

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho Penal

**Hacia una comprensión constitucional del derecho penal del riesgo,
bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto**

Pablo Andrés León González

Tutor: José Andrés Charry Dávalos

Quito, 2024



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Pablo Andrés León González, autor del trabajo intitulado “Hacia una comprensión constitucional del derecho penal del riesgo, bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que, en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

9 de octubre de 2024

Firma: _____

Resumen

Esta investigación examina el riesgo en la sociedad actual y su impacto en el derecho penal, destacando cómo la expansión de este ha llevado a cuestionamientos sobre su legitimidad, especialmente en cuanto al peligro abstracto y los bienes jurídicos colectivos. Se argumenta que, a pesar de la crítica dominante, el derecho penal puede utilizar estas figuras para proteger derechos constitucionales, si se reformulan adecuadamente. En este contexto, se propone redefinir tanto el concepto de bien jurídico protegido como el principio de lesividad, permitiendo en ciertos casos la penalización anticipada de conductas peligrosas para responder a riesgos incontrolables. Se concluye la investigación con la proposición de cuatro parámetros que deben seguirse para el correcto uso del peligro abstracto. Se analizan ejemplos como el tráfico ilícito de migrantes y los trabajos peligrosos, destacando la insuficiencia de las medidas administrativas y la necesidad de un enfoque penal reformulado. La metodología incluye análisis dogmático, inductivo y cualitativo.

Palabras clave: sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, expansión penal, peligro abstracto, bienes jurídicos colectivos

A quienes me dieron la oportunidad, y no pude hacerlo. Con este trabajo pretendo pagar esa deuda teórica que tenía con la ciencia penal desde que conocí su caso. Les pido perdón a nombre del derecho penal de resultado.

A quien me aleja del bucle existencial, por momentos, gracias por brindarle un poco de paz a esta vida desordenada.

Agradecimientos

A la Divina providencia que me sostiene, por todo. A mis padres y mi hermana, por el amor. A José Charry, director de este trabajo, por el derecho penal.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero: Explorando el horizonte del riesgo: Sociedad, control y derecho penal en la actualidad	15
1. El riesgo y el control: Una aproximación a los conceptos.....	16
1.1. Estado actual de la discusión sobre el riesgo: distinciones conceptuales	18
2. Una aproximación a la sociedad del riesgo	21
2.1. El derecho frente a la sociedad del riesgo.....	24
2.2. Derecho penal frente a la sociedad del riesgo: hacia un derecho penal del riesgo	26
3. Punto crítico de la cuestión	30
Capítulo segundo: Explorando los fundamentos de un derecho penal del riesgo legítimo: Perspectivas de los bienes jurídicos y los delitos de peligro abstracto.....	35
1. Discusión en torno a los bienes jurídicos: los niveles analíticos	35
1.1. Fuente de los bienes jurídicos en la función político criminal	39
1.2. Bienes jurídicos colectivos y su reconocimiento constitucional.....	41
1.3. El problema.....	45
1.4. Toma de posición.....	50
2. Sobre los delitos de peligro abstracto en el derecho penal ecuatoriano: el problema	52
2.1. Hacia una comprensión legítima de los delitos de peligro abstracto en el Estado constitucional de derechos.....	53
Capítulo tercero: Casos de estudio, la protección de derechos en el ámbito del derecho penal del riesgo y su uso legítimo	57
1. Caso 1: El tráfico ilícito de migrantes en un Estado constitucional de derechos ..	57
1.1. Antecedentes importantes en la evolución del delito de tráfico de migrantes	58
1.2. La cuestión del bien jurídico.....	61
1.3. Análisis de los elementos constitutivos del tipo penal de tráfico ilícito de migrantes	63
1.4. El problema.....	64

1.5. El peligro abstracto como justificación de la intervención penal en un Estado constitucional de derechos.....	67
2. Caso 2: El peligro abstracto en la energía nuclear aplicada en los trabajos peligrosos dentro de la sociedad del riesgo.....	69
2.1. Derecho al Trabajo: punto de partida	69
2.2. Principios del Derecho al Trabajo	70
2.3. Ambiente de trabajo adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar (desarrollo del art. 326, num. 5)	71
2.4. El ámbito internacional y la salud y seguridad en el trabajo	72
2.5. Sobre los trabajos normales y trabajos peligrosos en el Ecuador	75
2.6. Sobre el ámbito de la radiología y los trabajadores expuestos a radiación como trabajo peligroso	76
2.7. Sobre el caso 01U03-2022-35937 y el derecho penal del riesgo.....	78
2.8. Sobre la intervención del derecho penal como <i>lege ferenda</i>	80
Conclusiones.....	83
Bibliografía.....	87

Introducción

Hoy en día se habla mucho de la expansión del derecho penal y de sus consecuencias en las garantías y derechos de las personