocurre con aquel que desconoce de las leyes, teniendo la posibilidad de saber y que por descuido y negligencia deja de saber, por tanto, se trata de una ignorancia voluntaria que merece ser castigada. A decir de Fausto Vásquez, es fundamental el aporte de Aristóteles, “en cuanto a distinguir según la ignorancia tenga o no su causa en el agente” (2016, p. 25).

El Estagirita menciona en su obra, que existen determinadas circunstancias que inhiben de responsabilidad a una persona, es decir aquella obra que se realice por ignorancia o por la presión de alguna fuerza exterior o coacción. Aquí es donde empiezan las primeras nociones de la actual imputación.

En el libro tercero *ibídem*, habla sobre lo volitivo, cuando refiere que este es atinente al fin que se busca alcanzar con la conducta a ejecutar, y esta elección es la que opera sobre los medios a ejecutar. Aristóteles hace la siguiente reflexión:

[...] Y no deliberamos sobre los fines, sino sobre lo que conduce a los fines. Ni el médico delibera si va a curar ni el orador si va a persuadir ni el político si va a crear un buen gobierno, ni ninguno de los otros acerca del fin, sino que, una vez que se ha establecido el fin, los hombres examinan de qué manera y por qué medios va a producirse<sup>3</sup>[...] (2005, p. 103).

Podríamos afirmar que las primeras estructuras materiales del principio de dominio del hecho se encuentran en los postulados aristotélicos. Cabe indicar que la atribuibilidad de la responsabilidad en su obra se encuentra desarrollada a partir de la ética y no del

---

3 1112b *ibídem*.



derecho. Incluso refiere un análisis teleológico de la acción, lo cual, en el pasar del tiempo, se vuelve el núcleo de la teoría finalista de la acción cuyo máximo representante es Welzel<sup>4</sup>.

El concepto de responsabilidad hecho por Aristóteles se hace desde la voluntad humana actual<sup>5</sup>, en el que merece especial atención el dominio del hecho, es decir, así como está en nuestras manos hacer, también está el no hacer:

En efecto, en lo que depende de nosotros el actuar, también depende el no actuar, y en lo que hay un no, también hay un sí. De tal manera que, si depende de nosotros el obrar cuando es bueno, también dependerá de nosotros el no obrar cuando es malo. Y si el no obrar, cuando es bueno, depende de nosotros, también depende de nosotros el obrar cuando es malo. Y si depende de nosotros realizar buenas y malas acciones, e igualmente el no realizarlas (y esto era el ser buenos o malos), entonces dependerá de nosotros el ser virtuosos o viciosos<sup>6</sup>.

En suma, el primero en analizar pragmáticamente, lo que hoy conocemos como imputación desde la filosofía es Aristóteles en su *Ética nicomáquea*, que conforme Nicolás Santiago Cordini, luego sería desarrollada y estudiada desde la filosofía aristotélica-tomista, luego desde el racionalismo con Pufendorf como su máximo exponente, y el idealismo filosófico alemán con Immanuel Kant y Georg Wilhelm Friedrich Hegel (2015, p. 93).

Tomás de Aquino, en relación a lo involuntario por ignorancia, plantea que aquello que es ajeno a la voluntad descarta atribuir hasta lo más elemental de un hecho, en cambio, lo contrario a la voluntad no descartará la atribuibilidad de hasta lo más elemental de un hecho (Vásquez, 2016).

---

4 Dicho análisis se expresa en *Ética a Nicómaco* en los puntos 1110<sup>a</sup>, 1110<sup>b</sup>, 1111<sup>a</sup>, 1111<sup>b</sup>.

<sup>5</sup> En este contexto, Aristóteles hace referencia más a la idoneidad de los medios, y no tanto al valor moral de los motivos del actuar. Por ejemplo: si yo produzco la muerte de otra persona, hay un abanico de reacciones del Estado: entre homicidio hasta absolución por defensa legítima etc.

<sup>6</sup> *Ibidem* 1113<sup>b</sup>



Tomás de Aquino reafirmó los criterios de causalidad, dándole contenido teológico a lo ya dicho por Aristóteles, al considerar que, de manera inequívoca, a excepción de Dios, no exista nada que sea su propia causa, que todo es producto de una causalidad externa, desarrollando incluso una causalidad primaria y secundaria. Pues Dios es el titular de la causalidad primaria, y todo lo que ocurra a partir de allí responde a fenómenos causales secundarios.

El concepto de imputación se remonta a la época de mayor esplendor del iusnaturalismo; aquí surge el pensamiento del alemán Samuel von Pufendorf (1636-1694), como uno de sus máximos exponentes, quien se encargó de desarrollar el concepto de imputación e imputabilidad, como elementos imprescindibles de lo que se conoce como acción libre del ser humano, de hecho él fue el primero en acuñar el término *Zurechnung* que traducido del alemán es “imputación” en 1660, concepto que luego fue estudiado por Kant, Hegel, Binding, entre otros, y sin perjuicio que este ya se venía usando en la antigua Roma con Cicerón, Fedro, Plinio, entre otros.

Para Pufendorf, el concepto de imputación venía de una fuerte carga moral, pero realizaba una distinción entre la capacidad que se tiene y la que no se tiene al momento del suceso, además:

[...] le agregaba al concepto de imputatio un presupuesto: la imputativitas, siendo este el presupuesto material de imputabilidad determinando la relación de pertenencia con la acción libre; de allí que no se puede comprender el concepto de imputatio en toda su dimensión sin contar con este presupuesto, siendo que se sigue la afirmación de que no hay imputatio sin imputativitas, entendida ésta como sentido de pertenencia de la acción libre del autor [...] (Kuri, 2013, p. 13-15).



Su pensamiento es fundamental en los inicios de la dogmática penal alemana, la teoría de la acción desarrollada por Pufendorf, se hace recogiendo los postulados aristotélicos de la acción. Él entendía como acción humana, solo a aquella que deriva de las específicas capacidades humanas, es decir que parten del intelecto y la voluntad. Es el responsable de construir el concepto de imputación que hoy es parte fundamental del estudio del derecho penal general.

Desde Pufendorf hasta nuestros días, el estudio de la imputación *stricto sensu* constituye el eje central abordado por la teoría del delito, sin perjuicio de la teoría o corriente jurídica que la aborde. Él es considerado el fundador del iusnaturalismo en su país, y se encarga de desarrollar el concepto de imputación, a la luz del derecho natural racionalista.

Consolida la idea, de que solo los hechos atribuibles a la voluntad humana pueden ser imputados al hombre como de su propia autoría, partiendo de la premisa, que el hombre es un ser racional, con capacidad volitiva, con la facultad de dominar y controlar sus actos a través de sus decisiones<sup>7</sup>.

Esta capacidad no es absoluta, puesto que su accionar se encuentra limitado por determinados principios que rigen su conducta humana: el hombre como ser racional también integra el mundo natural pudiendo intervenir en los procesos causales y conducirlos según su voluntad. Así tenemos la cadena: Ley (razón) – Voluntad – Accionar (conducta).

---

<sup>7</sup> En este mismo orden de ideas tenemos que esta misma voluntad humana que le permite transgredir la norma, es la que también le permite al hombre crearla. Por lo tanto, hay la siguiente cadena: Ley – voluntad – decisión. Es decir, a través de la voluntad se realiza la Ley (divina, democrática, etc.)



La razón determina la voluntad, la voluntad la conducta y ella el mundo. Exactamente por eso, la voluntad (libre albedrío) es tan importante para la dogmática penal. La norma penal busca “cambiar” el mundo a través de la “libre” conducta.

Solo el ser humano es considerado “libre”, siempre y cuando sea capaz de “recibir” el llamamiento de la razón. Esta es, en pocas palabras, la base de la culpabilidad / imputabilidad de la ilustración europea: tú eres capaz de recibir el llamamiento de la razón, y por lo tanto eres culpable cuando no cumplas con la orden de la razón.

Con Pufendorf, se logra establecer los presupuestos de la *actio libera in se* (acción libre en sí misma) que fundamenta la imputación ordinaria y *actio libera in causa* (acción libre en su causa) principio de la imputación extraordinaria. En consecuencia, Pufendorf “destaca las *estructuras materiales* del concepto de imputación (*imputativitas*), que, para aquel, estaban representadas por el dominio del hecho y, para este último, por la voluntad rectora de la acción libre (en la cual se encuentra comprendido también el dominio del hecho)” (Prado Méndez de Carvalho, 2007, p. 37-39).

A decir de Welzel, este concepto de acción desarrollado en la "Teoría de la Imputación del Derecho Natural, fue introducido en la ciencia jurídico penal por J. S. Fr. von Bohmer (1704-1772) y constituyó el fundamento de la dogmática penal hasta entrado el siglo XIX” (1976, p. 60-61).

En el siglo XIX se impone la filosofía idealista del derecho alemán, siendo destacado el pensamiento filosófico clásico de Immanuel Kant – quien se destaca por su teoría crítica del conocimiento, su pensamiento supera el iusnaturalismo, al mencionar que la conducta humana debe estudiarse en base a la existencia de reglas. Kant supera lo esbozado por el naturalismo racionalista, ubicando los problemas de la moralidad alrededor de la autonomía de la voluntad como principal fundamento, encontrando racionalidad al fenómeno moral.



Para Kant, “la fuerza es la motivación exterior de las conductas jurídicas. Esto se debe a que, el Derecho tiene por objeto limitar las conductas externas y, por lo mismo, sólo se piensa como instrumento de la fuerza” (Rojas, 2004, p. 194). Kant ubica al derecho en el campo de la filosofía, más no en el campo de las ciencias jurídicas.

Para Kant, la imputación es una condición inexorablemente vinculada a la atribuibilidad, lo cual permite en lo posterior desarrollar la llamada teoría de la causalidad adecuada, con la cual se destierra la vieja idea de que la tipicidad de una conducta se agota en la mera constatación de la causalidad (Larrauri, 2002).

Por otra parte, Hegel manifiesta que, para establecer responsabilidad al sujeto desde la causalidad, se hace únicamente considerando aquellos actos que hayan derivado de su obra y voluntad. El juicio de imputación conlleva una alta carga teleológica y no causal, en suma, la imputación solo es posible cuando el hecho es ejecutado con la voluntad de quien lo ejecuta, el agente debe responder por aquello que sabe, estaba en sus propósitos. Es decir; elementos cognitivo y volitivo, que son los dos aspectos fundamentales del dolo: “sabiendo y queriendo”.

En lo posterior, a inicios del siglo XX, el concepto de imputación es retomado por Hans Kelsen en su conocida obra “Teoría Pura del Derecho”, en la que hace una clara distinción entre causalidad y norma, el ser y el deber ser del derecho. Considera que la causalidad como tal posee un punto de partida, pero no uno final, mientras que la imputación si posee un punto final, puesto que esta condición dominante de la naturaleza no posee límites, mientras que la imputabilidad está claramente delimitada en la norma como categoría gnoseológica.

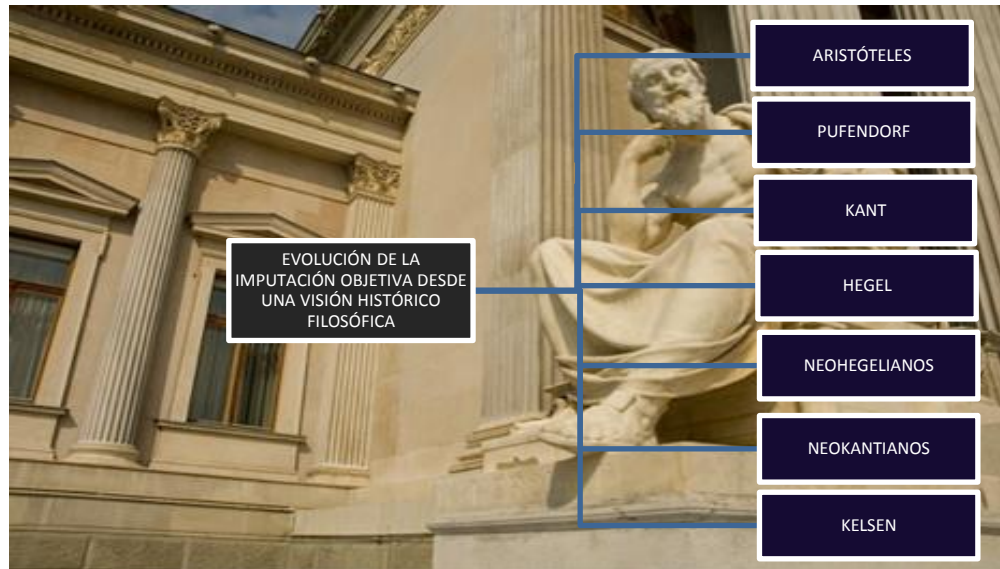


Según Kelsen, existen tres diferencias fundamentales entre la imputación y la causalidad:

La primera de ellas es la ley que expresa la relación de causalidad no es considerado de modo arbitrario, para la imputación la ley es totalmente arbitraria; la segunda es, mientras que la relación causal es infinita, para la imputación el hecho no está condicionado y no es condición en el ámbito de otra relación de imputación; la tercera, en la relación de causalidad si existe el vínculo entre la causa y el efecto, en la imputación no hay ningún nexo. (Kuri, 2013, p.17)

De ello se puede concluir que la imputación es la conexión entre determinado acontecimiento o comportamiento como condición y la sanción como consecuencia de la misma descrita en una ley moral o positivo, producto de un acto volitivo. Y la casualidad es esa relación causa-efecto a veces ajena a la voluntad del ser, que a diferencia de la imputación es infinita.

Sin desconocer los distintos aportes de la filosofía y la filosofía del derecho, podemos determinar el desarrollo de la imputación objetiva en las siguientes fases más importantes:



En 1927, surgen los aportes de Karl Larenz, quien era filósofo del derecho y civilista. Él incorpora a este estudio la negligencia, además ciertos principios, como el de la autodeterminación y responsabilidad personal, como criterios para establecer la responsabilidad de quien actúa en la comisión; este origen de la imputación objetiva es el que hace que sus principales críticos sostengan que esta lleva el sello de estar dirigida únicamente a los delitos imprudentes.

Los aportes de Larenz surgen en una época de claro dominio de la teoría de la causalidad, retoma el estudio del concepto de imputación completamente debilitado y absorbido por la corriente positivista. Si bien sus postulados sobre la imputación, difieren de lo hecho por sus antecesores, también se nutren de lo aportado por Aristóteles, Pufendorf o Hegel.

Larenz considera necesario el llamado “juicio de imputación” para atribuir la responsabilidad en el cometimiento de un hecho, manteniendo distancias con el juicio sobre





la existencia o no de una relación causal. Para Larenz, la imputación no significa otra cosa que el intento de delimitar el hecho propio del acontecer fortuito.

Tres años después, el filósofo y penalista Richard Honig, recoge este pensamiento y lo propone como un tópico propio del derecho penal moderno, de tal modo que la teoría de la imputación objetiva desarrollada por Honig, se viene estudiando como parte fundamental de la dogmática penal moderna hasta nuestros días, a quien Roxin dedica en extenso gran parte de sus estudios.

Esto hace que existen paralelismos visibles en la obra de Roxin y Honig:

Definitivamente, tanto Honig como Roxin coinciden en afirmar que el problema básico de los delitos de resultado es determinar si un curso causal al final del cual aparece un resultado puede imputársele a una persona. Roxin aclara que lo decisivo en la imputación no es la perseguibilidad objetiva, a diferencia de Honig, sino que lo decisivo es si el autor ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado (Kuri, 2013, p. 8).

De acuerdo con Manuel Cancio Meliá (2001), Honig fue el primer jurista en acuñar el término de imputación objetiva en el campo del derecho penal, como lo más cercano a lo que actualmente conocemos. En 1930, en el reconocido Libro Homenaje a Frank, publicó un artículo que se inspiró en la revisión de la teoría de la imputación hegeliana, que también sería abordada un poco antes por Larenz, en ese estudio Honig “acudió a la perseguibilidad objetiva de una finalidad, para eliminar cursos causales guiados por la casualidad y distinguió en ella el criterio decisivo de un juicio de imputación autónomo, absolutamente independiente del juicio causal” (Schünemann, 2002, p. 210).



Es decir; se puede considerar imputable solo aquel resultado que puede ser considerado como útil para los fines.

Si bien Honig desarrolla su teoría en medio de la pugna desatada por la teoría de la equivalencia y la teoría de la adecuación, no obstante, el supera esa vieja discusión al sostener que lo importante para la teoría del delito, no es establecer la existencia del nexo causal como elemento de culpabilidad, sino dilucidar si existe una relación entre acción del sujeto y el resultado y esta corresponde a las exigencias del tipo.

Posteriormente, en los años setenta, Roxin inicia sus aportes retomando no solo los aportes de Honig, sino también de Hegel y Kant, luego del llamado periodo entre guerra, que impidió seguir con el estudio y desarrollo de la imputación objetiva. Estos estudios se hacen a fin de aliviar las tensiones existentes entre causalistas y finalistas, discusiones que hacían que la dogmática y la realidad naveguen por sendas distintas.

A efectos de la imputación objetiva Roxin concibe a la acción como elemento fundamental del derecho penal, pues vincula y enlaza las concretas categorías dogmáticas del delito, así pues:

[...] en primer lugar la acción se determina como tal y después se dota de predicados valorativos cada vez más ricos en contenido como acción típica, antijurídica, culpable y punible. De ese modo, el concepto de acción debe atravesar por todo el sistema jurídicopenal y constituir en cierto modo su columna vertebral [...] (Roxin, 1997, p. 233)

El profesor emérito de Múnich considera que el concepto de acción en cuanto a su función se produce si se la entiende como manifestación de la personalidad, es decir



atribuible a un ser humano como centro anímico espiritual de acción, es decir el sujeto solo responde por aquellos actos que son de su voluntad y conciencia.

Concepción idónea para entender que esta manifestación de la personalidad abarca a las acciones dolosas e imprudentes, pues incluso las omisiones por imprudencia inconsciente es una manifestación de la personalidad.

Con esto queda demostrado que el concepto naturalista causal de la acción queda superado en la moderna teoría del delito, pues Liszt y Beling consideran que la acción es la producción, reconducible a una voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior, descripción que se quedaría corta frente a los delitos por omisión. Una omisión también puede modificar el mundo exterior, pues este mundo hubiese sido diferente sin la omisión.

Roxin, mediante la sistemática, busca establecer un punto medio entre los extremos valorativos planteados por Kant –y quienes heredaron y siguieron desarrollando sus postulados- y la acción final o también llamado finalismo, cuyo máximo exponente es Welzel.

Roxin propone aliviar tales tensiones mediante la normativización de los elementos de la dogmática jurídico penal, estableciendo el concepto de culpabilidad, a la cual ya no la denomina “mera responsabilidad”. En suma, es necesaria la imposición de una pena una vez desvanecida la presunción de inocencia del agente.

La innovación no superada que propone el funcionalismo roxiniano dentro de la teoría del delito, es que el tipo objetivo se debe interpretar con visión teleológica, estableciendo si la conducta realizada está dentro de su conocida teoría del riesgo y dentro del espectro de actuación de la norma creada por el legislador, o el llamado fin de



protección de la norma. Siendo fundamental la valoración de factores gnoseológicos normativos y no solo los ontológicos.

Por otro lado tenemos a Günther Jakobs que desarrolla los postulados normativistas, de allí que se le conoce como máximo representante del funcionalismo normativista o radical, él considera que la imputación objetiva se desarrolla en el marco de un derecho penal, que según Bernd Schünemann –discípulo de Roxin- (1996), se desarrolla y adapta a cualquier política criminal, y es capaz de asumir sin inconvenientes, cualquier modernización del derecho penal; propone que la interpretación conceptual, sea hecha en virtud del sistema jurídico vigente.

## **1.2. Desarrollo doctrinario de la imputación objetiva**

Sin perjuicio de los distintos aportes que vienen desde Aristóteles, la teoría de la imputación objetiva que actualmente conocemos, tiene su origen y desarrollo doctrinario en la filosofía idealista alemana de Hegel del siglo XIX, y que se diferencia fundamentalmente del causalismo naturalista, por cuanto ya no se atribuye a la persona todos aquellos cursos causales, sino, solo aquellos que se constatan como producto de su obra. Es decir; actuando con relevancia jurídica.

El método propuesto por Hegel, más allá de la complejidad filosófica que implica, termina siendo crucial para el derecho penal de su momento, puesto que sus postulados llevan a pensar que una persona solo puede ser imputada por lo que constituya su obra y no por lo que es resultado de la mera casualidad, mala suerte o destino (Reyes, 2005). No desvincula la moral del derecho, desarrollando su concepto de imputación en el campo de la eticidad.



El pensamiento Hegeliano se dirige también a quienes no están inmerso en la libertad, es decir, quienes no habían superado la etapa del espíritu subjetivo no pueden actuar con relevancia jurídica a los ojos del derecho penal, así por ejemplo los locos o enajenados mentales no podrían cometer delitos o son inimputables. Pues, al contrario, al establecer la responsabilidad penal de una persona es honrarlo de reconocerlo poseedor de razón.

Hegel respecto de la voluntad sostiene que:

[...] El Derecho de la voluntad subjetiva consiste en que lo que ella debe reconocer como válido lo considere también como bueno; y que a ella le sea imputada una acción, como fin que llega a la objetividad externa, de acuerdo a su conocimiento del propio mérito que ella tiene en esta objetividad, como justa o injusta, buena o mala, legal o ilegal [...] (1968, p. 130).

Una de las debilidades que presenta la teoría hegeliana de la acción, es que no distingue la imputación objetiva de la subjetiva, sino que la imputación es entendida de manera integral, además no abarca a los delitos culposos, ya que en estos no se sobreentiende la voluntad del sujeto, deficiencia que luego sería subsanada mediante la creación normativa de criterios que permitirían considerar que el resultado en los delitos culposos también fueron pretendidos por el agente (Prado Méndez de Carvalho, 2007).

A decir de Fausto Vásquez Cevallos, “la idea de plantear una solución al problema de la imputación mediante el planteamiento de un concepto de acción nace de Hegel” (2016, p. 15), es decir, a una persona se le puede atribuir el cometimiento de una infracción por aquellos hechos producto de su obra, y por ende la pena aparece como una respuesta de carácter retributivo frente a la comisión de la infracción. La pena desde la dialéctica hegeliana se convierte en la negación de la negación.



En Hegel, el concepto de la *imputativitas* o de imputación de Pufendorf puede ser apreciado en dos planos distintos: como elemento constitutivo de la acción y como un juicio que incide sobre un nexo objetivo. De acuerdo con el profesor alemán Armin Kaufmann, la teoría de la imputación objetiva no tendría cabida ni fundamento sólido en la filosofía hegeliana (1985, p.808).

El pensamiento de Hegel actualmente sirve y en mucho de base, para el desarrollo amplio del concepto de imputación desarrollada por Jakobs, la misma que se encuentra vinculada a la finalidad de la pena, entendida en términos de prevención general positiva. Tanto en Hegel como en Jakobs “se trata de imputar un hecho, a la vez que se mide y se reprocha” (Cordini, 2015, p. 116). Jakobs le da a la pena una función retributiva o recíproca, pues se trata de la respuesta racional que le brinda el *ius puniendi* a quien racionalmente vulnera el derecho

Con esta apreciación tenemos, que Hegel<sup>8</sup> desarrolló el concepto de imputación sobre la base de los hechos que son cometidos mediante manifestaciones de voluntad del ser humano, lo cual como veremos más adelante, significó el reproche por parte de Larenz, quien cuestiona no haber incluido en la imputación objetiva a los delitos imprudentes.

Más allá de los cuestionamientos hechos posteriormente, Hegel sienta las bases de la actual imputación objetiva, es él “a quien se le atribuye haber sentado la piedra angular sobre la que se edifica la teoría de la imputación objetiva” (Darío Dal Dosso, 2011, p. 3).

El reconocía solamente al dolo como elemento subjetivo, más no los hechos negligentes. Por tanto, esta imputación abarca la atribución de un hecho como acción

---

<sup>8</sup> Para Hegel, la pena posee una connotación retributiva taliónica, pues, quien violenta el contrato, sencillamente es titular de una sanción, para lo cual se activa el rol castigador del estado alemán, con esta base tenemos que Hegel ya avizoraba un estado fuerte y autosuficiente. El rol ejemplarizador del derecho penal nos dice que “el mandato del derecho es, por tanto: sé una buena persona y respeta a los demás como personas”. (Jakobs, 1996, p. 39).



antijurídica. Hoy día en Alemania se debe examinar todo según el siguiente esquema para llegar a la conclusión, de si existe responsabilidad penal o no.

Parafraseando a Nicolás Cordini, la teoría de la imputación de Hegel posee como algo positivo, que establece los límites del dolo, identificándolo como atribuible a la acción del sujeto, y todo aquello que no se ubica dentro del dolo es considerado como accidental (2014, p. 30).

Larenz retoma en sus estudios el concepto de imputación, cuando estos eran muy débiles, en una época dominada por el iuspositivismo, elabora su teoría de la imputación objetiva revalorizando los aportes de Hegel como representante del idealismo crítico.

Debido a su formación, esta imputación aun no es desarrollada en el campo del derecho penal, sino en el civil, abarcando no solo lo querido por el agente, sino aquellos hechos llamados negligentes.

Su estudio de la imputación objetiva apela a la voluntad como característica especial del hombre como ser racional, pero destaca que el objeto de esta teoría, parafraseando a Margarita Martínez Escamilla (1992), es el de separar entre hecho propio y accidente, denominando imputación objetiva al juicio sobre la cuestión, de si un suceso puede ser atribuido a un sujeto como propio, juicio que termina siendo independiente del que decide sobre la existencia o no del nexo causal.

La causalidad es el primer paso en el esquema. En el segundo paso, se pregunta si la realización del tipo objetivo aconteció con dolo, es decir voluntad.

De allí la importancia de la teoría finalista de la acción, puesto que todo sistema normativo positivo y objetivo que pretenda ser reconocido como derecho, evidentemente tiene que estar dirigido a los seres humanos dotados de conciencia y voluntad, pues solo este posee la capacidad de orientar su actuar en el mundo del ser.



Esta condición de persona presupone la “estructura finalista de la acción humana, que surge como estructura óptica de carácter obligatorio” (Regis Prado y Méndez de Carvalho, 2007, p. 162).

Mediante el cual se puede imputar al autor no solo las acciones que nacen de su voluntad, vista como condición y característica fundamental del hombre, gracias a la cual es capaz de dirigir no solo actos para la consecución de determinados fines, sino también aquellos que pudo prever, pues la posibilidad de prever o evitar, fundamenta la de dirigir el curso causal hacia la evitación del resultado. Con esto, Larenz enlaza su teoría con la teoría de la adecuación, aceptándola en sus líneas generales, no como teoría causal, sino como principio de imputación. (2002, p. 19-21).

La imputación objetiva para Larenz se vuelve un juicio teleológico, a fin de establecer diferencias entre la imputación al hecho, e imputación a la culpabilidad de la que adolecería la teoría de la acción de la escuela Hegeliana. Dicho sintéticamente, Larenz considera que el juicio de imputación es necesario para determinar si un hecho es obra de un sujeto, lo cual solo será entendido si es producto de su voluntad, cuya determinación fundamental es la libertad o la libre autodeterminación como presupuestos de capacidad de culpabilidad (Cancio Meliá, 2001).

Que la imputación abarque no solo aquellos hechos dolosos o queridos por el agente, sino también aquellos que bien pudieron ser ejecutados por el agente o hechos culposos, aquellos hechos sobre los que el agente tenía tanto, la posibilidad, los medios o mecanismo para prevenirlos (Cancio Meliá, 2001).

La imputación objetiva describe aquel juicio por el cual determinado hecho surge como obra de un sujeto, o sea, la imputación no es más que el intento de delimitación entre hechos propios del agente y acontecimientos puramente accidentales. Todos aquellos





esfuerzos doctrinarios que buscan definir al juicio de imputación como mero juicio de casualidad no tienen cabida en la moderna teoría de la imputación objetiva.

Para él, la acción y sus consecuencias construyen una totalidad unida por la voluntad rectora que le confiere significado teleológico; por tanto, la imputación como un juicio sobre el hecho no es, consecuentemente un juicio puramente causal, sino teleológico. (Prado & Méndez de Carvalho, 2007).

Criterio teleológico con el que se busca redireccionar determinado acontecimiento a la voluntad personal, es decir; son imputables aquellos hechos fácticos sobre los que hubo oportunamente la posibilidad de dirección por la voluntad del agente.

A través de su teoría de la imputación objetiva, busca la perseguibilidad objetiva de la finalidad, es decir, para establecer la atribuibilidad o responsabilidad penal a una persona no basta determinar la relación de causalidad, sino que es necesario establecer parámetros normativos aplicables a la imputación.

Honig se propone en sus estudios demostrar que el propósito de la teoría de la imputación objetiva es deslindar el significado que tiene la relación de la mera causalidad dentro del ordenamiento jurídico. Honig, emulando los ejemplos de Traeger, trae al análisis el caso ya muy conocido hasta nuestros días, del sobrino que manda a su tío al bosque en medio de una tormenta para que este muera alcanzado por un rayo.

Honig busca complementar la causalidad –que es una categoría del ius naturalismo– “mediante la categoría normativa de la imputación objetiva, caracterizando al resultado como el objeto de la imputación y al actuante como el sujeto: el resultado de la acción debía ser imputable al autor”, estudio que incluso después sería estudiado por Engisch en 1931.



Engisch coincide en sus estudios con mucho de lo realizado por Honig, pero da un paso más, puesto que supera la simple teoría de la adecuación, la misma que se conforma con la sola previsibilidad del resultado. Es decir; retomando el caso del sobrino que manda a su tío al bosque en medio de una tormenta para que lo alcance un rayo, este no es responsable penalmente, puesto que haber motivado a su tío a que salga en medio de esa tormenta para que lo alcance un rayo, es una conducta socialmente aceptada, por tanto, no constituye objetivamente el tipo de homicidio o de lesiones por el alcance de dicho rayo (Schünemann, 2002).

Conforme explica el profesor español José Cerezo Mir, en su obra Curso de Derecho Penal español, Honig a diferencia de Larenz, apunta la aplicación de la imputación al resultado y no al comportamiento como único análisis de la norma, así mismo, sin alejarse de su antecesor concluye que la imputación del resultado es atinente al concepto de acción (1998, p.102-103).

Para la imputación objetiva es fundamental que todo lo que se analiza en un hecho concreto, como proveniente de la causalidad, debería ser tomado mediante los criterios aportados por el ordenamiento jurídico, juicio de imputación que dependerá de *¿cómo el hombre finalmente actúa sobre la naturaleza para ponerla al servicio de sus pretensiones?*

A decir de Prado Méndez de Carvalho “la finalidad objetiva, unida a la causalidad, proporciona el fundamento necesario para dotar de sentido la conducta humana. Los resultados producidos de modo puramente fortuito no podrán ser imputados al sujeto, porque se encuentran fuera del ámbito de la finalidad objetiva” (2007, p.48).

Imputación *ex post* que tiene por objeto analizar la dominabilidad de un curso causal por la voluntad humana y determinar la responsabilidad determinando que ese acto es de obra del agente, es decir; la finalidad debe ser concebida de manera objetiva.



Honig al igual que todos quienes hacen y han hecho dogmática penal, busca mediante la teoría de la imputación objetiva dar respuesta al juicio de atribuidibilidad de lesión de un bien jurídico hacia un individuo como de obra suya. (Vásquez, 2016).

Se puede decir, que hasta antes de la segunda guerra mundial, son Larenz y Honig, quienes sientan las bases de esta teoría. La primera aproximación la hace Larenz quien planteó la teoría de la imputación, teniendo como punto de partida la teoría de la imputación propia de la filosofía del derecho de Hegel.

Los criterios vertidos por Larenz y Honig, buscan corregir ese amplio espectro de actuación de la causalidad, la cual a decir de Zaffaroni (2002), recae en las regresiones causales absurdas. Buscando que la imputación se dirija hacia los delitos culposos, lo cual permite el desarrollo de un juicio de valor sobre un hecho jurídico penalmente relevante<sup>9</sup>; de acuerdo con Elena Larrauri “surge como un intento de restringir la ampliación a que había conducido la concepción de la acción causal”. Superando de este modo los postulados de Hegel. (2002. P. 85).

La teoría de la imputación objetiva como producto estelar del funcionalismo, aparece como contra respuesta al finalismo, recibiendo críticas por parte de algunos finalistas, en especial de su fundador Hans Welzel, posturas que sostienen que es imposible desarrollar una teoría general de la imputación objetiva; puesto que esta no logra abarcar aquellos casos llamados difíciles donde toca abordar la existencia del dolo.

De acuerdo con Alfonso Reyes Echandía (2002), para los finalistas, la imputabilidad es tanto como capacidad de culpabilidad, que a decir de Welzel posee un momento

---

<sup>9</sup> Juicio de valor que está plasmado en nuestro Código Orgánico Integral Penal en el art. 22 que dice: “Conductas penalmente relevantes. - Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables. No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales”.



cognoscitivo y uno de voluntad, pues solo ambos momentos coetáneamente constituyen dicha capacidad de culpabilidad; culpabilidad que implica la posibilidad de autodeterminación del autor.

Culpabilidad entendida como capacidad del autor, para lo cual es fundamental tener en cuenta dos factores: a) capacidad para entender lo injusto del hecho<sup>10</sup>, y b) para determinar su voluntad conforme a esa comprensión.

El finalismo de Welzel también surge como respuesta superadora del causalismo naturalista, ya que este no resolvía las cuestiones atinentes a los delitos culposos, pues en los mismos tipos dolosos debió aplicar criterios de adecuación propuesto por el esquema neokantiano como un esquema valorativo de mucha importancia, así por ejemplo mediante este esquema no podría ser responsable penalmente el caso del sobrino que manda a su tío al bosque en medio de una tormenta.

Parafraseando a Eugenio Raúl Zaffaroni, el finalismo abre el camino para la solución por vía del dolo, sin desconocer que el tipo objetivo es el núcleo del objeto real de todo el delito (2002). Desde esta perspectiva, para Welzel, la comisión por acción y por omisión son dos categorías de la conducta típica, que pueden ser ejecutadas o dirigidas por la voluntad humana<sup>11</sup>.

En resumen, si el agente actúa con la voluntad de producir el resultado prohibido es suficiente para un juicio de imputación. De tal modo que el análisis de la presunta responsabilidad gira en torno a la existencia del dolo, a decir de Zaffaroni:

---

<sup>10</sup> Es decir, capacidad para entender el llamamiento de la norma.

<sup>11</sup> Uno de los inconvenientes no resueltos del todo, radica en los delitos de omisión; puesto que la teoría finalista del sujeto o del agente, no es del todo clara en este tipo de conductas. Por cuanto la persona puede ser castigada por no haber podido evitar el resultado. La interrogante que surge aquí es ¿qué hubiese pasado ante los ojos del finalismo, si el sujeto efectivamente ejecuta la acción, no obstante, esta no logra detener el resultado?



[...] aunque este solo sea resultado de una creencia infundada del agente, porque la producción fuese imposible o porque se trate de una verdadera tentativa supersticiosa, e incluso aunque los elementos del tipo solo fuesen imaginarios, lo que permite prescindir de la causalidad en el injusto o relevar comportamientos en que la causalidad no estuviese probada (o lo estuviese sin suficiente nivel de certeza), pues el resultado pasa a ser una mera condición de punibilidad o de mayor punibilidad [...] (2002, p. 242)

Welzel desde los años treinta fustigó la ineficacia del causalismo mediante la doctrina final de la acción, no obstante, y a decir del profesor español Santiago Mir Puig –funcionalista español-, “aunque se opuso radicalmente al causalismo, no lo combatió básicamente en el ámbito del tipo objetivo, sino desde la teoría de la acción.

Ello contribuyó a mantener la discusión sobre las limitaciones de la causalidad en un terreno ontológico previo a la valoración jurídica” (2003, p. 2). Más allá de las diferencias y eternos debates que hay, y habrá sobre su prevalencia y eficacia en el mundo jurídico. Los estudios de Welzel poseen especial lugar en el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, a partir de la formulación de la conocida teoría de la adecuación social, la cual posteriormente es tomada por Roxin.

Para lo cual Welzel parte de dos reflexiones de principio: “por un lado, su argumentación se inscribe —de modo paralelo a lo que cabe decir del desarrollo de Larenz— en el marco de la crítica que formula frente a la concepción "naturalista-causal" de la acción y del bien jurídico” (Cancio Meliá, 2001, p. 37).

Según Welzel, en el diario vivir, en la vida social habitual, todas las personas estamos expuestas a que nuestros derechos sean vulnerados, expuestos al peligro y consecuentemente a que se dañen los bienes jurídicos tutelados por el estado, sin que ello



posea relevancia jurídico penal alguna, siendo la adecuación social “el concepto en el que se refleja la inserción del Derecho Penal en la sociedad” (Cancio Meliá, 2001, p. 38).

Afirma a lo largo de su obra, que podían resolverse los siguientes casos a través de la adecuación social, así, por ejemplo:

El sobrino que manda a su tío rico a realizar un viaje en tren con la esperanza de que éste muera; plantar una belladona en el bosque con la esperanza de que alguien la ingiera y muera por ello; las amenazas con medios adecuados al tráfico; el coito realizado con una mujer aquejada de una enfermedad pulmonar con la intención de que muera durante el embarazo; los pequeños presentes que habitualmente se entregan a los carteros en la época de Navidad; el "riesgo permitido" en aquellas actividades peligrosas que tienen unas reglas fijas (competiciones deportivas; fábricas peligrosas); limitaciones de la libertad de movimientos en el tráfico de masas, etc. (Cancio Meliá, 1993, p. 702).

Welzel, para el desarrollo de la teoría de la adecuación social, primero la plantea teóricamente, y luego adecuó algunos ejemplos ut supra, -aunque no todos caben dentro de esta teoría-, concepción que queda referida al contenido normativo social del tipo. Esta teoría facilitó junto a los presupuestos de Honig, alcanzar presupuestos sistemáticos para la construcción de una estructura dogmática funcional.

Una de las cosas que cuestiona el funcionalismo de esta teoría de la adecuación social, es que Welzel ha tenido que reformularla llegando incluso a tres fases, puesto que resulta difícil que este abarque todos aquellos casos donde se analiza la existencia o no del dolo como presupuesto de la responsabilidad penal.

Ejemplos que a decir de sus críticos terminan siendo incompletos, puesto que dichos casos, como el del sobrino que incita al tío a que salga en medio de la tormenta, no es



siquiera un caso típico, más allá de las consideraciones sobre si hubo o no el dolo por parte del sujeto activo. Es así, que la figura o elemento de la teoría de la imputación objetiva conocida como “*del riesgo permitido*” es la que más se acerca a la teoría de la adecuación social de Welzel.

Por tanto, podríamos decir que Welzel es quien preparó el camino para la posterior construcción de la moderna teoría de la imputación objetiva –aspecto que no comparten algunos finalistas-, puesto que le atribuye desde ya, una función sistémica en el tipo objetivo.

De acuerdo con el profesor español Manuel Cancio Meliá, lo relativo al alcance de la teoría de la adecuación social de Welzel, se presenta como la piedra del toque del lado subjetivo del delito en dos direcciones:

En primer lugar, debe cuestionarse si la posición preeminente de la finalidad en la teoría de la acción en Welzel conduce a la identificación de la adecuación social, en cuanto concepto normativo-social, con la finalidad (el dolo), de modo que, por tanto, la adecuación social se transmite o sustituye psíquicamente. De ser esto así, la adecuación social sufriría una subjetivación no desaparecería detrás del dolo. En relación con ello y, en segundo lugar, debe examinarse si el carácter primario del delito doloso aparta a la adecuación social (si se constata que ésta realmente quedaba planteada en sentido normativo-social) hacia los delitos imprudentes. (Cancio Meliá, 1993, p.717).

Roxin desarrolla la llamada *teoría del incremento del riesgo*, teniendo como punto de partida lo hecho por Honig; considera que solo puede ser imputable aquel resultado obtenido mediante el ejercicio de la voluntad, de allí que Roxin considera que los



resultados que no fueron previsibles o dirigibles por la voluntad no son típicos, lo cual no difiere de lo referido por Aristóteles respecto de la voluntad como *conditio sine qua non* para la ejecución de determinada acción. Es decir, en la *Ética nicomáquea*, ya se empezó a construir una teoría aristotélica de lo que hoy conocemos como imputación.

Roxin, quien es considerado como un autor de raíces neokantianas<sup>12</sup> (Mir Puig, 2003), en el desarrollo de sus estudios procura enlazar los postulados del derecho penal con los postulados de la política criminal, con lo cual sistematiza y desarrolla las categorías dogmáticas de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, analizadas con criterio teleológico de la pena. Entendiendo que el bien jurídico tutelado por el estado, es aquel que resulta relevante y útil no solo para el individuo, sino también para la sociedad.

Su teoría de la imputación objetiva no es soberbia con la causalidad, sino que sirve de complemento a la misma, tal es el caso, que Franz von Liszt, resolvía en su momento los problemas de la teoría de la imputación objetiva a través de la causalidad; a decir de Zaffaroni el primer antecedente de la imputación objetiva es la misma teoría de la causalidad (2002, p. 243).

Para el profesor emérito de Múnich, es importante desterrar el lastre del positivismo jurídico para desarrollar los elementos de la imputación objetiva, pues, “el positivismo, como teoría jurídica, se distingue porque destierra de la esfera de lo jurídico las dimensiones de lo social y de lo político” (Roxin, 2002, p. 41). De allí que él busca afinar la política criminal a la ciencia jurídica del derecho penal como una unidad dialéctica, más allá de las diferencias que puedan resultar irreconciliables.

---

12 Si bien la teoría de la imputación objetiva posee raíces neokantianas, cabe indicar, que Larenz, es un civilista y filósofo neohegeliano. Fundamentación hegeliana que se haya presente también en el pensamiento de Jakobs





Parafraseando a Manuel J. Arias Eibe, Roxin busca sistematizar, desarrollar y reconstruir las categorías dogmáticas de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad bajo el prisma de su función político criminal que no es un sistema cerrado y más bien abierto a la solución de los distintos casos concretos que la sociedad nos presenta.

De tal manera que su mundialmente conocida teoría de la imputación objetiva no surge para desterrar del mundo jurídico a la causalidad ni para reemplazarla, sino para perfeccionar la imputación en el marco del tipo objetivo, y la vez alejándose del *relativismo valorativo neokantiano*, caracterizado por el extremo normativismo vinculado a los tradicionales elementos ontológicos (2006, p. 440-446).

El emérito profesor alemán, considera que la imputación al tipo objetivo solo constituye un problema de la parte general del derecho penal, a decir de él, cuando estamos frente a uno de los delitos llamados de mera actividad, por ejemplo, en nuestro medio, el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, perjurio; la imputación al tipo objetivo se agota en la subsunción a los elementos del tipo penal.

Lo cual no acontece en los delitos de resultado, en los que cabe analizar si existe la real “lesión del objeto de la acción”, así por ejemplo ¿Cómo demostrar que la aplicación de un determinado medicamento es el que efectivamente causó la muerte de un paciente con una enfermedad terminal?, es decir; no toda causalidad es determinante de una responsabilidad penal.

Roxin desarrolla criterios normativos de imputación que terminan siendo claves para examinar si en un caso concreto se puede atribuir la responsabilidad a una persona en el marco del examen de la responsabilidad penal: acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad; mismas que proporcionan un considerable grado de orden y de principios



comunes, los mismos que al ser sistemáticos están sujetos a la evolución en cuanto a su contenido (Roxin, 1997).

Desde esta óptica tenemos que estas categorías en países como el nuestro, que posee un escaso estudio y desarrollo de la dogmática jurídico penal, permite señalar límites y definir conceptos, pero sobre todo desterrar la irracionalidad, arbitrariedad o improvisación, así por ejemplo, la pobreza en el desarrollo de la dogmática penal se mide en el nivel de improvisación de las sentencias de nuestros jueces.

Esta teoría constituye una garantía que impide la interpretación y aplicación arbitraria de la imputación y la sanción, y el filtro por el cual la conducta va a ser analizada. Su primer objetivo dentro de un caso concreto, es determinar la viabilidad o no de la tipicidad, lo cual se erige como exigencia propia de un estado constitucional de derechos y de justicia<sup>13</sup>. Esta circunstancia está vinculada al principio de legalidad, que no deja de ser la columna vertebral de nuestro derecho penal y que posee rango constitucional<sup>14</sup>.

Es decir, si estamos frente a una acción humana, es necesario analizar la tipicidad y luego la antijuridicidad –nunca al revés-, pues esto permite por ejemplo desde la titularidad de la acción penal elaborar una imputación penal dotada de certeza. Luego la culpabilidad y demás presupuestos de punibilidad.

---

13 El art. 1 de la CPR brinda esta especial caracterización a nuestro modelo de estado así: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible”

14 Art. 76. 3 CPR: Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento



Para lo cual es importante una valoración de sustrato material proporcionado por la imputatio, es decir la determinación del sentido social de un comportamiento (juicio axiológico), lo que permite dar una acción la propiedad de penalmente relevante, pues la acción no puede ser vista como un concepto independiente y desordenado.

Lo cual da lugar a la conocida teoría del incremento del riesgo elaborada por Roxin, en la que, partiendo del resultado, lo importante es saber si la conducta del agente creó o no un riesgo jurídico penalmente relevante de lesión típica a un bien jurídico tutelado.

Hacer una imputación sin seguir una secuencia lógica de estos presupuestos ut supra, puede conllevar a quien imputa el cometimiento de una infracción penal, hacerlo de manera sesgada o arbitraria, y al juzgador a tomar decisiones desacertadas.

A decir de Roxin (1997), esto permite una “economía del razonamiento”, es decir, si no estamos ante una conducta típica, ya no es necesario analizar la antijuridicidad sea formal o material, o la culpabilidad, o si concurre una causa de justificación ya no hay necesidad de agotar todo el sistema investigativo penal, sino prescindir de la misma.

De acuerdo con este tema de investigación, si estamos frente a una persona que médicamente queda demostrado que padece de consumo crónico de drogas como causa de justificación, debe racionalizarse el uso de titularidad de la acción penal, mucho menos someter a esta persona al escarnio de la investigación penal.

Cabe acotar que este pensamiento sistémico no puede abarcar todo el mundo jurídico penal, siendo el mejor método a aplicar, el de atender al caso en concreto; pues no podríamos decir que el pensamiento sistémico se puede aplicar uniformemente, tanto para delitos dolosos como culposos.

Así, por ejemplo en los delitos de resultado, lo más importante es determinar los resultados causados por la realización de un riesgo antijurídico, su imputación objetiva



busca superar los rezagos de la causalidad adecuada y de la causalidad relevante. No obstante, estas modalidades de imputación, guste o no, permitieron iniciar lo que hoy conocemos como teoría de la imputación.

A decir del profesor español Enrique Gimbernat Ordeig, la teoría social -cuyo protagonista es la imputación objetiva-, triunfa por sobre la teoría causalista y finalista del delito, que había tenido prevalencia en la década de los cuarenta y cincuenta (2002).

A mediados de los años sesenta, la teoría social sostiene que hay que dejar a un lado las teorías ontológicas, de la naturaleza de las cosas y de estructuras lógico-reales, puesto que el concepto de acción tan debatido y analizado desde Aristóteles hasta nuestros días, es útil para el derecho penal si se lo entiende como un concepto normativo.

A decir de Gimbernat Ordeig, al concepto de acción lo caracterizan:

“elementos tales como la “dominabilidad” o la “evitabilidad”, elementos que solo tienen sentido si se les pone en relación con resultados típicos (que son los que han de ser dominables o evitables, con lo que –como se reconoce expresamente quedan excluidos del campo de la acción todos aquellos comportamientos que no son delictivos” (2002, p. 324).

Posterior, aparece la imputación objetiva de Günther Jakobs, quien desde el funcionalismo radical se opone a los postulados de su maestro Welzel. Considera necesario construir la imputación objetiva desde una óptica profundamente normativista, donde la pena cumple un rol de prevención general positiva.



Jakobs para desarrollar sus estudios, acude a los aportes –definición del derecho como sistema- de Niklas Luhmann<sup>15</sup>, aunque muchos de sus críticos sostienen que el pensamiento de Hegel es preponderante en sus estudios.

Jakobs sostiene que aquella concepción que dice que el derecho penal protege bienes jurídicos termina siendo insuficiente a los fines del derecho, el grafica esto con algunos ejemplos: la muerte por senectud constituye la pérdida de un bien, pero que un anciano muera producto de una puñalada de un asesino es una lesión de un bien jurídico, es decir:

[...] el derecho penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino para la protección de bienes contra ciertos ataques, y sólo en lo que se refiere a esta protección los bienes aparecerán en la lente del derecho, y serán, por consiguiente, bienes jurídicos [...] (2003, p. 42)

Mantiene una posición mucho más radical dentro del funcionalismo, argumenta que su método de imputación objetiva posee mayor facilidad para adecuarse sistemáticamente a los distintos cambios normativos. A decir de Schünemann:

[...] El método puramente normativista de Jakobs, que rechaza cualquier delimitación descriptiva (descalificada por el como naturalista) de los conceptos dogmáticos, se remite para la interpretación de los conceptos exclusivamente a la funcionalidad sistemática en relación al sistema que en cada momento se utilice como Derecho positivo [...] (1996, p. 206-209).

---

<sup>15</sup> En el pensamiento de Hegel y Luhmann no existe mayor diferencia en lo referente a la función de la pena, pues se trata de la negación de la negación.



Jakobs plantea que el derecho no es un “muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino el derecho es la estructura de la relación entre personas”, lo cual significa que el derecho penal, que busca proteger bienes jurídicos; significa, que una persona titular de estos bienes es protegida frente a los ataques del agente que busca o ya lesionó sus bienes. (2003, p. 42).

Que dicha lesión es una manifestación de voluntad exterior y que por tanto es evitable, es decir, el comportamiento, en cuanto suceso psicofísico, debe ser objetivamente imputable, evitable y culpable.

Todo lo visto en este acápite nos permite concluir entre tantas cosas, que la moderna teoría de la imputación objetiva, exige proyectar sus valoraciones sobre la vertiente objetiva de los tipos penales, lo cual le otorga actualmente una función muy distinta a la *imputatio stricto sensu*, siendo importante la determinación de contenido social de un determinado comportamiento lesivo a un bien jurídico protegido por el estado.

Esta debe ser apreciada de manera conglobante como un “conjunto de criterios de atribución de sentido social a una acción independiente del concepto de acción” (Prado & Méndez de Carvalho, 2007, p. 76-77).

Con lo cual, ya no solo cabe analizar, si un determinado hecho fáctico es realizado por A o B persona, sino valorar este hecho, incluyendo o excluyéndolo en los tipos por razones normativas, es decir circunscribir la imputatio al tipo objetivo, capaz de diferenciar los hechos fácticos considerados penalmente relevantes de los no relevantes y aplicar un juicio axiológico.

Además, que la teoría de imputación objetiva no se trata de una teoría nueva, sino que viene construyéndose a lo largo de cientos de años. Y, por otra parte, de acuerdo con el



profesor colombiano Yesid Reyes Alvarado (2005), no constituye un cajón vacío donde se pretenden reunir todos los problemas que no poseen una ubicación sistemática clara.

### 1.3. Elementos de la imputación objetiva

La imputación es trascendente para la parte general del derecho penal, a decir de Roxin, esta se presenta como el “más fino producto de la dogmática del derecho penal” (1981, p. 82), pues lo más discutido dentro de un proceso penal es la atribuibilidad de un resultado. Si bien, desde la causalidad una acción puede lesionar un bien jurídico; desde el derecho penal ese resultado, no necesariamente debe ser atribuible al autor, como generador de responsabilidad penal, para lo cual indefectiblemente tenemos que acudir a la imputación objetiva.

A efectos de esta investigación, vamos a analizar los elementos de la imputación desde el funcionalismo propuesto por los dos mayores representantes del funcionalismo y de la teoría de la imputación objetiva, que son los profesores alemanes Claus Roxin y Günther Jakobs, debiendo indicar que más allá de debates y diferencias, también existen puntos donde convergen ambos autores.

*Roxin* procura en términos generales, que los presupuestos o categorías dogmáticas de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad deben sistematizarse y desarrollar bajo la égida de la función político criminal, siendo fundamental el desarrollo de la teoría del nexo causal<sup>16</sup> como fundamento de toda imputación.

---

16 El nexo causal como presupuesto de atribuibilidad penal se encuentra desarrollado en nuestra legislación penal en el art. 455 del COIP, que dice: “Nexo causal. - La prueba y los elementos de prueba deberán tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada, el fundamento tendrá que basarse en hechos reales introducidos o que puedan ser introducidos a través de un medio de prueba y nunca, en presunciones”



Roxin desarrolla la imputación objetiva a partir de la teoría del riesgo, genéricamente plantea tres elementos y utilizando parámetros negativos de valoración concluye que si se configuran uno de estos se excluye la imputación, estos se establecen de esta forma:

**a) La creación del riesgo no permitido.** - A decir del profesor ecuatoriano Fausto Vásquez “el riesgo creado por el sujeto es el que se ha creado o concretado en el resultado” (2016, p. 97), es decir; que el resultado afectante de un bien jurídico es atribuible al autor siempre y cuando la acción creadora del riesgo afecte un bien jurídico, que dentro de lo expuesto por Roxin no solo sea relevante para la víctima sino dentro de la sociedad.

Roxin sostiene que “un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un *riesgo permitido* y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto” (1997, p. 363), así por ejemplo en el caso del sobrino que manda a su tío al bosque en medio de una tormenta para que muera impactado por un rayo, carece de por sí de la acción homicida, puesto que enviar al bosque a una persona en esas condiciones no crea un peligro jurídicamente relevante para matar a alguien, este caso si quiera queda en el campo de la tentativa. La imputación va dirigida a hechos atribuibles a una persona dentro del campo de la certeza y no el de las probabilidades.

Ya en los años sesenta Gimbernat Ordeig describe como equívoca la ubicación del análisis de aquellos acontecimientos imprevisibles en el campo de la acción, al respecto dice:

[...] la ubicación sistemática del problema de las causaciones imprevisibles en el ámbito de la acción. Tanto la teoría final de la acción como la teoría social de





la acción "atribuyen —escribía Gimbernat— al concepto de la acción —sustituyendo así el dogma causal por el de la acción— la misión que antes se había encomendado al concepto de causa: la determinación de la acción típica. Sin embargo, las teorías de la acción cometen exactamente los mismos errores que las de la causalidad; lo que no debe sorprender: los dos grupos de teorías descansan sobre la misma idea inexacta: allí donde ya ha fracasado un concepto ontológico (el de la causalidad), no puede dar resultados positivos otro de la misma naturaleza (el de la acción), ya que: centro de gravedad del tipo, que presupone una valoración, puede ser solamente un concepto normativo [...] (Mir Puig, 2003, p. 4)

Gimbernat, habla de una reprochabilidad objetiva, lo cual permite ubicar con mayor solidez aquellos casos imprevisibles en la órbita de la imputación objetiva, así:

1) La exclusión de los resultados imprevisibles se debe a que los mismos no pueden ser objetivamente desvalorados como antijurídicos porque el Derecho no puede razonablemente esperar ni siquiera de una persona prudente (baremo de la antijuridicidad) que evite aquello con lo que no puede contar;

2) No sólo no son típicas las acciones que producen efectos imprevisibles, sino que tampoco lo son las que, aun siendo peligrosas están cubiertas por el riesgo permitido. Para Roxin, el riesgo permitido implica, que, si bien una conducta humana genera un riesgo relevante para los bienes jurídicos tutelados, estos al no estar impedidas no generan imputación alguna, así por ejemplo los casos de conducción en todo tipo de tráfico existente (Barrera, 2007).

3) Por ello, la inobservancia de la diligencia debida es un elemento del injusto típico no sólo en los delitos imprudentes, sino también en los dolosos;



4) Además de la infracción del deber de diligencia y de la causación del resultado típico, el tipo requiere que el resultado sea precisamente uno de los que la norma quiere impedir (el fin de protección de la norma como criterio de imputación). (Mir Puig, 2003).

Es necesario indicar que existe exclusión de la imputación en caso de **disminución del riesgo** cuando el autor modifica el curso causal a fin de aminorar el peligro existente para la víctima, mejorando la situación del objeto de la acción, Roxin en sus obras grafica el siguiente ejemplo:

[...] Quien ve cómo una piedra vuela peligrosamente hacia la cabeza de otro y, aunque no la puede neutralizar, si logra desviarla a una parte del cuerpo para la que es menos peligrosa, a pesar de su causalidad no comete unas lesiones, al igual que tampoco las comete el médico que con sus medidas sólo puede aplazar la inevitable muerte del paciente [...] (1997, p. 365)

Para este tipo de casos no es suficiente acudir a la teoría de la adecuación, ya que el curso causal que modifica el resultado es previsible para el agente y a veces pretendido por este, de acuerdo con este presupuesto debe excluirse la imputación del resultado, puesto que sería absurdo prohibir acciones que no empeoran, sino que mejoran el estado del bien jurídico en riesgo tutelado por el estado.

Situación distinta acontece para el caso que alguien no debilite un peligro existente, sino que lo sustituye por otro, cuya realización es menos dañosa para bien jurídico que está en peligro<sup>17</sup>.

---

17 Aquí el autor realiza acciones típicas de un delito, que le son imputables como realización del tipo, pero puede estar justificado por consentimiento presunto o por el estado de necesidad.



Pero eso presupondría que se empezará por considerar la aminoración del riesgo como lesión del bien jurídico típica de un delito, y eso es precisamente lo que falta. Y efectivamente, la exclusión de la imputación en caso de aminoración del riesgo se ha impuesto rápidamente.

A decir del profesor Darío Sancinetti, uno de los tópicos que ha merecido análisis es el referente a los *cursos casuales hipotéticos* como causa de imputación o exclusión de la misma:

[...] si la responsabilidad por una acción que causa un resultado adecuado al tipo de una ley penal (p. ej., la muerte de un hombre) puede quedar excluida por completo –y, si no, al menos disminuida–, por la circunstancia de que, al momento de la realización de la acción, ya existiera un curso causal que habría causado el mismo resultado, si no hubiera sido por la acción del autor, la cual, al poner la condición que produjo el resultado, anuló simultáneamente el primer curso causal que quedó reducido así a una hipótesis, curso hipotético éste que, según una prognosis razonable, habría podido producir el mismo resultado con una probabilidad de realización ex ante igual o mayor a la que generaba la acción que realmente terminó causando el resultado o bien que habría podido producirlo incluso con una probabilidad rayana en la certeza [...] (2007, p.1)

En cuanto a la creación del riesgo y la causalidad hipotética, este es un tema poco abordado en nuestro medio, el criterio mayormente adoptado es el de Roxin que nos dice: “la imputación de una realización antijurídica del tipo no puede excluirse porque estuviera dispuesto un autor sustitutivo, a que en caso de fallar el agente hubiera asumido el hecho (principio de asunción)” (Díaz Aranda, 2006, p. 498).



Es decir: A roba a B quien poseía mucho dinero en su poder, iba con joyas de oro en un barrio peligroso de la ciudad, A es detenido por dos policías en situación de flagrancia. A no puede alegar inimputabilidad bajo el argumento, que, debido a las circunstancias de A, irremediablemente le iban a robar otras personas.

Al respecto, existe un criterio mayoritario, de que esta causalidad hipotética no excluye de la responsabilidad. Puesto que la imputación no se la puede hacer armando probabilidades.

Existe un criterio mayoritario, que dice, que si el riesgo es el mismo, si existe una variación irrelevante que no afecta el curso causal, no se puede atribuir responsabilidad a quien ejecuta esa mínima variación en resultado que es previsible. No obstante, Jakobs, considera fundamental este planteamiento a fin de reconocer atenuantes, es decir a efectos de graduación de la pena.

**Aumento o falta de aumento del riesgo permitido.** - En este caso si el resultado final se presenta como la realización de un peligro creado por el autor se entiende que existe responsabilidad, no obstante, Roxin nos dice que la responsabilidad puede desvanecerse excepcionalmente, si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones, para lo cual grafica este ejemplo:

[...] A incita a B a que haga una escalada al Himalaya, en la que éste —tal como A había previsto— sufre un accidente mortal, entonces no sólo A ha causado la muerte de B, sino que en la muerte de B también se ha realizado un peligro causado por A. Y sin embargo A no ha cometido una acción punible de homicidio, puesto que si según el Derecho [alemán] vigente es impune incluso la incitación al suicidio, con mayor razón aún ha de ser impune la incitación a



una mera autopuesta en peligro, que es de lo que aquí se trata [...] (Roxin, 1997, p. 364).

Bajo esta perspectiva, la responsabilidad penal, no se extiende a la evitación de autopuestas en peligro dolosas, con lo cual no se puede imputar el resultado al incitador.

Existen casos en los que la actuación del actor no es imputable, si este ha creado un riesgo jurídicamente relevante si se trata de un riesgo permitido, concepto que ha sido utilizado para múltiples ocasiones, pero así mismo, a decir de Roxin (1997), carece de total claridad. Puesto que esta suele ser descartada en determinados delitos dolosos, pero se le suele reconocer como causa de justificación en delitos imprudentes, con lo que se excluye la imputación al tipo objetivo.

Un típico ejemplo de riesgo permitido es el hecho de conducir un vehículo todos los días, pero si este chofer conduce ebrio y a exceso de velocidad quebranta este riesgo permitido y hace imputable el resultado –de lesiones o de muerte- como acción típica. En esta categoría se encuentran todo tipo de tráfico público, el funcionamiento de las fábricas o industrias, la práctica de ciertos deportes en especial los de contacto, las intervenciones médicas curativas, etc.

**b) Realización del riesgo no permitido.** - Para la imputación al tipo objetivo, es necesario que se haya ejecutado aquel riesgo no permitido por parte del autor. A decir del maestro Roxin: “la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo” (Eduardo Franco Loor, 2016, p. 222).

A decir de la mayor parte de la doctrina, es necesario que no solo exista la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, sino, que también se establezca al autor la



realización de dicho resultado lesivo del bien jurídico. Engisch sostiene que “a nadie se podría atribuir un resultado, si no era producto de un riesgo jurídicamente desaprobado que se hubiera realizado en el resultado, con lo cual la doctrina comenzó paulatinamente a distinguir entre la creación y la realización de riesgos” (Reyes, 2005, p. 205).

La imputación objetiva en Alemania experimenta su mayor desarrollo a partir de la reconocida sentencia en la que la Suprema Corte ratifica inocencia al conductor de un camión a quien se imputó la muerte de un ciclista, el cual cayó bajo las ruedas traseras de su vehículo, cuando el chofer hizo una maniobra de rebasamiento a otro vehículo sin respetar reglamentariamente las distancias mínimas de rebasamiento, no obstante de las investigaciones se pudo constatar que el ciclista se encontraba ebrio. De tal manera que no podía descartarse, que aun el chofer tomando las distancias necesarias para rebasar, dicha ebriedad del ciclista no garantizaba que ese accidente no iba a ocurrir.

En este caso el Tribunal Federal de Justicia –Bundesgerichtshof- determinó que es incuestionable la existencia de la causalidad, en cuanto, que sin esa maniobra de rebaso del chofer, el ciclista no hubiese caído debajo de las llantas del camión, no obstante la “causalidad en sentido penal” debe ser negada, puesto que no estaba del todo claro si la muerte del ciclista se produce por la maniobra del chofer sin respetar la distancia para rebasar, o por la conducción en estado de embriagues del ciclista –la víctima-, que cayó debajo de las ruedas del camión (Reyes, 2005, p. 207-210).

Existen casos en los que queda excluida la responsabilidad -considerados dolosos-, por ejemplo: A lesiona con un arma a B, le causa graves lesiones, pero este fallece debido a un incendio que hubo en el hospital donde era atendido, en este caso el agente responde por tentativa de homicidio o asesinato -según sea el caso-, pero no por la muerte que sobrevino de ese incendio (Roxin, 1997).



Para llegar a esta conclusión, Roxin nos dice:

[...] Y esto no es, como cree la opinión tradicional, un problema de dolo, sino una cuestión de realización del tipo objetivo. El examen de la realización del peligro es previo, de tal manera que el curso de los hechos realmente producido debe medirse en un segundo juicio de peligro que hay que efectuar tras concluir la acción del autor [...]

El profesor Mejicano Enrique Díaz Arana sostiene, que pese a que el resultado de la conducta, que es la de disparar, coincide con el resultado de muerte, no se puede imputar a la ejecución del disparo la muerte por quemaduras, producto del incendio en el hospital (2006).

Existen circunstancias por las que se excluye la imputación si no existe la realización del riesgo no permitido. Existen ciertas conductas que están reguladas a fin de no generar riesgos que lesionen bienes jurídicos, no obstante, el debate surge cuando no hay la certeza de ese cumplimiento del deber, así, por ejemplo:

[...] el supuesto de los pelos de cabra china, en el cual un empresario francés importó pelos de cabra china y los entregó a las obreras para la fabricación de pinceles sin haberlos mandado a desinfectar como lo establecía el reglamento sanitario. Los pelos estaban infectados con bacterias de carbunco (ántrax) que fue transmitido a las obreras, muriendo cuatro de ellas [...] (Díaz, 2006, p. 507).

En este caso no se puede atribuir imputación al industrial, puesto que esta enfermedad era desconocida en toda Europa, y no existían protocolos sanitarios para evitar ese contagio.



**c) Fin de protección de la norma.** - Este elemento es el que mayor aceptación ha tenido dentro del desarrollo de esta teoría, nos indica que, si el resultado no es producido dentro del ámbito de protección de la norma, no se le puede imputar responsabilidad alguna, así se hubiera creado un riesgo jurídicamente desaprobado.

Roxin, secundado por Gimbernat Ordeig quien es considerado de los principales funcionalistas de España, plantean la teoría de fin de protección de la norma como un mecanismo de solución en los llamados delitos imprudentes, de allí que esta se plantea como “un complemento necesario de la teoría de la elevación del riesgo (López Díaz, 2005, p. 162-185).

Para determinar el ámbito de protección de la norma de cuidado, tenemos los distintos métodos de interpretación de la norma -en nuestro ordenamiento se establece dichos métodos<sup>18</sup>- con los que se determina ¿cuáles son los alcances de determinada disposición legal? Buscando que el resultado se ajuste al fin de “protección o evitación de la norma, reconocida como una formulación independiente de la imputación objetiva (Vásquez, 2016, p. 103).

Al respecto, Yesid Reyes nos dice que las normas que prohíben realizar obras peligrosas a los conductores de vehículos, no tienen por objeto proteger a las demás personas de infartos, producto del miedo o alteración de su sistema nervioso, consecuencia de una maniobra peligrosa de otro conductor (2005, p. 211-213).

---

18 Artículo 13 COIP. - Interpretación. - Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas:

1. La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.
2. Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma.
3. Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos.





Un caso así fue resuelto por el Tribunal Superior de Stuttgart (República Federal alemana) negando la responsabilidad penal de una persona, respecto de un infarto de miocardio (del cual la víctima posteriormente se recuperó) que sufrió la víctima de un leve accidente de tránsito debido a una crisis nerviosa debido al roce entre ambos carros, producto de la maniobra peligrosa del agente.

En este caso el tribunal estableció responsabilidad penal únicamente respecto de los daños materiales del carro de la víctima, más no del sobreviniente infarto, puesto que ello no está dentro del ámbito o esfera de protección de la norma.

Por otra parte, *Jakobs*, apuesta a una completa normativización de los conceptos básicos del sistema jurídico penal, proponiendo dos fundamentos para la imputación que opera tanto para los delitos de comisión como de omisión. La imputación objetiva se divide en dos niveles, que son los siguientes:

- 1.- La calificación del comportamiento como típico o imputación objetiva del comportamiento.
- 2.- La constatación en el campo de los delitos de resultado, de que dicho resultado producido queda explicado por el comportamiento objetivamente imputable (Vélez, 2000, p. 3).

A decir de Jakobs, en la teoría de la imputación objetiva actualmente se encuentran concretados elementos claramente identificables, que son los siguientes:

- 1.-Riesgo permitido;
- 2.- Principio de confianza;
- 3.- Prohibición de regreso o riesgo permitido en la participación;



Dejando un especial análisis para los casos de conocimientos especiales, que a decir del autor, una persona piensa en algo que no le compete, al menos no en ese contexto:

Un ejemplo: un ingeniero mecánico alquila un vehículo y por razón de sus conocimientos técnicos especiales, al finalizar el disfrute se da cuenta de que los frenos están defectuosos. En el momento de la devolución no dice una palabra; el siguiente usuario sufre un accidente, lo cual el ingeniero había considerado como bastante posible (Jakobs, 2004, p. 35)

Al respecto Jakobs nos dice que para establecer la imputabilidad no es suficiente la actividad psíquica, para ello es prioritaria la situación normativa, no existe responsabilidad del ingeniero mecánico, es más, si quiera posee dominio del hecho. El círculo de obligaciones pertenece a quien ofrece el alquiler de dicho vehículo. No se le puede exigir otra conducta al ingeniero que conocía este desperfecto:

“pues el dolo y la imprudencia individual son formas en las que se manifiesta un déficit de lo exigido objetivamente; ambas fundamentan el injusto no como hechos psíquicos individuales, sino como la expresión acaecida en el individuo de un defecto determinado objetivamente, o con otras palabras, no fundamentan un fallo individual, sino que son indicios en el individuo de una insuficiencia objetiva”

**El riesgo permitido.** - Esta hace referencia a todas aquellas conductas, que si bien constituyen un peligro de lesión a los bienes jurídicos y que son admitidas por la sociedad<sup>19</sup>, son toleradas cultural, social o económicamente; que inexorablemente llevan

---

<sup>19</sup> Como acontece con la utilización de medios de transporte, los avances científicos y técnicos, etc.



implícito un riesgo, o nos hace vivir en lo que la doctrina penal también ha denominado como *sociedad de riesgo*.

Sin embargo, “esos peligros de daño tienen límites que no deben ser sobrepasados, por consiguiente, cuando el hombre los supera, ese riesgo de mal, le es imputado objetivamente” (Pérez Pinzón, 2003, p. 128). A decir de Jakobs, la teoría del riesgo permitido posee como especial barrera, en lo inherente a los delitos de peligro en abstracto, la creación de patrones de criminalización de ciertas conductas, basada “en el criterio unidimensional de la protección de un bien.

La determinación de comportamientos de riesgo permitido debe encontrar límites racionales, por ejemplo, atendiendo igualmente a la esfera jurídica del autor potencial” (Manso, 2003, p. 450).

**Principio de confianza.** - Este permite que una persona en virtud de una actividad *per se* generadora de un cierto riesgo permitido posea la obligación de tener en cuenta los fallos de otras personas que participan en esa misma actividad. Principio que resulta indispensable, a efectos de la división del trabajo, como acontece en el campo de la medicina, en el que un médico principal delega funciones de confianza a demás personal, con el que está afrontando una intervención quirúrgica compleja, considerando que las demás personas son autorresponsables y actuarán acorde a una necesidad exigida.

Principio que de acuerdo con Pérez Pinzón (2003), concreta en la sociedad una relación *expectativa - no defraudaciones*, tomando en cuenta que la persona que actúa en el caso *ut supra*, debe actuar conforme a patrones o cánones de conducta que las demás personas esperan que lo haga, por ejemplo:



[...] existe la posibilidad de autoexcluirse de los deberes positivos de una institución mediante delegación de los mismos, pero siempre y esto debe ser subrayado- respetando los institutos liberadores de la imputación objetiva. Los padres pueden por ejemplo dejar a su hijo en un hospital, sin tener que controlar en todo momento las actuaciones médicas puesto que están cubiertos por el principio de confianza [...] (Sánchez, Vera, 2003, p. 281).

**Prohibición de regreso.** - De acuerdo con este elemento, los hechos cometidos dolosa o culposamente por una tercera o terceras personas no pueden ser atribuibles a quien hubiese facilitado la ejecución del mismo mediante el riesgo permitido. A decir del profesor de Bonn, demostrada la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, se requiere además una realización del riesgo, es decir que el mismo riesgo creado inicialmente, se concrete en la producción del resultado lesivo.

Además, que criterios como el del fin de protección de la norma de diligencia, la elevación del riesgo y el comportamiento doloso o gravemente imprudente de la víctima o un tercero, sirven para saber cuándo se trata de la misma relación de riesgo y no de otra con distinto origen, no atribuible a quien ha creado inicialmente el peligro desaprobado (1996, p. 24 y ss.).

Su aplicación se grafica con el siguiente ejemplo: una persona que asiste a una obra de teatro en calidad de espectador entrega su abrigo a uno de los empleados de la recepción, sin antes advertirle que dentro se encontraba un revólver cargado y sin seguro, durante el transcurso de la función, uno de los acomodadores del teatro encontró el arma dentro de ese abrigo, pensando que estaba descargada la accionó dando muerte a una tercera persona.

Evidentemente desde la causalidad es atribuible la responsabilidad al empleado que accionó el gatillo del revólver, pero para resolver la situación del dueño del arma, no es



suficiente acudir a la llamada teoría de la elevación del riesgo -tomando en cuenta que el dueño del abrigo con su accionar descuidado habría aumentado dicho riesgo-, no obstante, para resolver este caso es necesario acudir a la llamada teoría de “prohibición de regreso”.

**Actuación a riesgo propio de la víctima o competencia de la víctima.** - Jakobs en su obra “Tratado de Derecho Penal”, nos explica que la víctima juega un papel fundamental en el ejercicio de la imputación, porque hay casos en los que la víctima puede ejercer mínimos en la defensa de sus bienes jurídicos, pudiendo este mínimo ejercicio ser efectivo para la protección de derechos, con lo cual se activa su llamada “actuación a propio riesgo” (1997, p. 9 y ss.).

En virtud de esto, la imputación objetiva permite determinar si la imputabilidad se dirige como exclusiva del autor, u obra exclusiva de la víctima, de los dos, o quizás por un caso fortuito. Este planteamiento supone una revolución al plano de la teoría del delito, sobre la base de un derecho penal de culpabilidad” (Kuri, 2013, p. 29).

Existen casos de mucha importancia práctica en aquellos supuestos en los que la víctima con su propio comportamiento, da la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada. Jakobs nos dice, que la respuesta no es la simple desgracia, sino la lesión de un deber de autoprotección o propia voluntad; presupuestos que se encasillan en lo que se conoce como “*acción a propio riesgo*”, lo cual opera fácilmente en aquellos actos que poseen consecuencias previsibles.

Así por ejemplo: quien, sin necesidad alguna, le pide a una persona claramente ebria que realice un acto de cierta complejidad, como por ejemplo conducir durante un trayecto un automóvil o una motocicleta donde incluso las posibilidades de un accidente de tránsito se multiplican, ha de adscribirse, al menos en parte, las consecuencias negativas resultantes; quien participa en un deporte de contacto riesgoso como por ejemplo un combate de boxeo,



no tiene derecho a no resultar lesionado; otro ejemplo que en la actualidad se discute con mayor intensidad es el de quien tiene trato sexual con una persona drogodependiente o que se prostituye, actúa a propio riesgo, en lo que se refiere a un contagio con el virus VIH.

El ejemplo de quien tiene trato con un drogodependiente y potencial contagiado de VIH es muy discutible, puesto que es muy difícil, que, dentro de esta relación, la víctima no actúe como tal frente a un posible contagio doloso, como también resulta difícil que al autor se le atribuya dolo ante un posible contagio. Puesto que un posible contagio de VIH como presupuesto de causalidad, y de posible culpabilidad no puede estar sujeto a la insuficiencia del hecho psíquico del consentimiento, tan insuficiente como el hipotético dolo del autor.

Para Jakobs, más allá de las exigencias de nuevos ajustes, o subclasificaciones de estos presupuestos; considera que estos cuatro elementos de la imputación objetiva están claramente delimitados (1996, p. 34 y ss.)



## CAPÍTULO II

### LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ECUATORIANO Y SU APLICACIÓN EN LOS DELITOS DE DROGAS

#### 2.1. El aterrizaje de la imputación objetiva en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano. La imputación del resultado al tipo objetivo en el COIP: La tenencia y posesión de drogas como delito doloso y el bien jurídico tutelado.

La teoría de la imputación objetiva, si bien surge en su esplendor en 1970 en Alemania, en nuestro país posee escaso desarrollo<sup>20</sup>, la dogmática jurídica penal en torno a ella es limitada, lo cual hace que no existen líneas jurisprudenciales claras que permitan al menos saber ¿qué corriente jurídica penal?, o ¿qué imputación objetiva es aplicable a un caso en concreto? ¿en qué parte de la teoría del delito se ancla la imputación objetiva?

Esto se debe a la falta de revalorización de la doctrina como fuente del derecho penal, a quien se ha restado importancia en nuestro sistema de justicia penal. La teoría de la imputación objetiva posee un importante desarrollo jurisprudencial en países vecinos como Perú o Colombia, en el que sus respectivas Cortes Supremas han podido determinar, no solo cual corriente penal es la predominante, sino, que han expuesto ¿cuál es la teoría de la imputación dominante en sus distintas decisiones?, así por ejemplo en el caso peruano existe un predominio de los postulados de Jakobs (Alcocer, 2015).

Parafraseando a Gimbernat, esto hace que la imputación objetiva en nuestro país aparezca como un fantasma alrededor de los distintos tipos penales; o quizás como la mera

---

20 Aun cuando existen juristas como Claus Roxin, Günther Jakobs, Diego Luzón Peña, Santiago Mir Puig, Enrique Gimbernat, entre otros, que consideran que esta teoría es útil a la imputación de delitos, sean dolosos o culposos [especialmente en delitos comisivos por omisión propia e impropia].



superación o corrección de la causalidad, cuando de acuerdo con Santiago Mir Puig es “una exigencia general de la realización típica” (2006, p. 250).

La debida aplicación de la imputación objetiva constituye un reto para nuestro ordenamiento y en especial para todos los operadores de justicia del país, pues no se trata de una opción de puertas cerradas, sino que existen todas las condiciones necesarias para su aplicación.

Como punto de partida tenemos el art. 1 de nuestra Carta Magna, que consagra un estado constitucional de derechos y de justicia, y que además implica la necesaria revalorización de la doctrina como fuente del derecho y no únicamente la ley como en otrora, que convierta a nuestros jueces en presa de la interpretación y aplicación exegética de la norma o simple boca de la ley.

La doctrina constituye un parámetro importante de interpretación y aplicación de la norma en casos concretos, sobre todo frente a un COIP que posee falencias en su parte sustantiva y adjetiva, así como contradicciones y regresiones que afectan los intereses de las partes. Por tanto, su función es volver más eficaz el derecho penal y asegurar un mejor funcionamiento de la justicia penal.

Es fundamental no solo recoger la moderna doctrina penal -sobre todo europea-, sino adaptarla estratégicamente a la realidad ecuatoriana, con el aporte no solo de quienes hacen dogmática penal desde la academia, sino de todos los operadores de justicia del país, necesidad que se encuentra expuesta en la parte motiva del COIP.

Incluso si analizamos integralmente lo dispuesto en el art. 5, numeral 21 del COIP, tenemos que le corresponde a la Fiscalía General del Estado –en adelante FGE-, imputar objetivamente el tipo penal, es a ella a quien le corresponde de inicio la carga interpretativa y aplicativa de la imputación objetiva. Esta norma exige que el fiscal adecúe sus actos a un





criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas.

El Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), en cuanto a la obligatoriedad de administrar justicia, establece que la doctrina es útil como parámetro de interpretación, integración y delimitación del campo de aplicación del ordenamiento legal y en especial, atendiendo al caso concreto cuando exista ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia<sup>21</sup>.

Dicho cuerpo normativo exige como parámetro de evaluación de nuestros jueces y conjuces de la corte nacional<sup>22</sup>, la creación de doctrina legal como indicativo de calidad y excelencia de sus fallos, pues lo que legitima la actividad democrática de nuestros jueces es la calidad<sup>23</sup> y no la cantidad de sus sentencias; de allí la importancia de revalorizar la doctrina como fuente de derecho y acudir a ella para resolver aquellos casos concretos, conocidos como casos difíciles.

A efectos de encaminar la imputación, nuestra legislación penal señala claramente que infracción penal<sup>24</sup> es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se

---

21 Art. 28.- PRINCIPIO DE LA OBLIGATORIEDAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA. - Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República.

No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia.

Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.

22 Disposición transitoria undécima del COFJ: Para efectos de la renovación por tercios a que hace referencia el artículo 182 de la Constitución de la República, las juezas y jueces y conjuetas y conjuces de la Corte Nacional de Justicia, serán sometidos a evaluación continua por parte del Pleno del Consejo de la Judicatura, para lo cual se tomarán en cuenta los parámetros generales aplicables a juezas y jueces, y en especial, se considerará la calidad y excelencia de sus fallos, en lo concerniente a la elaboración de doctrina jurisprudencial...”

<sup>23</sup> Siempre queda la incógnita ¿Cómo determinar la calidad de las sentencias? Cuando sabemos que en nuestro país siempre resultó polémico los modos de evaluación de nuestros jueces penales, que en suma han estado encaminados a presentar el eficientismo penal por encima del garantismo penal.

24 Art. 18.- Infracción penal. - Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código.



encuentra prevista en este Código. Estos filtros o categorías dogmáticas son los que permiten sistemáticamente comprobar que estamos frente a una conducta culpable, filtros que no constituyen una aportación propia de algún código penal en particular, sino que se trata de un aporte propio de la dogmática penal.

El término conducta lo asimilaremos a lo que el derecho penal denomina como acción, que se trata de una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o dominable por la voluntad, sin que se enmarquen dentro de esta categoría los efectos causados por fuerzas naturales o por animales.

A decir de Roxin, tampoco los que devienen de las personas jurídicas, ni los meros pensamientos o actitudes internas, sucesos que devengan de los movimientos reflejos o ataques convulsivos que resultan indomables por la voluntad humana (1997).

La imputación objetiva surge a la luz del principio de legalidad como un instrumento de interpretación de las normas penales (Cancio, 2001). Principio que constituye punto de partida sobre la cual se erige la **tipicidad** como principal presupuesto de culpabilidad.

El principio de legalidad en el COIP<sup>25</sup> se encuentra desarrollado de esta manera:

Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.

Bajo este prisma tenemos la máxima *nulum crimen sine praevia lege poenali*, que nos dice que le corresponde al legislador indicar los elementos del tipo penal que busca proteger el bien jurídico y la conducta que se quiere prohibir para los fines de protección de

---

25 Art. 5 num. 1 ibídem.



la norma; tipo penal en el que armónicamente vienen sistematizados los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal.

Pues toda persona tiene derecho de saber si su acción es punible o no, tarea de determinar la punibilidad que se haya encomendada al tipo penal de acuerdo con Beling, para quien la diferencia entre tipo y antijuridicidad radica en aquellas consideraciones vinculadas al estado de derecho, pues el tipo posee la misión de describir objetivamente la ejecución de una acción prohibida, de tal forma que la garantía del principio de legalidad está vinculada a las funciones que cumple el tipo dentro de la teoría del delito (Roxin, 1979).

Nuestra legislación no puntualiza que conducta es imprudente o dolosa, por tanto, es fundamental tener tipos penales determinados, con el carácter de cerrados, de tal manera que no existan dudas al momento de determinar si estamos frente a un delito culposo o doloso. Roxin a efectos de determinar el ámbito de aplicación de la imputación objetiva sostiene que:

[...] si bien los delitos imprudentes van a la zaga de los dolosos en cuanto a determinación, los mismos cumplen sin embargo plenamente aún las exigencias constitucionales.

Efectivamente no existe diferencia alguna entre los delitos imprudentes y los dolosos en cuanto que las reglas de la imputación objetiva por las que se determina la imprudencia rigen igualmente para los delitos dolosos [...] (1997, p. 1030)

Es decir, un dolo que se mantenga en el marco del riesgo permitido es igual de poco imputable que una conducta culposa, claro está que la mayoría de las veces quien comete



dolosamente una infracción subsume adecuadamente su conducta al tipo, crea claramente peligros y rompe con el riesgo permitido.

En cambio, las infracciones culposas no tienen por objeto romper con los parámetros *ut supra*, a efectos de la imputación de acuerdo con Roxin “existe sólo una evaluación del peligro que se corresponda con las valoraciones legales” ya que no poseen una finalidad o intención delictiva. (1997, p. 1030)

Esto hace que la tipicidad de los delitos culposos sea menos precisa que la de los delitos dolosos; los primeros poseen mayor amplitud de exculpación, características del tipo que se hayan reunidas en la parte especial del COIP. Por tanto, tenemos que la estricta vinculación de determinada conducta a la tipicidad es una consecuencia del principio *nulum crimen sine lege* o principio de legalidad.

Estas circunstancias hacen que no exista carta abierta para que la imputación objetiva sea aplicada de manera general a todos los delitos dolosos, lo que ha sido también sujeto de análisis y debate de funcionalistas. Por tanto, el tipo es fundamental para describir concretamente la conducta prohibida, así por ejemplo: A porta en su poder marihuana sin justificación alguna, estamos frente a una conducta que lesiona la salud pública como bien jurídico tutelado –en primera instancia estamos frente a un conducta dolosa-, no obstante, no toda posesión de esta sustancia lesiona este bien jurídico puesto que existen las llamadas “proposiciones permisivas” que es precisamente la condición de consumidor de A, y por tanto esta acción tampoco puede ser considerada como antijurídica (Roxin, 1979, p. 4-6).

De allí que frente a una correcta tipicidad, siempre resultará censurable que el legislador utilice una redacción demasiado abierta o vaga de los tipos penales, pues la certeza legislativa es fundamental para la correcta teoría del delito y concretamente para la adecuada subsunción a los tipos penales de aquellas conductas entendidas penalmente



relevantes, sean de acción u omisión, en suma, el presupuesto de la tipicidad es altamente garantista.

Con respecto a la antijuridicidad, el art. 29 del COIP nos explica que la conducta penalmente relevante –conducta típica-, para que sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido<sup>26</sup>.

La antijuridicidad y la conducta penalmente relevante (conducta típica) deben poseer una relación armónica y perfecta para la teoría del delito. Por una parte, el art. 22 ibídem, nos dice que las conductas penalmente relevantes son las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables y la descripción que hace el art. 29 conmina a analizar la inexorable existencia de la antijuridicidad formal y material, para poder establecer la responsabilidad penal del agente.

La antijuridicidad estricto sensu, no se limita a la mera constatación de un hecho fáctico como típico y antijurídico, sino también de verificar ¿que poseen de especial estos hechos, para que el derecho penal los desvalore<sup>27</sup>? Roxin puntualiza que en los delitos culposos o imprudentes -que se caracterizan por ser abiertos o menos precisos que los dolosos-, existe mayor posibilidad de justificación o exclusión de la antijuridicidad, además que existen circunstancias en las que la tipicidad y la antijuridicidad suelen ser confundidas, precisamente por tratarse en ciertos casos de tipos penales abiertos, “pues los tipos imprudentes son "abiertos" (nm. 87) y deben colmarse primero mediante consideraciones generales de imputación que no son posibles sin tener en cuenta la situación concreta y que

---

26 De allí que el principal postulado de la imputación objetiva es la normativización de las conductas penalmente relevantes y la subsunción del hecho fáctico a las condiciones objetivas del tipo penal.

27 Situación que incluso trasciende a la necesaria objetividad con la que el titular de la acción penal debe realizar la investigación penal, adecuando sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas.



dificultan la formación de un tipo (o figura) abstracto de delito, que dé cabida a causas de justificación (sic)” (1997, p. 1031).

Hans-Heinrich Jescheck define la antijuridicidad<sup>28</sup> formal y material, como aquella circunstancia que “no se agota en la relación entre la acción y la norma, sino que también posee un significado interno (antijuridicidad material). Una acción es antijurídica en un sentido material cuando se atiende al menoscabo del bien jurídico protegido por la norma correspondiente” (2014, p. 345).

Parafraseando a Mariano Jiménez Huerta, solo puede ser considerado antijurídico estricto sensu, el hecho que a más de lesionar el bien jurídico protegido “ofende las ideas valorativas de la comunidad nacional e internacional”, lo que constituye el fin protector del ordenamiento jurídico penal (2002, p. 363)

La imputación objetiva no analiza la antijuridicidad de manera aislada o abstracta, sino atendiendo al caso concreto que trasciende del hecho fáctico de la vida social, que es conocido por el derecho penal “sumergido en el universo de acontecimientos y valores que constituye el mundo que circunda nuestra individualidad” (Jiménez, 2002, p. 363 y ss.).

La antijuridicidad material constituye un axioma irrefutable para la relevancia penal del hecho fáctico que conoce el derecho penal, y a la vez lo convierte como un requisito para el tipo penal específico.

Parafraseando al profesor Alfonso Zambrano Pasquel, para establecer la imputación objetivamente; no basta con haber causado, dolosa o imprudentemente, una muerte o una

---

<sup>28</sup> Como segundo presupuesto, siguiendo a Roxin, tenemos que la acción típica ha de ser antijurídica (o sea prohibida). El juicio valorativo de los presupuestos de la antijuridicidad no se limita a la simple idea de daño o afectación para un bien jurídico o interés jurídico protegido por nuestro ordenamiento; hay circunstancias en que un hecho fáctico se presenta como transgresor de la norma, y no lesiona efectivamente un derecho estricto sensu, por ejemplo, si relacionamos dicho acto con otros bienes de mayor alcance o relevancia para la sociedad, jerarquía, etc.

lesión corporal a otro para considerar que el sujeto activo haya realizado el tipo, puesto que es necesario, además, que dicho resultado típico pueda serle imputado objetivamente a él, con base en determinados criterios (2017).

Como último presupuesto tenemos que la acción típica y antijurídica ha de ser también culpable, es decir existen presupuestos de responsabilidad penal, para lo cual es fundamental que existan presupuestos de imputabilidad o capacidad de culpabilidad o ausencia de causas de exculpación como las mencionadas ut supra.

Bajo esta premisa cabe analizar *¿cómo aterriza la imputación objetiva en nuestro ordenamiento jurídico penal?* La imputación objetiva en el COIP, la podemos vislumbrar a partir de lo contenido en los arts. 22, 25 y 29 del COIP, articulado en el que se esbozan los elementos configuradores de la imputación objetiva.

El COIP establece claramente que los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes, es decir; “sólo cabe desvalorar como penalmente antijurídicas las lesiones o puestas en peligro de bienes jurídico-penales que sean imputables a un comportamiento humano” (Mir, 2006, p. 149).

Para ejemplificar mejor lo dicho ut supra tenemos el siguiente gráfico:





Los presupuestos de la creación del riesgo y la realización del riesgo no permitido, se encuentran plasmados en el art. 22 y 29 del COIP respectivamente, normas que explican la importancia que posee para el derecho penal la existencia de una conducta penalmente relevante como presupuesto básico para la existencia de la antijuridicidad.

En este mismo orden de ideas, tenemos los presupuestos del art. 25 *ibídem* que habla de la tipicidad, que manifiesta expresamente que los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes. De acuerdo con Manuel Cancio Meliá “puede decirse que el elemento común más destacado de todas las elaboraciones doctrinales rotuladas “imputación objetiva” está sin duda en el reconocimiento de la necesidad de introducir filtros objetivo-normativos en la teoría del tipo” (2001, p. 54).

De acuerdo con este análisis es necesario comprobar si la conducta responde a los parámetros normativos establecidos en el tipo objetivo.

Entre las características de la imputación objetiva también tenemos la interpretación teleológica del tipo, el cual no es un aspecto exclusivo del finalismo; puesto que la imputación objetiva también tiene por objeto atender al fin último de la norma sin perjuicio que el art. 13 numeral 2 del COIP, establece que los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma.

El juez no puede limitarse a ser únicamente la boca de ley, ni subsumir la realidad fáctica procesal al tenor literal o semántico de la norma, sino reflexionar ¿cuál es la interpretación legal más adecuada al caso en concreto, y atendiendo al tipo en concreto? ¿cuál es el contexto jurídico que existe alrededor del caso concreto? Una vez dada la respuesta a esta incógnita, el juzgador podrá establecer que la correcta interpretación teleológica se erige como garantía del principio de legalidad sin quebrantar la interpretación





literal del tipo, interpretación teleológica que respeta y se complementa en el art. 13 numeral 2 *ibídem*.

Roxin da especial atención a la interpretación teleológica<sup>29</sup> dentro de la imputación objetiva al incorporar a esta cuestiones político criminales, que otorgan una visión global a la imputación dirigida no solo a delitos imprudentes, sino también a los dolosos; concluyendo que los postulados de la teoría de la imputación objetiva son “aplicables a todos los delitos de la parte especial” (Reyes, 2005, p. 84).

Considero que si bien Roxin deja sentado que la imputación objetiva termina siendo aplicable para ambos tipos de delitos, los parámetros de aplicación terminan siendo distintos, puesto que en los delitos dolosos los criterios de aplicación terminan siendo más exigentes, así por ejemplo en los delitos culposos no alcanza la creación de los peligros inadecuados, en cambio en los delitos dolosos el riesgo permitido debe ser determinado, al menos de un modo considerablemente más restringido en los caso en que el autor actúa con el propósito de lesionar, lo cual toma sentido si tomamos en cuenta que allí el autor domina la provocación del riesgo por sus propios medios y no permite que la víctima pueda autoprotegerse.

Conforme líneas *ut supra*, podemos ver que nuestra legislación penal posee una hibridación funcionalista y finalista, por lo que no es posible establecer ¿qué imputación objetiva es la que marca tendencia en nuestro derecho penal?, incógnita que tampoco posee respuesta en la reserva de ley que acontece al legislativo, sino en la creación de líneas jurisprudenciales del máximo órgano de control e interpretación legal del país.

---

<sup>29</sup> Este método de interpretación posee especial asidero en nuestro ordenamiento constitucional, así nuestra Carta Magna en el art. 11 num. 5, que establece que, en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. Presupuesto que por efecto de irradiación constitucional debe aplicarse en materia penal.



En este capítulo, resulta fundamental analizar *la imputación del resultado al tipo objetivo en el COIP<sup>30</sup>, en lo referente a la tenencia y posesión de drogas como delito doloso, y el bien jurídico tutelado.*

A efectos de encaminar bien este tópico, es necesario decir que la doctrina establece delitos de lesión –que lo son la mayoría de delitos- y de peligro entre los que se establece, de peligro concreto y abstracto. Por tanto el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización –art. 220 del COIP- constituye en primer lugar un delito doloso, y por otra parte de peligro en abstracto<sup>31</sup>, por cuanto supone la protección de la salud pública como bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico.

En el respectivo tipo penal tenemos que existe una serie de conductas que se entienden reprochables por el derecho penal, tales como: *ofertar, almacenar, intermediar, distribuir, comprar, vender, enviar, transportar, comercializar, importar, exportar, tener, poseer y traficar<sup>32</sup>*, cuyo resultado típico terminará afectando la salud pública como bien jurídico tutelado por el derecho.

Este alto número de verbos rectores en este tipo penal y atendiendo a la particularidad de cada caso concreto-sin desnaturalizar su condición de delito de peligro en abstracto- posee momentos en los que no solo se presenta como un tipo penal que pone en riesgo el bien jurídico tutelado mediante la tenencia o posesión de estas sustancias, sino que al perfeccionarse el tráfico o venta hacia consumidores no responsables –por ejemplo menores de edad-, estaríamos hablando de la existencia de un resultado doloso por parte del agente. Por tanto, hay un hilo muy delgado que separa ambos presupuestos.

---

30 Registro Oficial Suplemento No. 180, 10 de febrero de 2014.

31 Ya que dicha acción no afecta un bien jurídico de determinada persona, sino a un bien jurídico del que todos somos titulares, y que para este caso es la salud pública.

32 En este artículo existen 14 verbos rectores, no obstante, el más común en la práctica jurídica –desde la acusación fiscal-, es el verbo “traficar”.



Cabe indicar que la moderna teoría de la imputación objetiva rompe con los paradigmas inicialmente impuestos, puesto que no es exclusiva de los delitos imprudentes o de resultado, sino también de los delitos de peligro, sea en concreto o abstracto. Pues el derecho se lo reflexiona desde la realidad que se vive en la época, es decir; no podemos entender y aplicar la imputación objetiva de los años sesenta con respecto al del siglo XXI, donde las relaciones sociales, culturales, políticas, económicas, etc., son cada vez más complejas debido a los constantes cambios experimentados.

Este delito de peligro en abstracto<sup>33</sup> posee una punibilidad que se encuentra justificada por la incontrolable distribución y el peligro que implica que estas sustancias ilícitas sujetas a fiscalización lleguen a manos de personas vulnerables al consumo (Roxin 1997).

En este caso, si bien el legislador describe este tipo penal de peligro en abstracto, no es menos cierto que la punibilidad de dichas conductas está sometidas a la comprobación judicial de la antijuridicidad material, es decir que dichas conductas sean nocivas para el bien jurídico protegido.

Es fundamental tener claro el dolo como elemento subjetivo del tipo, Roxin propone que el dolo debe anteponerse sistemáticamente como elemento fundamental del tipo subjetivo a los elementos subjetivos específicos del tipo, que no se dan en todos los tipos y poseen formas diversas (1997).

Presupuesto que se encuentra descrita en el art. 26 del COIP, al señalar que actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta

---

33 Elementos tales como la acción lesiva del bien jurídico, el nexo causal –presupuesto de causalidad- o el resultado típico vienen descritos expresamente en las leyes penales, y en el caso ecuatoriano estos se encuentran desarrollados en el COIP.



voluntariamente la conducta, denominación que a más de la nuestra, se ha impuesto en muchas legislaciones, así por ejemplo en la legislación alemana<sup>34</sup>.

En los delitos de drogas, es fundamental analizar el dolo [que conforme el tipo penal en análisis-, se encuentra expresamente descrito en el art. 26 del COIP<sup>35</sup>], puesto que en este tipo de delitos se requiere de una adecuada imputación subjetiva<sup>36</sup> para imputar el tipo objetivo previamente comprobado, que a decir de Santiago Mir Puig, permite establecer la relación de conectividad de voluntad entre el tipo objetivo y su autor, fundamentales para poder atribuir la antijuridicidad al autor.

Así como establecer una determinada “conexión entre la lesión o puesta en peligro típica y la conducta del sujeto. Esta conexión es la que exige la imputación objetiva al

---

34 § 15. Acción dolosa y culposa La acción dolosa sólo es punible cuando, por ley no está amenazada expresamente con pena la acción culposa.

§ 16. Error sobre las circunstancias del hecho

(1) Quien en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por la comisión culposa permanece intacta.

(2) Quien en la comisión de un hecho suponga circunstancias erradas, que realizarían el tipo de una ley más benigna, solo podrá ser castigado por comisión dolosa conforme a la ley más benigna

35 Mediante la Ley orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral penal, publicada en el Registro oficial suplemento No. 107 de 24 de diciembre de 2019 se reformó el artículo 26 ibídem, en el cual se habla del dolo. Esta reforma comenzará a regir en nuestro ordenamiento a partir del 24 de junio en virtud de la disposición transitoria final, que dispone que esta ley entrará en vigencia en 180 días.

La descripción del dolo con esta reforma, considero que es mucho más completa que la anterior, puesto que dicha norma reformada indica: “Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño”.

Con la actual reforma, el dolo se encuentra mejor desarrollado, pues permite desarrollar desde la teoría del delito un análisis más objetivo de este presupuesto.

En la referida ley reformatoria se dice: Art. 6.- Sustitúyase el artículo 26 por el siguiente texto:

Artículo 26. Dolo. Actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta.

Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena.”

En el COIP del 2014, el artículo 26 indicaba que el dolo consiste en el designio de causar daño, que recoge los postulados del derecho penal español, que se presentaba como causalista, toda vez que restringía un análisis adecuado de los elementos objetivos y subjetivos del tipo, este concepto de dolo resulta ineficaz al momento de determinar su existencia por ejemplo en los delitos de peligro en abstracto, como los de tenencia y posesión de drogas, puesto que resulta complicado determinar “el designio de causar daño” a partir de la mera tenencia de drogas.

36 En la investigación de estos delitos vinculados a temas de drogas es fundamental, tanto la imputación subjetiva como la imputación individual o personal, para considerar al agente como culpable de la lesión a la salud pública como bien jurídico protegido, puesto que muchas veces la investigación penal se activa sin individualizar los actos de las personas investigadas, sometiéndolas sin distinción alguna a penas desproporcionadas y ajenas a derecho.



requerir una determinada relación de riesgo”. El profesor español nos refiere “que la imputación objetiva, la imputación subjetiva y la imputación individual o personal, son tres niveles necesarios para que sea posible la completa imputación a un autor responsable”, como exigencias del principio de culpabilidad. (2003, p. 11-13).

Estos niveles son presupuestos imprescindibles en un estado constitucional de derechos y de justicia a fin de garantizar un proceso penal justo y apegado a derecho, respetar el estado de inocencia de una persona, ejercitar la acción penal pública respetando la dignidad humana como principio y fin de un proceso penal, no condenar injustamente a una persona inocente, la proscripción del llamado derecho penal de autor que tanto afecta la objetividad en este tipo de delitos, garantizar el principio de personalidad de las penas – hacer responsable a una persona por lo que materialmente se llega a comprobar en contra de esta persona-, así como el principio de dolo o de culpa.

Así, por ejemplo, quien posee en su poder estupefacientes con pleno conocimiento de la misma, y se le ubica como expendedor de estas sustancias, incurre en una actuación dolosa típica. No obstante, si este la posee para su propio consumo sin el ánimo de traficar, la posee luego de haber sido engañado o forzado a transportarla, etc., no actúa dolosamente.

Nuestro derecho penal para sancionar dichas conductas utiliza como referencia la dosimetría punitiva, que gira alrededor de las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, que para el efecto son los umbrales establecidos por el ex CONSEP -hoy Secretaría Técnica de Drogas-, cuya dirección actual depende del Ministerio de Salud.

De acuerdo con las circunstancias de cada caso en concreto -en materia de drogas-, si se verifica la existencia del dolo –aspecto propio de la imputación subjetiva-, la subsunción de la conducta a las características del tipo creando el peligro en abstracto cuyo carácter no



permitido es verificable, podemos decir que existe un franco acercamiento a los presupuestos de la culpabilidad.

Sin perjuicio del análisis a la imputación subjetiva que corresponde para este tipo de injustos, la correcta imputación objetiva constituye parámetro fundamental de culpabilidad, pues en este tipo de delitos vinculados a drogas, está claro que para verificar el llamado nexo causal -más allá de la relación de causalidad y la subsunción a la norma- debe existir una franca puesta en peligro o violación a la salud pública; deben configurarse estas dos circunstancias:

**1.-** Procede la imputación al tipo objetivo si existe la creación del riesgo no permitido –que implica el resquebrajamiento de la protección establecida en el tipo penal- y si ese peligro también se ha realizado en el resultado. Más allá de la abstracción del tipo penal, debe constatarse objetivamente que el actuar del agente afecte a la salud pública como bien jurídico protegido, tiene que objetivamente demostrarse la real creación de un riesgo no permitido.

Pues la mera posesión o tenencia de drogas no configura per se la calidad de narcotraficante, hacer lo contrario trastoca lo constante en el art. 7 numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que habla del derecho a la libertad personal, art. 66 numeral 29 de la Constitución que habla sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, art. 364 ibídem –lo cual nos permite una interpretación más amplia del art. 220 del COIP-, y art. 13 letra a) de la Convención Internacional de Drogas de 1998 que nos dice que la tenencia y posesión de drogas para ser punible debe tener por objeto la venta, entrega, corretaje, envío, envío en tránsito, exportación, importación, en general tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, situación que debe ser comprobable judicialmente.



En suma, la creación del riesgo no permitido no se presume, sino que se demuestra - comprobando la finalidad de la comercialización-.

Por ejemplo: A quien es consumidor crónico de drogas, es aprehendido teniendo en su poder 14 gramos de marihuana, sin que se le haya visto vendiendo o traficando dichas sustancias estupefacientes, su intención era consumir dicha sustancia, al ser un adicto crónica de estas sustancias. Por tanto, no se le puede atribuir un resultado lesivo a la salud pública como bien jurídico tutelado por el derecho, es decir su actuación se encuentra dentro del riesgo permitido y sin que se cumpla la realización del riesgo establecido en el tipo penal. Esta circunstancia vuelve legítima la tenencia y posesión de esta sustancia, así por ejemplo que esté destinada para el consumo, para fines medicinales, etc.

2.- Esta imputación al tipo objetivo, si bien en primera instancia presupone la realización del peligro en abstracto creado por el autor, y la creación de un riesgo no permitido<sup>37</sup>; es fundamental que se encuentre dentro de la esfera de protección de la norma, puesto que la tipicidad es presupuesto fundamental de la imputación objetiva atendiendo al fin de protección de la norma. Dogmáticamente se puede llegar a la conclusión que mediante la interpretación teleológica de la norma, si no existe la intención de comercializar drogas no existe tipicidad.

La ley no nos dice cuál es el contenido de la tipicidad –lo cual es aportado por la dogmática jurídico-penal-, puesto que le corresponde al pensamiento sistémico determinar “cuáles son los elementos que hay que incorporar a esta; ahora bien: de esos elementos de la tipicidad, unos (como el dolo o la causalidad) el pensamiento sistemático los toma de la

---

<sup>37</sup> El riesgo para el bien jurídico de la salud pública, solamente se puede realizar cuando exista un comprador; caso contrario, no existe ese riesgo.



ley misma que hace una referencia expresa a ellos, y otros (lo que llamamos la imputación objetiva) no los puede extraer de los textos legales” (Gimbernat, 2002, p. 325-326).

Cabe mencionar que el código penal alemán carece de una definición del dolo. El legislador tomó la decisión dejar esta labor en manos de la academia el § 15 StGB no nos dice que es el dolo<sup>38</sup>.

Es decir, para el funcionalismo es necesario deducirlos del sentido y fin de las prohibiciones o tipificaciones penales y de los principios existentes alrededor de los tipos penales. Así, por ejemplo:

A, que es un consumidor crónico de drogas, posee 16 gramos de marihuana y sin perjuicio de su adicción, también se dedica a expender sustancias estupefacientes [saca ventaja de su problema de salud para delinquir]. Podríamos decir que inicialmente existe una circunstancia justificante de su obrar, no obstante, existe un comportamiento doloso causante del resultado típico de afección a la salud pública concurriendo todos los elementos previstos en el COIP, con los que la doctrina dominante atribuye a la tipicidad del delito doloso.

De ahí que la única posibilidad que existe para demostrar una posible atipicidad sería la comprobar que existe un riesgo permitido -el mismo que no solo opera en delitos imprudentes sino también dolosos<sup>39</sup>, lo cual -siendo pragmáticos- en delitos de drogas suele resultar complicado, tomando en cuenta los tabúes y factores exógenos al derecho, tales

---

<sup>38</sup> § 15. Acción dolosa y culposa La acción dolosa sólo es punible cuando, por ley no está amenazada expresamente con pena la acción culposa.

<sup>39</sup> Así por ejemplo el caso de la mujer que vive en un círculo constante de violencia y víctima de explotación, que es sometida bajo amenazas al microtráfico de estupefacientes. Existe en las cárceles del país un alto número de mujeres privadas de la libertad por estas causas.





como el populismo punitivo, mitos y prejuicios moralistas y peligrosistas, con los que la justicia ecuatoriana termina manejando estos temas de drogas<sup>40</sup>.

Existen casos en los que es necesario acudir a la teoría de la conducta de W. Frisch, que indica la necesaria ponderación de intereses, como acontece “entre la libertad de actuación y ciertos intereses de protección de bienes. Esta ponderación debe realizarse, en su opinión, tanto en el tipo del delito imprudente, como en el del doloso, lo que supone introducir en este segundo ámbito como requisito limitador la creación de un peligro, que sólo cuando supera la medida de lo tolerable resulta desaprobado”.

Lo que se busca mediante esta teoría es determinar si la creación de dicho riesgo no permitido termina siendo idóneo, necesario y adecuado para la conservación de determinados bienes y por otra parte constatarse –atendiendo al caso en concreto y conforme el punto anterior- que para el mantenimiento de la norma [art. 220 COIP] sea necesario el establecimiento de una pena privativa de la libertad por la creación de ese riesgo desaprobado, Frisch concluye mencionando, que es fundamental para la imputación objetiva atender a la peligrosidad típicamente relevante de la acción (Cancio, 2001, p. 48 y ss.).

El resultado típico causado por una acción dolosa no es objetivamente imputable cuando el comportamiento externo es objetivamente correcto, por ejemplo, quien vende

---

40 Existen casos en que esta persona que es consumidora crónica, posee más allá de lo que indica los umbrales de tenencia y posesión establecidas por la respectiva tabla, es decir; no 10 gramos, sino 17 gramos de marihuana.

En este tipo de casos, hay que analizar con criterio teleológico la norma, puesto que esa cantidad podría ser consumida no en uno, sino en varios días; o quizás en compañía de más personas; o tomando en cuenta la tolerancia, resistencia y edad de esta persona, dicha cantidad pueda ser consumida en un solo día. Dicho análisis teleológico de la norma permite definir que esta circunstancia se encuentra fuera de la esfera o ámbito de protección de la norma.



elementos derivados del cannabis a otra para un tratamiento de una enfermedad clínicamente demostrada, con lo cual existe un riesgo permitido.

Parafraseando al profesor Cancio Meliá, ya dentro de la teoría del tipo objetivo no todo es asunto de todos, o dicho de otro modo, no todo causante del hecho realiza el tipo. Y ello no se debe a razones que dependan del dolo del sujeto, sino al significado objetivo del verbo típico, esta convicción se ha plasmado en la teoría de la imputación objetiva puesto que la imputación no solo debe destinarse atendiendo al cumplimiento del verbo rector –por ejemplo- de “tener o poseer”, sino que ese acto afecte la salud pública y objetivamente pueda imputarse esa conducta a su autor.

Para llegar a esa convicción se requiere una adecuada aplicación de la teoría del tipo –fundamentalmente en la imputación objetiva, según la cual puede resultar objetivamente imputable un resultado “si la acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto de acción protegido y el peligro se ha realizado en el resultado típico” (2001, p. 23)

De allí que es elemental que la creación del riesgo permitido quede fuera de la esfera del derecho penal cuando no existe la intención de que se realice dicho riesgo, aunque en mala hora se afecte dicho bien jurídico; cosa distinta es si se crea ese mismo riesgo con la intención de traficar estupefacientes, siendo imposible alegar atipicidad, esta conducta supera el llamado riesgo permitido.

La imputación objetiva al tipo penal en estudio, requiere del análisis del fin de protección de la norma como parámetro integrante de la imputación objetiva, pues el art. 220 del COIP tiene por objeto proteger el bien jurídico de la salud pública, y por otra parte establece la inimputabilidad de aquellas personas que tienen o poseen sustancias estupefacientes o psicotrópicas para su consumo dentro de las cantidades permitidas por la



“normativa correspondiente”, siendo esta última circunstancia la que desvanece la necesaria imputación de esta persona.

## **2.2. Tensión entre la protección constitucional del consumo de drogas y el carácter prohibicionista del COIP y las tablas regulatorias del CONSEP.**

Nuestra Constitución en su Art. 364 refiere la protección constitucional del consumo de drogas y lo reconoce como un problema de salud pública, convirtiéndose en la única constitución de la región en consagrar las adicciones como un problema de salud pública. Esta concepción también consta en el último inciso del Art. 220 del Código Orgánico Integral Penal; en el que se indica que no será punible la tenencia y posesión de drogas para el uso o consumo personal en las cantidades permitidas por la normativa correspondiente.

No obstante, tenemos norma de carácter infralegal que es aplicada de forma antitécnica en desmedro de los derechos de las personas consumidoras de drogas, puesto que dicha tabla es referencial, pero de ningún modo se puede anteponer su aplicación en desmedro del orden jerárquico de normas y vulnerando derechos de un consumidor de drogas.

Ningún país del mundo posee en su ordenamiento un límite al consumo de drogas, tampoco existe un estándar internacional sobre dichos umbrales, la Organización Mundial de la Salud tampoco ha emitido algún pronunciamiento científico al respecto.


Todo esto hace que dicha tabla de drogas violente el contenido esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, autonomía de la voluntad y el principio de reserva de ley. Lo cual genera tensión entre la especial protección constitucional que se brinda a este problema de salud pública y el rol prohibicionista y sancionatorio de la tabla que establece los umbrales de tenencia y posesión de drogas.

En primer lugar, cabe analizar epistemológicamente la resolución emitida por el anterior CONSEP, Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas –en lo posterior sustituido por la Secretaría Técnica de Drogas-<sup>41</sup>, cuya aplicación en ciertas ocasiones ha derivado en sentencias condenatorias injustas, pese a haberse demostrado procesalmente que la justicia se ha activado en contra de un narcodependiente.

Esta tabla nace como una propuesta distinta a la ya derogada Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, publicada en el Registro Oficial, suplemento 490 de 27 de diciembre del 2004, en especial, al derogado artículo 62 *ibidem*<sup>42</sup> que tipificaba la posesión y tenencia de sustancias estupefacientes, derribando los límites de la racionalidad y la proporcionalidad mediante las penas impuestas para el efecto, al considerar a la mera tenencia y posesión como un hecho aislado y no de manera conglobante.

La referida tabla es la siguiente:

**Umbrales para consumo personal.**



Resolución 001 CONSEP-CD-2013 que establece las cantidades máximas admisibles de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para consumo personal.  
Segundo Suplemento R.O. N° 19 – 20 de junio de 2013.

N°	Sustancias	Cantidades [gramos de peso neto]
1	Marihuana	10
2	Pasta base de cocaína	2
3	Clorhidrato de cocaína	1
4	Heroína	0,1
5	MDA-N-etil-a-metil-3, 4-metilendioxi-fenetilamina	0,015
6	MDMA-N-a-dimetil-3, 4-metilendioxi-fenetilamina (Éxtasis)	0,015
7	Anfetaminas	0,040

41 El CONSEP se transformó en la Secretaría Técnica de Drogas mediante la aprobación del Proyecto de Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio Económico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización. En lo posterior mediante Decreto Ejecutivo N° 376, emitido por el presidente Lenin Moreno Garcés, se suprimió la Secretaría Técnica de Prevención Integral de Drogas (SETED), de fecha lunes 23 de abril del 2018, disponiendo que sus objetivos los lleve a cabo el Ministerio de Salud.

42 Artículo 62.- Sanciones para la tenencia y posesión ilícitas.- Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.



Esta resolución resulta asimétrica al texto constitucional por su carácter prohibicionista y sancionatorio, pues trastoca el principio de mínima intervención penal consagrado en el artículo 3 del COIP<sup>43</sup>, lo que vuelve utilitario al derecho penal, ya que su misión no es el de expandirse a través de tipos penales en blanco que desnaturalizan los fines del derecho penal, pues si bien el derecho penal a decir de Roxin busca proteger bienes jurídicos, aquellas normas infralegales -llamadas a proteger también bienes jurídicos de manera subsidiaria- trastocan los derechos de las minorías.

La aplicación sesgada de esta tabla en ciertos casos se hace con una fuerte carga ideológica, lo cual “no pertenece en absoluto a los cometidos del estado democrático de derecho, que por el contrario también debe proteger las concepciones discrepantes de las minorías y su puesta en práctica” (Roxin, 1997, p.63 y ss.).

Esta resolución con espíritu prohibicionista también vulnera el principio de reserva de ley, pues de conformidad con el Artículo 132 de la CPR, el legislativo es quien debe exclusivamente someter al debate jurídico toda norma que implique la restricción o menoscabo en el ejercicio de los derechos, sobre todo el derecho a la libertad de una persona titular del artículo 364 de nuestra Carta Magna, que es sometida a un proceso penal.

En dicha tabla, *prima facie* se restringe el principio de supremacía constitucional constante en el artículo 424 ibídem que dice, que nuestra Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquiera del ordenamiento jurídico, además que todo acto o norma que devenga del poder público debe ser conteste con el marco constitucional e internacional de derechos humanos vigente, caso contrario carecerá de eficacia.

---

43 Artículo 3.- Principio de mínima intervención. - La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.



Por tanto, al restringir sin fundamento teleológico un derecho que está plenamente reconocido en la CPR como es el libre desarrollo de la personalidad y hacer creciente la criminalización del consumo de drogas, la vuelve abiertamente inconstitucional.

Nuestra Corte Constitucional en la sentencia No. 7-17-CN/19 del 2 de abril de 2019, manifiesta que dicha tabla que regula la tenencia y posesión de drogas se adecua al artículo 364 de nuestra Carta Magna, considerando que es el mismo legislativo quien delega dicha regulación a otro organismo como aconteció con el CONSEP, de conformidad con el artículo 132 numeral 6 ibídem, en el que se permite a la Asamblea Nacional otorgar a los organismos públicos de control y regulación, la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.

Si bien existe esta disposición constitucional, esta no puede ser carta abierta para que un organismo poco democrático como el ex CONSEP regule a través de esta tabla los derechos de los consumidores de drogas, pues de por medio se encuentra el derecho a la libertad, que tiene tanta importancia como el derecho a la vida.

Lo idóneo era que el legislativo se apoye en el trabajo técnico del CONSEP para luego analizarlo y debatirlo democráticamente en su seno, por ello considero que esta tabla se presenta como inconstitucional<sup>44</sup>.

No obstante, dicha sentencia constitucional constituye un avance por cuanto no toda persona que posee cantidades de drogas que sobrepase las señaladas en dicha tabla, deba

---

44 El análisis respecto de la reserva de ley que se hace en dicha sentencia, el punto No. 20 es el siguiente: “La actividad del CONSEP, en cuanto a la expedición de diversas resoluciones que contienen la Tabla, evidencia la delegación del legislador al respecto, pues en virtud del principio de reserva de ley, este último estableció que la tenencia sea regulada por una normativa secundaria. En otras palabras, el legislador ha otorgado la potestad a otros organismos del Estado para regular el espacio no normado expresamente en la ley; esto, de conformidad con el artículo 132 numeral 6 de la CRE, que permite a la Asamblea Nacional otorgar a los organismos públicos de control y regulación, la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales”.



ser considerada como un traficante o expendedor de drogas, pues en todo caso, le corresponde al titular de la acción penal demostrar<sup>45</sup> dicha circunstancia que enerve la presunción de inocencia de una persona que padezca del consumo de drogas.

Esta tabla inconstitucional empuja irracionalmente al derecho penal a adoptar un rol castigador en lugar de ser garante de los derechos; lo que desde la política criminal se conoce como el derecho a castigar del estado y traslada en muchas ocasiones un problema de salud pública como es el consumo de drogas, a otro problema social como lo es la cárcel (Palacios-Valencia, 2013).

Esta situación evidencia inconsistencias con las que nuestra justicia penal no encuentra cómo lidiar, al prohibir aquellas conductas que socialmente son reprochables para la convivencia pacífica, y por otra parte la de crear y contemplar normas cada vez más drásticas, que contemplan un derecho penal para la seguridad ciudadana, situación que evidencia que el derecho penal es contradictorio por naturaleza (Geovana Andrea Vallejo, 2011, p. 143).

Esta tabla, ahonda la *supra valoración securitaria del derecho penal*, pues agudiza el uso indiscriminado de la prisión preventiva y de las penas corporales, que muchas veces va dirigida hacia los consumidores, como el eslabón más débil de la lucha contra las drogas, lo que parafraseando a Santiago Muñoz Machado, pone en tela de juicio la validez y eficacia de la referida resolución del ex CONSEP, por ser contraria al texto constitucional y violentar el contenido esencial de un derecho constitucional (2015).

---

45 En este sentido, es importante entender que, si bien la Tabla contiene los máximos de tenencia, en el evento de que una persona se encuentre en posesión de una cantidad superior a la establecida en la tabla, le corresponde al fiscal buscar los elementos de convicción de cargo y descargo a fin de que el juez los valore y de llegar a la etapa del juicio, las pruebas solicitadas, ordenadas, practicadas e incorporadas en el juicio deberán ser procesadas por los operadores de justicia. 24. En efecto, es importante entender que el hecho de que una persona se encuentre en tenencia de una cantidad superior a la establecida en la tabla, impone al Estado el establecer si la conducta del procesado se subsume en el tipo penal, y determinar su eventual responsabilidad, para lo cual el juez deberá valorar las pruebas que sean practicadas dentro del proceso penal.



Para aliviar estas tensiones, y dar una justa respuesta a este tipo de casos en los que una persona consumidora está envuelta en un proceso penal, es necesaria la debida aplicación de la imputación objetiva, y que se dirija la acción penal hacia quienes desencadenan la real problemática de las drogas y no a los consumidores como el eslabón más débil de esta relación.

El profesor alemán Hans-Heinrich Jescheck, nos enseña que el derecho penal aspira a la conservación de bienes haciendo responsable a quien los menoscaba, es decir que “la casualidad del comportamiento del autor para el advenimiento del resultado sea una condición necesaria para su punibilidad; o más exactamente: para que pueda ser imputable al autor el resultado acaecido” (2014, p. 408).

Para no criminalizar el consumo de drogas se hace necesaria la vinculación de la política criminal mediante la imputación objetiva a este tipo de delitos, pues siguiendo a Alfonso Zambrano Pasquel:

“Aquí surge en su gran dimensión la necesidad de que se cumpla con los presupuestos que tornan legítimo el proceso penal mediante la adecuación objetiva del acto imputado al tipo penal. Esa apreciación queda librada al buen criterio del Juez que trata de encontrar un ensamblamiento armónico entre lo que llega a su conocimiento y lo que está tipificado en la ley” (2014, p. 139).

### **2.3. Factores endógenos y exógenos al derecho en torno a la aplicación de la imputación objetiva en delitos de drogas.**

Es innegable que la teoría de la imputación objetiva se enfrenta a una serie de factores para su correcta aplicación en torno a los delitos vinculados a drogas. En este acápite haré una breve reflexión sobre los distintos factores endógenos y exógenos al derecho, que han





impedido su adecuada aplicación, mismos que si bien tienen una apreciación distinta, se encuentran íntimamente relacionados entre sí.

Entre los factores endógenos al derecho tenemos la afectación al principio de reserva de ley, mismo que se circunscribe al ámbito del derecho punitivo sancionador. Este principio se ve afectado debido a la escasa técnica legislativa y la falta de una adecuada política criminal con la que se abordan los temas de drogas, lo cual se ve reflejado en normas infraconstitucionales contradictorias al texto constitucional, poniendo de relieve la dicotomía entre la eficacia y la validez de la norma.

La norma constante en el artículo 364 de nuestra Carta Magna se vuelve ineficaz frente a la aplicación de la tabla de tenencia y posesión de drogas, que es restrictiva de derechos fundamentales, en especial aquellos denominados derechos de libertad. Dicha aplicación incide directamente en el modelo de producción de normas de nuestro estado constitucional de derechos y de justicia.

Contradicción que en no pocas ocasiones, afecta el principio de supremacía constitucional y el de orden jerárquico de las leyes, pues dicha tabla suele ser entendida y aplicada por nuestros operadores de justicia con “fuerza de ley”, la cual es una cualidad exclusiva de la voluntad que radica en el encargado de la producción normativa legislativa.

La efectiva vigencia y respeto al principio de reserva de ley, constituye una de las más claras manifestaciones de un derecho democrático y este modelo exige especial reflexión alrededor de la legalidad penal, la reserva de ley en materia penal y el ejercicio de los derechos y libertades, cuestiones que inciden sobre el derecho penal ecuatoriano.



Este derecho democrático no puede verse disminuido por el rol poco democrático<sup>46</sup> de creación de normas que posee una dependencia del ejecutivo, como es la Secretaría Técnica de Drogas, Ex CONSEP, misma que rompe con los límites del ius puniendi establecido en el COIP y en nuestra Carta Magna<sup>47</sup>.

Estos factores endógenos y exógenos de manera pragmática giran alrededor de la autopoiesis del derecho, por la cual interactúan normas, sujetos, poderes, instituciones, etc. En el campo de las ciencias sociales, tal como acontece con la física y la biología, tenemos que el derecho es un sistema que se organiza, auto organiza y evoluciona conforme lo que ocurre con su entorno y esto termina siendo característica especial del derecho penal, donde cumple una función especial la dogmática, el proceso y la pena.

En el legislativo existe un erróneo análisis político criminal y técnico de los delitos de drogas, al permitir que desde el ejecutivo –Ministerio de Salud- se haga política pública a través de la emisión de la referida tabla de drogas, que resulta ineficiente al momento de analizar aspectos tales como la gravedad de la pena respecto de la conducta antijurídica, y la gravedad de esta conducta frente al bien jurídico protegido, esta dependencia del ejecutivo no discute política criminal, criminología, rehabilitación social, dosimetría de las penas, principio de legalidad, etc., sino que emite criterios referenciales que deberían ser luego abordados por el legislador.

---

<sup>46</sup> Esta reflexión surge, puesto que la ley en estricto sentido es la única fuente legitimada para activar la persecución penal de determinadas conductas, así como de las sanciones y las penas, y no una tabla que surge de una resolución con efectos generales, misma que posee un espíritu sancionatorio y prohibicionista hacia quienes padecen del consumo crónico de drogas, es decir se afecta las libertades y derechos fundamentales de estas personas.

<sup>47</sup> Puesto que el derecho penal sustantivo debe gozar de la precisión y la certeza que solo la puede brindar el COIP y no una resolución emitida por una dependencia del ejecutivo.



El correcto análisis de estos presupuestos permite una correcta aplicación del principio de proporcionalidad en los delitos de drogas<sup>48</sup>, el cual ha estado en constante debate, pues la primera manifestación de esta asimetría es el uso y abuso de la prisión preventiva en este tipo de delitos.

Lo cual acontece no solo en Ecuador, sino en todos los países de la región, por cuanto desde el legislativo no se desarrolla de manera técnica criterios que viabilicen adecuadamente la lucha antidrogas, ni el referido principio de proporcionalidad.

El principal factor exógeno al que se enfrenta la correcta aplicación de la imputación objetiva al tipo penal de tenencia y posesión de sustancias sujetas a fiscalización, es el populismo punitivo, lo cual termina desnaturalizando el real objetivo del derecho penal. En este tipo de delitos, a decir del Prof. Stefan Krauth “La despolitización del Derecho moderno es condición previa para su funcionamiento, es decir, la integración social. La función del Derecho es la orientación normativa hacia un problema social” (2018, p. 20).

En Ecuador ha sido característica la tendencia prohibicionista y represiva en los delitos de drogas, misma que se ha visto bastante influenciada por los constantes cambios a nivel internacional y la lucha interna contra las drogas, sin perjuicio de que nuestro país se encuentra en medio de dos países –Colombia y Perú- que son países productores de droga, siendo el nuestro un país de tránsito de las mismas. Además que no existe mayor influencia internacional en materia de drogas a nivel regional que la de los Estados Unidos de Norteamérica.

---

48 En suma, la tipificación de los delitos y la aplicación de las penas deben ser proporcionales al daño o lesión causada a la salud pública mediante la conducta penalizada, u este ideal resulta difícil alcanzar mientras tengamos un legislativo enfocado a combatir las drogas mediante el derecho penal, poniendo en tela de juicio el derecho penal mínimo y la debida proporcionalidad, volviendo utilitario el rol del legislador y por ende del derecho penal que deviene de sus funciones democráticas encomendadas.



Como claro ejemplo de este modelo represivo penal auspiciado por el populismo punitivo tenemos la Resolución No. 12-2015, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 592 de 22 de septiembre de 2015<sup>49</sup>, que establecía la aplicación del concurso real de infracciones vinculadas al artículo 220.1 del COIP, misma que rompía con el principio de proporcionalidad, de legalidad, reserva de ley y mínima intervención penal, pues si bien la tabla de tenencia y posesión de drogas establece penas de 10 a 13 años de prisión en caso de tráfico a gran escala; con esta resolución -que contiene fallo de triple reiteración-, una persona podía irse hasta por 40 años a la cárcel, que es el máximo de una pena acumulada contemplada en el Artículo 55 del COIP<sup>50</sup>.

Cabe indicar que debido a los constantes y fundados cuestionamientos jurídicos que recibió esta resolución, fue derogada mediante la Resolución No. 02-2018, que adoptó una nueva línea jurisprudencial de fallo de triple reiteración en la que se aplica el concurso ideal de infracciones, en los casos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, y cuya conducta delictiva se realice por medio de uno o varios verbos rectores constantes en el artículo 220 del COIP, atribuibles a una misma persona en unidad de tiempo y acción, se debe aplicar el concurso ideal<sup>51</sup> de delitos; por el que se punirá únicamente la conducta más severamente sancionada en el tipo penal, conforme el principio de absorción que rige este modelo concursal.

Dentro de esta vorágine juega un papel fundamental la demagogia discursiva y el populismo penal, que nos hace creer que la solución al problema de drogas radica en el uso

---

49 Resolución que terminaba siendo más desproporcional y gravosa que la misma Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

50 Artículo 55.- Acumulación de penas. - La acumulación de penas privativas de libertad procede hasta un máximo de cuarenta años.

Las multas se acumulan hasta el doble de la máxima impuesta.

51 Artículo 21 COIP: "Cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave



desproporcionado del derecho penal, que ha aumentado de forma vertiginosa cada vez que el modelo de estado corporativista se lo ha propuesto<sup>52</sup>.

En el contexto ecuatoriano hay que mencionar, tal como ocurre en la mayoría de democracias, que todo sistema jurídico obedece al ámbito cultural en el que se desenvuelve cada sociedad, es decir basta abrir y analizar el COIP para entender ¿cómo es y cómo funciona nuestra sociedad?

---

52 Todo esto rompe con el principio básico de mínima intervención penal y proporcionalidad de los delitos de drogas y las penas, y esto se debe a la falta de comprensión sobre la incidencia de estas políticas en el sistema judicial penal de Ecuador.



### **CAPÍTULO III**

#### **ANÁLISIS CUANTITATIVO Y CUALITATIVOS DE CASOS.**

##### **3.1. Análisis de sentencias emitidas por la Corte Nacional de Justicia.**

En este capítulo, sin perjuicio de que sean sentencias condenatorias o ratificadoras de inocencia, vamos a analizar si se termina aplicando o no la imputación objetiva desde la positivización en la legislación penal, y cuáles son los criterios que terminan siendo determinantes para nuestra Corte Nacional de Justicia.

Analizaremos cuál fue el grado de afectación de los derechos de las personas sometidas a un proceso penal por el tipo penal que se analiza, desde primera instancia hasta llegar a sede de Corte Nacional de Justicia. Este breve estudio de sentencias nos dará respuesta a los objetivos de esta investigación y al problema planteado.

#### **PRIMER CASO:**

**Proceso No.** 10281201600567

**Delito:** Tenencia y posesión ilícitas de estupefacientes, artículo 220 numeral 1, literal b) del COIP

**Procesado:** Oscar Jacinto Flores Guerra.

**Hecho fáctico:** El día 5 de abril del 2016, a las 15h30, Oscar Jacinto Flores salía del hospital donde fue a visitar a un familiar, luego de ello fue a comprar cocaína y marihuana para su consumo, para llegar después al trabajo. No obstante, fue injustamente detenido por miembros de la policía nacional, dos agentes antinarcóticos le realizan un registro personal, estando en las calles Cuenca y Guayaquil de la ciudad de Ibarra, provincia de Imbabura, encontrándole en posesión de tres gramos peso neto de cocaína y un gramo peso neto de



marihuana que era para el consumo personal. Fue privado de la libertad, muy a pesar que siempre les explicó ser una persona adicta a las drogas desde los 12 años de edad.

**SOBRE LO ACTUADO EN LA ETAPA DE INVESTIGACION PREVIA Y POSTERIOR AUDIENCIA DE CALIFICACION DE FLAGRANCIA Y FORMULACION DE CARGOS.**

Durante la fase de investigación previa, previo a la audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos, se desarrolló el examen psicosomático –mismo que dio positivo- para determinar el consumo y adicción a las drogas de acuerdo con el Artículo 580 del COIP. Sin que existan indicios de haber estado expendiendo estupefacientes que atenten a la salud pública.

Al día siguiente con fecha 06 de abril del 2016, a las 11h40, se efectuó la audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos. En dicha audiencia la fiscalía, pese a la existencia de un examen psicosomático que constituye prueba científica que demuestra el consumo y adicción a las drogas, procede a formular cargos por el delito tenencia y posesión ilícita de drogas en mínima escala [Artículo 220 numeral 1 letra b del COIP], fiscalía formula cargos por la tenencia y posesión de la cocaína y no por la marihuana –al ser solo un gramo-, delito que posee una pena de uno a tres años.

La fiscal solicita al juez de la causa la medida extrema de prisión preventiva. El juez *a quo*, si bien reconoce la existencia del examen psicosomático realizada antes de dicha audiencia, indica que el mismo solo demuestra que es una persona **“consumidora y no adicta a las drogas”**, y bajo el argumento de no tener suficiente arraigo domiciliario, laboral o familiar que respalde la comparecencia al proceso penal dicta la prisión preventiva y convoca a audiencia de juicio directo.

**SOBRE LO ACTUADO EN LA AUDIENCIA DE JUICIO DIRECTO.**



En la audiencia se demostró mediante el examen psicosomático efectuado por el médico legista, que el procesado poseía metabolitos en la sangre al momento de la detención, que es consumidor de cocaína y fármaco dependiente de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en lo medular, en el respectivo informe se indica que “los 3 gramos de cocaína son suficientes para el consumo inmediato del examinado, porque se trata de un hombre joven, indica que en el caso son 3 gramos de cocaína y no se puede pedir que anden con una balanza para que sepan cuanto está comprando, se le encontró signos visibles de un consumidor de drogas, tales como congestión de conjuntivas oculares, aumentos de los reflejos y una sudoración profusa, que su voluntad es dependiente, es decir; que Oscar Flores depende del consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, no obstante el médico de manera prejuiciosa y fuera de sus funciones, manifiesta que conforme la tabla del CONSEP, los 3 gramos de cocaína son excesivos para el consumo<sup>53</sup>, a pesar que el médico en su informe indica que el procesado es un consumidor crónico de marihuana y cocaína.

**Motivación del juez para dictar sentencia:**

[...] En el Ecuador se encuentran vigentes, la resolución 001-CONSEP-CD-2013 publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 19 del 20 de junio del 2013, en la cual luego de considerar que las adicciones son problema de salud pública y tomando en cuenta estudios técnicos del Ministerio de Salud, se ha establecido las “cantidades máximas admisibles para tenencia”, determinando para pasta base de cocaína la cantidad de dos (2) gramos peso neto. Además, se encuentra vigente la resolución 001-CONSEP-CD-2015 publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 586 del 14 de

---

<sup>53</sup> Consumo que no se refiere al consumo inmediato, sino la finalidad.





septiembre del 2015, ratificada mediante resolución 002-CONSEP-CD-2015 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 628 del 16 de noviembre del 2015, mediante las cuales se expide la “tabla de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala”, determinando como mediana escala en cuanto a pasta base de cocaína cuando la cantidad en peso neto es mayor a dos (2) gramos hasta cincuenta (50) gramos. Ante ello, los operadores de justicia deben diferenciar dentro del proceso, lo que es el consumo y lo que es el tráfico; en cuanto al caso, tenemos que el señor Oscar Jacinto Flores Guerra es consumidor, por lo tanto los dos (2) gramos peso neto de pasta base de cocaína se tiene que los iba a consumir, más no el excedente de un (1) gramo, el cual entra en la esfera del tráfico por cuanto el procesado ha referido a los peritos médicos legistas, información errada en cuanto a la frecuencia en la que consume éstas sustancias. Teniendo así, que la conducta del procesado, es una conducta de acción prevista en el Código Orgánico Integral Penal como delito específicamente en el Artículo 220.1.A, en concordancia con la resolución 001-CONSEP-CD-2015 publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 586 del 14 de septiembre del 2015, ratificada mediante resolución 002-CONSEP-CD-2015 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 628 del 16 de noviembre del 2015 [mínima escala, cuando el peso neto de pasta base de cocaína es mayor a cero (0) hasta dos (2) gramos], delito de peligro abstracto que atenta el derecho a la salud y a vivir en un ambiente sano (Artículos 14 y 32 de la CRE), sin que exista a favor del procesado causas de inculpabilidad. 8.- RESOLUCIÓN: Por lo expuesto, ésta Autoridad, teniendo el convencimiento de que está comprobada la existencia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, declara que OSCAR JACINTO FLORES GUERRA, es AUTOR DIRECTO del delito de posesión de un (1) gramo peso neto de pasta base de cocaína, por lo que se le impone la pena de UN (1) AÑO DE PRIVACIÓN DE



LIBERTAD, pero en vista que se ha probado circunstancias atenuantes previstas en los numerales 5 y 6 del Artículo 45 del COIP, esto es, colaboración del procesado y no intento de fuga, según lo ha manifestado el agente Quiñones; no habiendo circunstancias agravantes; y, en atención a lo dispuesto en el Artículo 44 ibídem, se atenúa a OCHO (8) MESES DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD, que lo cumplirá en el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas de Ibarra, debiendo descontarse el tiempo que hubiere permanecido detenido por esta misma causa; además, de conformidad con el Artículo 70.4 del COIP, al sentenciado se le impone la MULTA DE TRES (3) SALARIOS BASICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR EN GENERAL que lo cancelará dentro de tres días después de ejecutoriada la sentencia [...]

**DE LO ACTUADO POR LA CORTE PROVINCIAL Y CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.** - La Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura ratifica la sentencia emitida por el juez de primera instancia sin analizar el problema de fondo, se limita a aplicar literalmente la tabla de tenencia y posesión de drogas, tal como se hizo en primera instancia, derivando una vez más en arbitrariedad y falta de motivación así:

[...] En razón del principio de proporcionalidad que consta en el artículo de la 76 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador "La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza" en la cual se entiende que el principio de proporcionalidad responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad, para ello se limita su uso a lo imprescindible que no es otra cosa que establecerlas e imponerlas exclusivamente para proteger bienes jurídicos valiosos. "La pena proporcional a la culpabilidad era la única pena útil" dice Beccaría, en consecuencia con ello la resolución del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas en base a la Constitución



de la República numeral 6 del Artículo 76, expidió las tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala, en el caso se trata de pasta de base de cocaína que tiene un peso neto de 3 gramos de peso neto. Las tablas determina el peso neto mínimo es de 2 a 50 corresponde a mediana escala, con ello estableció la debida proporcionalidad para sancionar con pena privativa de libertad a los que tenga, posea esas cantidades de droga se debe aplicar la pena, por ello los peritos no pueden determinar qué cantidad a parte de la permitida, sea legal para el consumo, y más bien tener en cuenta que esa actividad atenta el derecho a la salud y a vivir en un ambiente sano como lo señala los Artículos 14 y 32 de la Constitución. En tal virtud, sin que exista a favor del procesado causas de inculpabilidad, en estas consideraciones habiéndose comprobado la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, de desechando el recurso interpuesto por el sentenciado Oscar Jacinto Flores Guerra, se CONFIRMA en todas sus partes la sentencia del juez de primera instancia.

La Corte Provincial de Imbabura al igual que el juez de primera instancia, no realiza un análisis sobre la conducta penalmente relevante, el grado de lesividad de la conducta de Oscar Jacinto Flores, ni mucho menos aborda la inconstitucionalidad de la criminalización del consumo de drogas.

Si bien esta es una sentencia de mayoría que ratifica la culpabilidad del procesado y la pena impuesta de 8 meses de prisión; existe un voto salvado, en el que se determina que dentro de la tipicidad objetiva de la infracción, el sujeto activo es el procesado, pero a la vez el mismo procesado es el sujeto pasivo de esta infracción penal, puesto que es evidente de toda la prueba aportada, que es un consumidor de drogas que no debe ser sometido al



escarnio de un proceso penal, mucho menos estar privado de la libertad, de los testimonios de los peritos se determina que el procesado es un enfermo que padece del consumo crónico de drogas.

En este delito de peligro en abstracto, con dicho un (1) gramo neto de cocaína, la corte no puede afirmar que esta cantidad es suficiente para poner en peligro o riesgo la salud pública o el buen vivir de los ciudadanos en general, menos aún para lesionar la salud pública como bien jurídico protegido, tampoco se ha determinado procesalmente que ese gramo estuvo destinado a la venta. El análisis desarrollado por la sala es el siguiente:

[...] Lo que no se adecúa al presente caso ya que la conducta del consumidor de tener en exceso un mínimo de droga para su consumo no es una afección o puesta en peligro de la salud pública, sino que la enfermedad del procesado es un problema que se soluciona fuera del ámbito penal, tal como lo establece el Artículo 364 de la Constitución: Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales. (?).?. Estableciéndose a partir del texto citado una norma constitucional protectora a personas que como en el caso no ponen en peligro efectivo el bien jurídico protegido por la norma penal y que más bien afectan su propia salud, (no existiendo bien jurídico ajeno, individual o colectivo puesto en peligro o lesionado) cuya lesión debe ser tratada como una enfermedad, no pudiendo el Tribunal coincidir con el pronunciamiento Fiscal que ha dicho que la modalidad de la conducta es grave y atenta a vivir en un ambiente sano, ya que dicha afirmación no resiste el análisis legal ni el lógico cuando la Corte Nacional, en Resolución de Triple reiteración No. 924-2013, Juicio No. 323-2012, ha



manifestado: el principio de lesividad (es aquel) según el cual ningún derecho puede legitimar una intervención jurídica punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo. Este principio es casi siempre admitido a nivel discurso, sin perjuicio de que el mismo discurso lo desvirtúe abriendo múltiples posibilidades de racionalizar su neutralización. (Zaffaroni, 2002-128) Lesividad: existirá con el daño o peligro al bien jurídico protegido por el tipo penal. Implica la inexistencia de conducta punible sin amenaza concreta o real, o daño para el bien jurídico tutelado. A lo que se suma que nuestra Constitución establece en el numeral 5 del Artículo 66 como uno de los Derechos de las personas el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás, de lo que se infiere que el acto de Flores recae en el ejercicio de ese Derecho y cuyo abuso no es merecedor del reproche penal sino de tratamiento y rehabilitación de parte del Estado. Entendiéndose de la prueba que en el caso específico no se ha probado la puesta en peligro o lesión del bien jurídico Salud Pública (no existe lesividad), lo que impide la configuración de la antijuridicidad material.

Este análisis no recae en la proporcionalidad estricto sensu –misma que se encuentra desarrollada en la ley-, sino en la interpretación sistemática de la norma a la luz del texto constitucional; analizando la conducta penalmente relevante y el grado de lesividad como punto de partida de la adecuada imputación objetiva al tipo, así como la correcta interpretación de la antijuridicidad formal y material.

La Corte Nacional de Justicia acepta el recurso de casación interpuesto, desarrollando también lo manifestado en el voto salvado de la Corte Provincial de Imbabura, no obstante no dan respuesta adecuada ni oportuna, puesto que la respectiva sentencia se emite el 7 de diciembre de 2016, cuando Oscar Jacinto Flores ya había



cumplido la totalidad de la pena<sup>54</sup>, es decir; ocho meses de prisión<sup>55</sup>. De hecho, la defensa se vio obligada a presentar un habeas corpus para recobrar la libertad del recurrente.

En este caso, se aplicó de manera restrictiva el contenido del artículo 364 de nuestra Carta Magna, excluyendo cualquier indicio de responsabilidad en contra del privado de la libertad, por padecer del consumo de drogas como problema de salud pública. En este caso es innecesario acudir a la teoría de riesgo no permitido.

Esta omisión por parte del sistema de justicia penal, hizo que se desgaste innecesariamente recursos del estado y que se lesionen derechos fundamentales de esta persona. Así por ejemplo, en Alemania, este tipo de casos se archivan ya en la investigación previa ante la figura del sobreseimiento del procedimiento por insignificancia.

## SEGUNDO CASO:

**Proceso No.** 0112120130267

**Delito:** Tenencia y posesión ilícita de estupefacientes, artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

**Procesado:** Daniel Fernando Lensstron Naranjo<sup>56</sup>.

---

54 El caso de OSCAR JACINTO FLORES fue patrocinado de principio a fin por la Defensoría Pública del Ecuador.

55 Cabe acotar que al haberse cumplido los ocho meses de prisión y no haberse resuelto oportunamente la causa en la Corte Nacional de Justicia, se presentó un habeas corpus para exigir la libertad de Oscar Jacinto Flores, en contra del Juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales de Ibarra, como responsable directo de emitir la respectiva boleta de libertad, proceso No. 10103201600031, misma que fue aceptada el 7 de diciembre del 2016.

56 Esta sentencia obtenida a favor de DANIEL LENNSTRON NARANJO, constituye uno de los casos emblemáticos que han sido llevados por la Defensoría Pública del Ecuador de principio a fin, este se encuentra disponible en la página web institucional. El enlace es <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/834/1/07-Daniel.pdf>



**Hecho fáctico:** El día 6 de septiembre del 2012, un grupo de jóvenes amigos, la mayoría pertenecientes al Colegio Benigno Malo de la ciudad de Cuenca, se encontraban libando desde la tarde y consumiendo marihuana; subieron al centro de la ciudad y cuando vieron que la marihuana no era suficiente para consumir toda la noche, se encaminaron al sector denominado “Los Tanques” (zona de tolerancia de la ciudad) para conseguir la sustancia.

Luego de conseguirla, consumieron la sustancia y regresaron al centro de la ciudad; a eso de la 01H30 de la madrugada del día 7 de septiembre del 2012, fueron interceptados por policías, mismos que estaban en labores de rutina, en lo cual se encontró en la mochila de Daniel Fernando Lensstron Naranjo, la cantidad de 46,4 gramos neto de marihuana, la cual fue comprada con el aporte personal de todos y cada uno de los jóvenes, quienes dieron su respectiva cuota y buscaron un sitio para ingerirla, es decir, esa marihuana iba a ser consumida en ese día por todos, o si no, se repartirían entre todos ellos.

**SOBRE LO ACTUADO EN PRIMERA INSTANCIA.** – En la respectiva audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos, en el Juzgado Primero de Garantías Penales de Cuenca, provincia del Azuay, se dictó la medida de prisión preventiva en contra del procesado, en lo posterior se efectuó la audiencia preparatoria de juicio, en la que se dictó sobreseimiento definitivo del proceso y del procesado, bajo la siguiente consideración:

[...] frente a la dogmática postmoderna de la política del estado está la protección de la sociedad, el bien jurídico protegido es la salud pública, por lo que se busca sancionar los delitos de riesgo como la tenencia de drogas, no se debe criminalizar las adicciones; la policía dice que hubo varios individuos en actitud sospechosa, en las fotos se ve que hay varias jóvenes, no estaban



expendiendo los agentes lo encontraron en la mochila, se debe analizar los elementos: es evidente la situación de salud, el análisis toxicológico de positivo para cocaína y marihuana, señala que el procesado tiene problemas de adicción a la marihuana es un adicto y no se puede criminalizar, aunque en el informe dice que es excesivo, pero no para todos los que compraron, el joven es un narcodependiente, por lo que no puede pasar a la próxima etapa penal por ser un adicto como lo establece las análisis toxicológicos y las versiones de los compañeros, porque de conformidad con lo establecido en el Artículo 242 del código de procedimiento penal se dicta el sobreseimiento definitivo del proceso y del procesado en tal virtud se ordena la libertad para lo que se dispone se gire la boleta de libertad, se le indica que debe someterse a un proceso para curar la adicción [...]

Esta decisión fue apelada por la Fiscalía, y consecuentemente revocada por decisión de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, pese a que en el proceso se demostró con las experticias médicas que el procesado consume drogas – marihuana y cocaína- desde los 15, alcohol desde los 14, y nicotina desde los 12 años respectivamente; y que esta cantidad de marihuana se iba a consumir de manera grupal entre todos los amigos con quienes se encontraba el día de los hechos.

Con lo cual se dispone la detención y llamamiento a juicio del procesado. Desarrollando una sentencia de carácter moralista, prohibicionista –propia del inexistente derecho penal de autor- y sancionatorio como extralimitación del derecho penal.

Hecho esto, el Tribunal de Garantías Penales del Azuay estableció la culpabilidad de DANIEL LENNSTRON, bajo el análisis exegético del artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, sin dar valor alguno a las pruebas aportadas por la defensa que en este caso fueron los testimonios de los otros 9 amigos con los que se encontraba el procesado, el examen psicosomático, certificados de internamiento por adicciones





anteriores al proceso penal, certificados de buena conducta y de antecedentes penales, y dando credibilidad únicamente a todos los elementos probatorios de la fiscalía.

[...] El Tribunal a lo largo de la tramitación de esta causa ha observado los plazos que norman la conclusión de los procesos y, fundamentalmente al existir una orden de prisión preventiva dictada en contra del acusado Lennstron Naranjo, emite una sentencia respetando los plazos consignados para efectos de caducidad de la prisión; con lo que, la misma –prisión preventiva- se ha transformado en una condena que debe cumplir el acusado; es decir, se ha dado cumplimiento al ordenamiento procesal penal dentro del marco de una justicia en donde debe primar la celeridad procesal. Por lo expuesto, en razón de lo que se ha probado, éste Tribunal de Garantías Penales tiene la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el acusado Lennstron Naranjo es responsable del mismo, a más de que, conforme a la Convención Única sobre Estupefacientes a la cual el Ecuador se adhirió, las partes prohibirán la producción, fabricación, exportación e importación, comercio, posesión o uso de tales estupefacientes, si a su juicio las condiciones que prevalezcan en su país hacen que sea éste el medio más apropiado para proteger la salud y el bienestar públicos, con excepción de las cantidades necesarias únicamente para la investigación médica y científica, incluidos los experimentos clínicos con dichos estupefacientes que se realicen bajo la vigilancia y fiscalización de la Parte o estén sujetos a su vigilancia y fiscalización directas, el Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPUBLICA, declara a DANIEL FERNANDO LENNSTRON NARANJO, ecuatoriano, no recuerda su número de cédula de ciudadanía, de 19 años de edad, soltero, estudiante, domiciliado en el Puente de Todos los Santos de esta ciudad de Cuenca, autor responsable del delito tipificado y sancionado en el Artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y consecuentemente se le impone la pena de



DOCE AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR EXTRAORDINARIA y MULTA DE SESENTA SALARIOS MÍNIMOS VITALES GENERALES más, al haberse probado atenuantes a su favor que consisten en: a) certificado de conducta del Centro de Privación de Personas Adultas en conflicto con Ley; b) antecedentes penales de los Juzgados y Tribunales de Garantías Penales de Cuenca y del Azuay, respectivamente, que demuestran que el sentenciado no es un individuo peligroso; y, c) ser menor de veinte y un años de edad; situaciones que se encuentran contempladas en el Artículo 29 numerales 6 y 7 del C. Penal, conforme lo dispuesto por el Artículo 85 de la Ley de Sustancias Estupefacentes<sup>57</sup> con relación al Artículo 72 del C. Penal, se le impone la pena modificada de OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA y LA MULTA DE SESENTA SALARIOS MÍNIMOS VITALES GENERALES, pena que la cumplirá en el Centro en donde viene guardando prisión, y a la cual se le descontará el tiempo que por esta causa ha permanecido detenido; ejecutoriada esta sentencia remítase copia de la misma al mentado centro. En atención a lo dispuesto en el Artículo 123 de la Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, se dispone la destrucción de las muestras de la sustancia incautada y se dispone que esta sentencia sea enviada en consulta a una de las Salas Especializadas de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay. Se dispone la interdicción civil del sentenciado, así como se suspenden sus derechos de ciudadanía por un tiempo igual al de la condena [...]

En lo posterior la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, ratifica la sentencia condenatoria bajo los mismos argumentos del Tribunal, es decir sin analizar como un asunto de fondo, la conducta penalmente relevante, la lesividad del bien jurídico protegido, el riesgo permitido, etc.

---

<sup>57</sup> La aplicación de esta ley terminaba siendo aún más gravosa que la misma tabla del CONSEP, puesto que su aplicación quedaba a la total discrecionalidad del juez al no existir como mínimo, una tabla que establezca los respectivos umbrales de tenencia y posesión de drogas, recayendo en la inmotivación y la arbitrariedad.



Basándose en cuestiones de orden moral y prejuicios sociales, antes que un auténtico desarrollo dogmático penal en su decisión, que en definitiva manifiesta lo siguiente:

[...] En lo que tiene que ver con los testimonios de Inés Toledo Coraizaca, Arturo Abad Ávila, María Azucena Vintimilla Ordóñez y Ruth Cedillo Espinoza, que dijeron que les consta que Daniel Lennstron Naranjo no estaba bien y que se le notaba pupilas dilatadas a más de cierta coloración extraña en sus ojos y labios, lo que les hacía presumir que el acusado ingería marihuana o que mezclaba sustancias ajenas al alcohol sin bien es verdad que como se dijo anteriormente hay signos visibles externos de la ingesta de drogas y alcohol, que se aprecian a simple vista sin necesidad de ser peritos, sin embargo el día de la aprehensión del sentenciado pese que él y sus testigos presentados en la Audiencia de juicio sostienen que estuvieron consumiendo marihuana desde las 16h00 del día 06 de Septiembre del 2013, los agentes Ipiales y Chiliguano no observaron ningún signo que les permitiera ese momento evidenciar un estado de ingesta de marihuana. De lo todo lo analizado, la prueba de cargo ha logrado establecer tanto la existencia de la infracción descrita en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y que el acusado Daniel Fernando Lennstron Naranjo es responsable de la misma. OCTAVO. - RESOLUCION. - Por todo lo antes analizado, esta Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, “ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA” desechando el recurso de Apelación interpuesto por el sentenciado Daniel Fernando Lennstron Naranjo, confirma la sentencia venida en grado [...]

El 21 de mayo de 2014, la Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia emitió la respectiva sentencia en la cual ratifica el estado de inocencia



del procesado, misma que se emite una vez que el procesado ha pasado un buen tiempo en la cárcel, afectando su proyecto de vida y demás derechos conexos de un joven de 19 años de edad.

En esta sentencia si bien se desarrolla la tipicidad objetiva de Eugenio Raúl Zaffaroni, también posee ciertos espacios donde se analizan aspectos propios de la imputación objetiva, así:

[...] En esta dirección, es oportuno considerar lo que refiere Eugenio Raúl Zaffaroni en materia de tipicidad ya que: “El tipo objetivo importa, de este modo, dos momentos, por lo cual, en su interior, deben distinguirse: a) una función sistemática (que permite afirmar la existencia del espacio problemático, descartando todas las conductas inocuas), y luego (b) una función conglobante (que permite averiguar la conflictividad). La tipicidad sistemática, o sea, la existencia del espacio problemático, se establece con el tipo penal aislado, o sea, con la mera fórmula que aparece en el texto de la ley... Si el tipo exige circunstancias especiales (es un llamado tipo circunstanciado) habrá que comprobar

También su presencia... Una vez afirmada la presencia del espacio problemático (mediante la función sistemática) será necesario determinar si lo abarcado por este constituye un conflicto (función conglobante). Pero para este segundo paso no basta con la consideración aislada del tipo, sino que debemos valernos de la misma fórmula legal considerada ahora como parte de todo un conjunto orgánico normativo (el orden normativo), es decir, conglobada con todo el resto de normas vigentes. De este modo se averigua la tipicidad objetiva conglobante, mediante el tipo conglobante, que es el conjunto de elementos del tipo objetivo que tomamos en cuenta para afirmar la conflictividad. La conflictividad depende de dos circunstancias: a) que haya lesividad, o sea, una lesión (aun derecho o bien jurídico ajeno) y b) que sea objetivamente imputable a la gente como obra propia [...]



En esta sentencia se utiliza la forma de concebir la tipicidad, lo cual nos haría entender, que esta posee una concepción finalista, no obstante, más adelante también se desarrollan –aunque de manera somera- presupuestos propios de la imputación objetiva. Mismos que también son determinantes para la ratificación de inocencia de Daniel Lennstron Naranjo; tales como el de la creación de un riesgo jurídicamente permitido, el ámbito de protección de la norma. Esta sentencia presenta una mixtura de presupuestos del finalismo y de la imputación objetiva –aunque de manera intrínseca-, de esta manera:

[...] De ahí que, a partir de ésta interpretación se permite un entendimiento de la tenencia y posesión de sustancias sujetas a fiscalización, desde el principio de mínima intervención penal o del derecho penal como ultima ratio, pues dicha conducta se arguye como socialmente adecuada, a crear un riesgo jurídicamente permitido con mínima relevancia para el bien jurídico, así que entenderlo de otro modo implica inscribirse en una teoría que defienda la “exclusiva protección de las normas”, a su parte sancionadora, desentendiéndose del porqué o privilegiando la antijuridicidad formal sobre la material. Esta interpretación es grave porque prescinde del contexto valorativo centrándose en el incumplimiento de deberes, lo que conlleva a un derecho penal autoritario, sin posibilidades de llevarnos “a mejores tiempos” [...]

La Corte Nacional manifiesta que esta sentencia desarrollada por la Corte Provincial de Justicia del Azuay, se hace con criterios *peligrosistas, prejuiciosos, moralistas y discriminatorios*, así:

[...] De esta manera, la sentencia impugnada refleja que las juezas y jueces basaron su análisis de los hechos e incluso probabilístico, en estereotipos, pues



“Asignar estereotipos...es el proceso de atribuirle a un individuo, características o roles únicamente en razón de su aparente membresía a un grupo particular...produce generalizaciones o preconcepciones concernientes a los atributos, características o roles de quienes son miembros de un grupo social particular, lo que significa que se hace innecesario considerar las habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales de cada miembro”

Es evidente entonces, que utilizar este tipo de conceptos en el presente caso, mencionando ciertas características físicas atribuibles a los consumidores de alcohol y sustancias sujetas a fiscalización, que al parecer no las encontraron, permite basarse en suposiciones que, producen perjuicios como la negación al beneficio que se encuentra contemplado directamente en el artículo 364 de la Constitución de la República, pues se ha adecuado los hechos a un tipo penal que por ende permitió la criminalización de Daniel Fernando Lennstron Naranjo y la imposición de una pena privativa de la libertad, así como el asignar al procesado roles estigmatizantes en la sociedad [...]

[...] Lo cual permite colegir que el proceso penal seguido en contra de Daniel Fernando Lennstron Naranjo constituye una discriminación en razón de su condición de consumidor de sustancias sujetas a fiscalización lo cual menoscabó del goce de sus derechos que sí se reconocen a quienes tienen esta condición. En consecuencia, siendo que la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay ha incurrido en una violación a la ley es procedente el presente recurso [...]

### **TERCER CASO:**

**Proceso No.** 1825320121087. Juzgado Tercero de Garantías Penales de Ambato, Tungurahua.

**Proceso No.** 1817120130265 en el Tribunal de Garantías Penales de Tungurahua.



**Proceso No.** 1772120131425 en la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Tungurahua y en la Corte Nacional de Justicia respectivamente.

**Delito:** Tenencia y posesión ilícita de estupefacientes, artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Procesado: Karina Alexandra Carpio Cayambe.

Hecho fáctico:

El día 4 de noviembre del 2012, Karina Alexandra Carpio Cayambe se encontraba junto con su hija de ocho años de edad, y se prestaban a ingresar al Centro de Rehabilitación Social de Ambato. Al momento del respectivo registro, la guía del mencionado Centro de Rehabilitación, señora Lourdes Calapiña Cunalata, inspeccionaba al momento que ellas hacían la respectiva fila para ingresar al Centro, procede a la requisa de su hija de ocho años de edad y encuentra en el interior de la capucha una envoltura conteniendo en su interior 150 gramos peso bruto de marihuana, al momento de la detención la madre mencionó que ella no sabe respecto del paquete que le habían puesto a su hija, ya que ese día se descuidó de ella por unos momentos, cuando fue a encargar las llaves en una “carpita” donde venden caramelos, además dijo que esperó debajo de un árbol porque estaba un fuerte sol, y ratifica que de la casa, su hija menor de edad salió sin droga;

**SOBRE LO ACTUADO EN PRIMERA INSTANCIA.** – El 5 de noviembre de 2012 se da la audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos en contra de Karina Alexandra Carpio Cayambe, por el delito de posesión y tenencia de drogas contante en el Artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Fiscalía siempre consideró que la responsable de dicho delito era la madre, puesto que quien no tiene conciencia y voluntad de la tenencia y posesión de dicha sustancia es la niña, pero sí



su mamá, quien es la que le induce a esta situación, en dicha audiencia se dispone la medida extrema de prisión preventiva.

En la respectiva audiencia de Presentación y Sustentación de Dictamen (anterior Código de Procedimiento Penal) del 12 de enero del 2013, a las 14h00, el juez de garantías penales acoge el dictamen fiscal sin realizar un análisis de los hechos expuestos a la luz de la teoría del delito, dando con lugar el aserto del fiscal, que atribuía la responsabilidad de la madre, teniendo como criterio preponderante el de la presunción de culpabilidad en contra de la madre, puesto que al considerar que la hija de 8 años es impúber e inimputable, la responsable es la madre, al haber sido ella quien la llevó a la cárcel, y considerar que ella tuvo contacto previo con dicha sustancia, es decir, el dictamen acusatorio se basó en meras presunciones.

El principal razonamiento judicial que hace dicho juez previo a la aceptación del dictamen acusatorio fue el siguiente:

[...] con estos antecedentes y al referirme a los puntos controvertidos por la defensa técnica de la Procesada al referirse a la materialidad de la infracción en concreto ha señalado que no existe responsabilidad de su defendida la señora KARINA ALEXANDRA CARPIO CAYAMBE, puesto que la sustancia incautada no ha sido encontrada en su poder, posesión o tenencia, ya que señala que la sustancia sujeta a fiscalización se la encontró en la capucha que se encontraba puesta la menor LIA DE LAS MERCEDES SANCHEZ CARPIO de ocho años de edad; Al respecto de esto uno de los elementos con los que cuenta fiscalía para la sustentación del caso es la versión de la testigo presencial, la Guía Penitenciaria Lourdes Belén Calapiña Cunalata quien cumpliendo con sus obligaciones se encontraba realizando los registros a las personas que ingresaban al Centro de Rehabilitación de esta ciudad de Ambato, y que en la parte pertinente de la versión señala: “...le revisé a la señora





(Karina Alexandra Carpio Cayambe) y le empecé a revisar a la niña y la señora estaba con la mano en la capucha de color amarillo de la niña, como decir tapándole la capucha de la niña y entonces yo procedí a verle dentro de la capucha un paquete mediano empacado en una funda de plástico de color negro, embalado con cinta transparente, yo procedí a coger el paquete y la señora me dijo que era la primera vez y que por favor le deje pasar y que no avise a nadie...(lo subrayado, negrillas e inserto en los paréntesis me pertenece) ” circunstancia que dio a conocer al Jefe de N. 2 del CRS Ambato, mediante el respectivo parte de novedad, siendo este otro de los elementos presentados por fiscalía; Razón por lo cual considero que con esto se crea la presunción de que la señora KARINA ALEXANDRA CARPIO CAYAMBE, estaba en contacto con la sustancia sujeta a fiscalización incautada en el centro de rehabilitación de Ambato el día 04 de noviembre del 2012, a eso de las 11H50 según sostiene fiscalía y que así mismo la procesada conocía de la misma puesto que nuevamente remitiéndome a la versión antes señalada al momento de que la Guía Penitenciaria procedió “... a coger el paquete y la señora le dijo que era la primera vez y que por favor le deje pasar y que no avise a nadie...”; actuando de esta manera con voluntad y conciencia de los hechos que se encontraba realizando, cosa muy por el contrario de la niña LIA DE LAS MERCEDES SANCHEZ CARPIO quien al ser una impúber, es incapaz ante la ley, y es más quien la llevó al Centro de Rehabilitación Social de Ambato es su madre, resultando ilógico el pensar que la menor de edad tendría algún tipo de responsabilidad en este hecho [...]

[...] Acogiendo el dictamen fiscal, y al considerar la existencia de presunciones graves y fundadas del delito de tenencia ilícita de drogas, tipificado y sancionado en el artículo 62 de la Ley de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, así como de la participación de la persona procesada en calidad presunta autor, con fundamento en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal conforme lo ya anunciado DICTO AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO en contra del señor KARINA ALEXANDRA CARPIO CAYAMBE [...]



El 23 de junio de 2013, a las 16h35, se dicta sentencia absolutoria, ratificando el estado de inocencia de la procesada, al considerar que fiscalía no logró demostrar que hubo una relación corporal entre el procesado y la sustancia encontrada en poder de su hija, mucho menos una conducta dolosa previa que haga entrever que la misma madre fue quien puso esa sustancia en la ropa de su hija, el respectivo tribunal menciona:

[...] El acto típico se consuma al efectuarse la acción respectiva, en forma clandestina o fraudulenta, sin que sea preciso el uso personal ulterior de la droga. El dolo genérico se integra por el conocimiento, o porque a sabiendas conoce que es droga, y por la voluntad y conciencia de elaborarla, distribuirla, venderla o suministrarla de manera clandestina o fraudulenta. Otra forma de la infracción consiste en los actos preparatorios especialmente reprimidos como delito autónomo o sea que el responsable tenga en su poder cualquier cantidad de droga estupefacientes con el fin (dolo específico) de expenderla, suministrarla, distribuirla en forma clandestina y fraudulenta. En el delito de tenencia o posesión ilícita de estupefacientes se encuentran reunidos los elementos constitutivos del mismo, por lo siguiente: 1) El elemento subjetivo que se descompone en dos partes: a) El ánimo o dolo de mantener la droga en su poder y b) La finalidad de conservar dicha droga. 2) El elemento objetivo está dado por la droga que consta como evidencia física...” En la especie, no existe prueba de la responsabilidad de la acusada para aplicar en su contra el Artículo 62 de la de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas [...]

No obstante, esta sentencia es revocada por la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua -al haber subido a consulta esta decisión al superior- declarándola culpable en calidad de autora del delito constante en el artículo 62 de la Ley de Sustancias



Estupefacientes y Psicotrópicas, atribuyendo la culpabilidad de la procesada bajo criterios peligrosistas y carentes de análisis desde la teoría del delito.

En el respectivo análisis del caso, pese a que la acusación solo aporta versiones de la guía que hace la requisita y demás personal de la cárcel de Ambato, la Corte Provincial termina invirtiendo la carga probatoria a la defensa, violando la presunción de inocencia, se desacredita la prueba testimonial de la procesada sin fundamento alguno, suponiendo además que la procesada tenía conocimiento y un claro dominio de los hechos, desnaturaliza la atribución del dolo mediante una inadecuada imputación subjetiva, sin establecer de manera clara la relación de voluntad que debe existir entre el tipo objetivo y su autor, que son aspectos fundamentales para atribuir la antijuridicidad estricto sensu.

Análisis que la sala hace de esta manera:

[...] QUINTO. - ANALISIS DE LA SALA. [...] de igual manera las declaraciones de sus testigos dan muestra que se había acordado previamente el día de ingreso de la sustancia y por ello se tenía este conocimiento; su versión de que la sustancia fue colocada en la capucha de su hija menor de edad en un momento de descuido no tiene base probatoria pues nadie ha declarado que la menor se haya encontrado sola el día del lugar de los hechos, por el contrario al haber intentado evitar que se requiese la capucha de la menor se determina el dolo con el que obró Karina Alexandra Carpio Cayambe, en el cometimiento del delito de tenencia ilegal de sustancias estupefacientes y psicotrópicas tipificado en el Artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. La Sala observa que la utilización de su hija menor de edad, inimputable para el hecho, es un acto que repugna al comportamiento social, pues lo que se ha pretendido es desplazar la responsabilidad frente al ilícito de la tenencia de sustancias ilícitas, sin importarle para ello el utilizar a sus propios hijos. El Artículo 42 del Código Penal determina que: “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, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; 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; 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; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin”. La autoría, en este artículo se incluye en primer lugar a los autores del delito propiamente tales, o autores materiales; pero también se extiende ampliamente el concepto de autor a quienes han intervenido en el delito de otra manera: a los llamados, en la tradición penal ecuatoriana, autores intelectuales; estableciendo entre estos a aquellos que han determinado la perpetración del delito y lo han efectuado valiéndose de otras personas, imputables o no, como ocurre en el presente caso. El tratadista Francisco Muñoz Conde en su obra teoría general del delito, pág. 155 manifiesta que "es autor quien domina finalmente la realización del mismo (del delito), es decir, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización”; es evidente que en el presente caso la acusada ha utilizado a su hija menor de edad; sin embargo, de ello la responsabilidad en la autoría del delito tipificado en el Artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas [...]

Que la sala de la Corte Provincial de Tungurahua atribuya responsabilidad penal sin que exista conexión entre la puesta en peligro o la lesión a la salud pública como bien jurídico protegido como exigencia para una adecuada imputación objetiva, convierte a esta sentencia en arbitraria por carecer de una adecuada motivación.

**DE LO ACTUADO POR LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.** - El 6 de junio de 2014, a las 09h00 la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y



Transito de la Corte nacional de Justicia emite sentencia ratificatoria de inocencia a favor de KARINA ALEXANDRA CARPIO CAYAMBE, toda vez que la Corte Provincial no desarrolla su sentencia con un razonamiento adecuado, que permita una relación lógica entre los hechos desarrollados en el proceso y la subsunción de los mismos al tipo penal en mención, sobre todo lo desarrollado en el considerando quinto de su sentencia conforme lo mencionado ut supra.

La sentencia recurrida hace una incorrecta atribución del dolo a la procesada, bajo el argumento, de que el haber querido evitar que la guía penitenciaria revise las prendas de vestir de su hija es prueba suficiente que acredita la culpabilidad de la procesada; lo cual vulnera la presunción de inocencia del justiciable, pue le corresponde a la Fiscalía enervar la presunción de inocencia y no a la defensa tener que demostrarla.

El razonamiento de la Corte Nacional de Justicia es el siguiente:

[...] Tales presunciones, menoscaban la garantía constitucional de presunción de inocencia ya que se está contrariando el principio por el cual es la parte acusadora la encargada de atender la probanza y como tal tiene a su cargo la obligación de demostrar la culpabilidad del imputado o imputada, y no éste o ésta la de su inocencia.

En el sub lite, correspondía no sólo una subsunción de los hechos al tipo penal existente sino una interpretación garantista del caso, pues conforme señala el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, la duda sobre los hechos que tienen como base la acusación, constituye una garantía básica y en consecuencia corresponde ratificar la inocencia de la procesada. En este sentido la Corte Constitucional del Ecuador ha mencionado que: "...se convendrá en la que la presunción de inocencia se puede traducir en el aforismo bien conocido en el derecho anglosajón: "Para declarar la culpabilidad de una persona, ésta deber ser probada sin que quede espacio para la duda razonable." [...]



Desde la imputación objetiva tenemos que la correcta interrelación entre la conducta y el acto lesivo de derechos es fundamental para determinar la responsabilidad penal, es decir; como bien ha mencionado el maestro Gimbernat Ordeig; la imputación objetiva, la imputación subjetiva y la imputación individual constituyen los tres niveles fundamentales para una adecuada imputación al responsable de una infracción penal.

Finalmente, la Corte Nacional resuelve de esta manera:

[...] En consecuencia, siendo que la Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua ha incurrido en una violación a la ley, pues se ha demostrado una contravención expresa del artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, este Tribunal de Casación considera que es procedente el presente recurso.

En mérito de lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia,

RESUELVE: Declarar procedente el recurso de casación interpuesto por la señora procesada Karina Alexandra Carpio Cayambe, por haber demostrado que la Sala Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua ha violado la ley por contravención expresa del artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal. Enmendando el error de derecho antes señalado se ratifica el estado de inocencia de la ciudadana Karina Alexandra Carpio Cayambe, y se dispone el cese de todas las medidas cautelares dispuestas en su contra [...]



En este caso concreto, no se requiere ahondar en la aplicación del presupuesto de la imputación objetiva, siendo suficiente el análisis del dolo y la carga probatoria de las partes, en especial de la acusación fiscal, siendo esta última quien tiene la obligación de demostrar que la madre tenía conocimiento y que fue ella quien introdujo la droga en la capucha de su hija.

### **3.2. CONCLUSIONES**

1.- La teoría de la imputación objetiva, que si bien experimenta su auge en los años 70 del siglo XX en Europa, en nuestra región es un tema de nueva data, que gana cada vez más espacio en el debate académico y en el foro jurídico<sup>58</sup>. Cabe acotar que en países vecinos como Colombia y Perú se encuentra más consolidada su aplicación.

2.- La imputación objetiva tiene como misión, desarrollar criterios normativos que superen la mera causalidad y así explicar por qué la tipicidad va mucho más allá de una sumatoria de elementos ontológicos y axiológicos.

3.- Si bien el COIP ha experimentado reformas que entraron en vigencia desde el 21 de junio de 2020, que hacen suponer a muchos que este se inclina totalmente por ser finalista, esto no es absoluto, pues sin perjuicio de la definición del dolo que brinda el artículo 26 *ibídem*, existen normas que brindan total apertura a la interpretación y aplicación de la imputación objetiva como carta de presentación del funcionalismo.

---

58 Pese a que existan críticas desde el finalismo, bajo el argumento que esta deja sin el componente subjetivo al delito. No obstante, como he manifestado a lo largo de esta investigación, la imputación objetiva surge como una superación de la causación, sea esta dolosa o imprudente, y un claro complemento del finalismo.



4.- En nuestro ordenamiento jurídico existe suficiente apertura normativa para la interpretación y aplicación de la teoría de la imputación objetiva; por una parte, el COFJ<sup>59</sup> que nos indica sobre el especial espacio que ocupa la doctrina penal en el quehacer de nuestros jueces al momento de resolver, constituyendo un parámetro de calidad de las sentencias.

5.- Del análisis integral de los artículos 22, 25 y 29 del COIP vislumbramos los elementos configuradores de la imputación objetiva, al establecer por una parte que los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes –aspecto común a las infracciones dolosas y culposas- para determinar si existe antijuridicidad o no, la importancia de determinar la tipicidad y la interpretación teleológica de la norma penal que no es patrimonio exclusivo del finalismo.

Estas distintas cláusulas de apertura normativa nos hacen ver que tenemos un sistema jurídico penal híbrido.

6.- Si bien existe apertura para la aplicación de la imputación objetiva en nuestro ordenamiento jurídico penal, debemos reconocer que ya existe una sistemática finalista de ubicación del dolo y la culpa en el tipo como acontece en España. No obstante, resulta insuficiente para resolver determinados casos, por ejemplo, con los delitos no convencionales y concretamente los de tenencia y posesión de drogas.

---

<sup>59</sup> Art 28 inciso 3 del COFJ “Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia”





Por tanto, la imputación objetiva resulta un excelente complemento<sup>60</sup> o correctivo para aquellos casos en los que la teoría finalista de la acción resulta insuficiente o presenta contradicciones.

**7.-** Se pueden utilizar criterios de la imputación objetiva en el aspecto objetivo del tipo y posteriormente, o incluso en ciertas ocasiones de manera anterior, acudiendo a sus presupuestos para demostrar que no siempre existe dolo o culpa en determinados casos sometidos a la justicia penal ecuatoriana.

**8.-** Lo fundamental no es si la acción era final, sino, si entre acción y resultado hubo una determinada relación de riesgo, lo cual se comprueba a través de los criterios desarrollados por la imputación objetiva, que permiten imputar objetivamente el resultado y afirmar la existencia de la tipicidad de una conducta.

**9.-** Si bien la imputación objetiva tiene su génesis en los delitos culposos -en los que se tiene que analizar aspectos tales como la infracción del deber objetivo de cuidado o la previsibilidad del resultado-, esta va tomando forma también en los delitos dolosos -donde el quebrantamiento es muy evidente y no reviste problema alguno para la imputación- y en aquellos llamados no convencionales, entre los cuales podemos ubicar a los delitos de peligro en abstracto como es el de tenencia y posesión de drogas.

**10.-** En los delitos de tenencia y posesión de drogas la imputación objetiva cumple un rol fundamental, así por ejemplo en el ámbito del dolo además del querer y conocer, se requiere analizar la previsibilidad objetiva, el aumento del riesgo permitido y el ámbito de protección de la norma que son aspectos fundamentales de la imputación objetiva.

---

60 La imputación objetiva exige que la acción humana haya producido un riesgo que merezca el reproche de la ley penal, debe además haberse producido el resultado y debe encontrarse comprendido dentro de los fines de protección de la norma penal



**11.-** En los delitos de peligro en abstracto, entre los cuales se ubican los delitos de tenencia y posesión de drogas resulta ineficaz la aplicación exegetica de la tabla de drogas del CONSEP, lo cual ahonda el problema de la criminalización del consumo de drogas y solo traslada este problema social a otro problema social, como es el fallido sistema de rehabilitación social.

**12.-** En nuestro sistema de justicia penal, pese a existir expresa disposición constitucional y pronunciamiento de nuestra Corte Constitucional que prohíbe la criminalización del consumo de drogas y norma expresa en el COIP; y que existe la suficiente apertura normativa para la aplicación de la imputación objetiva, se antepone la aplicación sesgada y arbitraria de la tabla de drogas emitida por el CONSEP, sin que medie un debido análisis constitucional, acudiendo a la teoría del delito y la dogmática penal para resolver este tipo de fenómenos.

**13.-** Para hacer valedera la interpretación y aplicación del art. 364 de nuestra Constitución, hay que aplicar esta norma de manera restrictiva, es decir, si se demuestra que estamos frente a una persona narcodependiente, esta no debe ser privada de la libertad ni mucho menos sometida al escarnio de un proceso penal, salvo que objetivamente se demuestre que estaba comercializando la droga valiéndose de su condición de consumidor.

**14.-** Nuestro sistema de justicia penal –en especial la jurisprudencia de nuestra Corte Nacional de Justicia- no ha establecido líneas claras de como se debe entender o aplicar la imputación objetiva en los delitos vinculados a la tenencia y posesión de drogas, pues en esta, si bien predomina la teoría finalista de la acción, considero que requiere para un mejor resolver, de la labor complementaria y correctiva de la imputación objetiva.

Nuestra Corte Nacional de Justicia, cuando hace mención a los criterios de la imputación objetiva lo hace de manera muy ligera, pero sin la intención de sentar una línea



jurisprudencial sobre esta teoría y su aplicación en los delitos vinculados a drogas. Haciendo notar que su producción jurisprudencial se apega más al finalismo.

**15.-** Con los puntos ya mencionados se justifica el problema de investigación planteado.

**16.-** Esta inexactitud se debe, entre tantos factores, a la presión social y mediática que existen alrededor de este tipo penal, donde juega un papel fundamental el populismo punitivo; la falta de técnica legislativa y abordaje técnico que se le debe brindar a esta teoría desde nuestros tribunales.

**17.-** La dogmática jurídico penal aún es renuente a aceptar el rol de la imputación objetiva en nuestro quehacer jurídico; existe poca importancia y desarrollo desde la academia en cuanto al estudio de la imputación objetiva, y como ejemplo de esto tenemos que son muy pocos los juristas ecuatorianos que han profundizado en estudios de la misma.

Por tanto, los espacios que merecen especial atención para el desarrollo teórico y práctico de la moderna teoría de la imputación objetiva radica en la producción académica de nuestras universidades, la Escuela de la Función Judicial –cuya sede se encuentra en la ciudad de Cuenca- para capacitar a absolutamente todos nuestros operadores jurídicos penales, y junto con ello los colegios profesionales de abogados de todo el país.



## BIBLIOGRAFÍA

- Alcocer, W. (2015). Teoría de la Imputación Objetiva en la Jurisprudencia Peruana. Desarrollo Jurisprudencial a partir del año 2011. Derecho y Cambio Social. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5456411.pdf>
- Ávila, R. (2012). La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. En Roberto Gargarella (Coord.). Buenos Aires, Argentina: Miño y Dávila Editores.
- Arias, M. (2006). Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical. Cuadernos de filosofía del derecho, p. 439-453. <https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.24>
- (Coord.). Buenos Aires, Argentina: Miño y Dávila Editores.
- Aristóteles. (2005). Ética a Nicómaco. (1ª. ed.). (Trad. J. Calvo). Madrid, España: Alianza Editorial S.A.
- Azcárete de, P. (1872). Obras completas de Platón. Las Leyes. Puestas en lengua castellana por primera vez. Madrid, España: Medina y Navarro Editores.
- Barrera, J. (2007). Teoría de la imputación objetiva del resultado. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, año 6, No. 12. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2757269>
- Cancio, M. (2001). Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva. Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Bacigalupo, E., (1998). Manual de Derecho Penal, Parte General. Bogotá, Colombia: TEMIS.
- Cerezo Mir, J., (1998). Curso de Derecho Penal español. Parte General. Tomo II. (6ª. ed.). Madrid, España: Editorial Tecnos.



- Cordini, S. (2015). “El renacer de las teorías de la imputación en la dogmática jurídico-penal: ¿hacia una etapa superadora o involución a concepciones pre-científicas?”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 36, No. 100, enero-junio de 2015. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, p. 89-123. <http://dx.doi.org/10.18601/01210483.v36n100.06>
- Cordini, S. (2014). El sistema de imputación penal en la filosofía de Hegel: la relación entre delito, imputación y pena, en *Revista Pensamiento Penal*, p. 1-34. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39950-sistema-imputacion-penal-filosofia-hegel-relacion-entre-delito-imputacion-y-pena>
- Dal Dosso, D. (2011). Teoría de la imputación objetiva. Investigación para la evaluación final correspondiente a la VI Edición del Master propio en Derecho Penal Universidad de Sevilla. Recuperado de <http://master.us.es/cuadernosmaster/8.pdf>
- Díaz, E. Imputación normativa del resultado a la conducta (una propuesta de fundamentación y aplicación en México). Libro homenaje a Claus Roxin: la influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Tomo II. México: Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2006.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Jescheck, H. Weigend T. (1995). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 5ª. Edición. (Trad. Cardenete M.) Pacífico Editores.
- Krauth, S., (2018). *La Prisión preventiva en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Defensoría Pública del Ecuador. Serie Justicia y Defensa. 8.
- Fontán, C., (1980). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo- Perrot.



- Franco, E. (2016). Estudio de la Teoría de la imputación objetiva en Derecho Penal. Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Publicada en abril de 2100 y actualizada en diciembre de 2016, p. 217-263. Recuperado de <https://www.revistajuridicaonline.com/2011/04/estudio-de-la-teoria-de-la-imputacion-objetiva-en-derecho-penal/>
- Hegel, G. (1968). Filosofía del Derecho. (5ª. ed.) (Trad. A. Mendoza). Buenos Aires, Argentina: Editorial Claridad S.A.
- Hierro, L. (2003). La eficacia de las normas jurídicas. Barcelona, España: Editorial Ariel.
- Jakobs, G. (1996). La imputación en el Derecho Penal. (1ª. ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial AD-HOC S.R.L.
- Jakobs, G. (1996). Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Madrid, España: Editorial Civitas.
- Jakobs, G. (1997). Derecho Penal Parte General: Fundamentos y Teoría de la imputación. (2ª. ed.) (Trad. J. Serrano). Madrid, España: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (2002). Los pormenores del tipo objetivo mediante la acción. En Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal. (1ª. ed.). Caracas, Venezuela: Editorial Jurídica Bolivariana.
- Kaufmann, A. (1985). ¿Atribución objetiva en el delito doloso? (Trad. J. Cuello). Madrid, España: En anuario de Derecho y Ciencias Penales.
- Kuri, J. (2013). Imputación a la víctima en delitos de resultado en México. (1ª. ed.). México. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Martínez, M. (1992). La imputación objetiva del resultado. Madrid, España: EDERSA.
- Mezger, E. (1984). Tratado de Derecho Penal. Madrid, España: Revista de Derecho Privado.



- Mir, S. (2003). Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), Número 05-05, p. 1-19. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-05.pdf>.
- Mir, S., Martínez, F., Cancio, M., López, C., Reyes, Y., Modollet, J. (2005). Imputación Objetiva y Dogmática Penal. Mérida, Venezuela. Universidad de Mérida.
- Mir, S. (2006). Tratado de Derecho Penal. (8ª. ed.) Barcelona, España: Editorial Reppertor.
- Muñoz, Machado, S. (2015). Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Vol. 7. (Cuarta edición). Madrid, España: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Muñoz Conde, F. (1989). Teoría general del delito, Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Montealegre, E. et al. (2003). El Funcionalismo en derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Paladines, J. (2017). Consumir y castigar: la penalización del consumo en tiempos de cólera. Defensa y Justicia. Revista institucional de la Defensoría Pública del Ecuador. (26). 11-15.
- Quinceno, F. Comp. (2002). Imputación Objetiva y antijuridicidad. Bogotá, Colombia: Editorial Jurídica Bolivariana.
- Prado, L., de Méndez E. (2007). Teorías de la Imputación Objetiva de Resultado. Una aproximación crítica a sus fundamentos. (1ª. ed.) (Trad. L. Álvarez). Lima, Perú: ARA Editores E.I.R.L
- Reyes, Y. (2005). Imputación Objetiva. (3ª. ed.) Bogotá, Colombia: EDITORIAL TEMIS S.A.
- Roxin, C. (1979). Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. (Trad. E. Bacigalupo). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.



- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. (Trad. F. Muñoz Conde). Madrid, España: REUS S.A.
- Roxin, C. (1993). *Derecho Penal. Parte general*. Vol. 1. Madrid, España: Ediciones Civitas.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. (2ª. ed.). Madrid, España: Civitas S.A.
- Roxin, C. (2002). *Política criminal y sistema del derecho penal*. (Trad. F. Muñoz Conde). (2da. Ed.) Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi SRL.
- Roxin, C. (2012). *La imputación objetiva en el Derecho penal*. Lima, Perú: Grijiley.
- Schunemann, B. (1996). Consideraciones sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana. En *anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. (Trad. M. Cancio Meliá). p. 187-218. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46492>.
- Vásquez F. (2016). *El punto de inflexión de la Imputación Objetiva en el Código Orgánico Integral Penal*. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Vélez, G. (2000). *La imputación objetiva: fundamento y consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones funcionalistas de Roxin y Jakobs*. Recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080527\\_35.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_35.pdf)
- Welzel, H. (1987). *Derecho Penal Alemán. Parte General*. (12ª. ed.). (Trad. J. Bustos y S. Yáñez). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Zambrano Pasquel, A. (2014). *Estudio introductorio al Código Integral Penal*. Vol. 2. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Zambrano Pasquel, A. (2017). *La imputación objetiva, opúsculos penales y constitucionales*. Guayaquil, Ecuador: Murillo Editores
- Zaffaroni, E. (2009). *Moderna dogmática del tipo penal*. Lima, Perú: Ara Editores.





Zavala, J. (2014). Código Orgánico Integral Penal (COIP): Teoría del delito y sistema acusatorio. Guayaquil, Ecuador: Editores Murillo.

**Normativa consultada:**

Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento No. 180, 10 de febrero de 2014.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.

Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial Suplemento 544, 09 de marzo del 2009.

Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Recuperado de <http://jurcom5.juris.de/bundesrecht/stgb/index.html>.

Convención Internacional de Drogas de 1998.

Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 490, del 27 de diciembre del 2004.

Resolución 002-CONSEP-CONSEP-CD-2015, publicada en el Registro Oficial No. 628 del 16 de noviembre del 2015.

**Recursos consultados en internet:**

[www.politicacriminal.cl](http://www.politicacriminal.cl)

<http://www.prevenciondrogas.gob.ec/>

<https://www.defensoria.gob.ec/>

<https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/>

<https://www.corteconstitucional.gob.ec/>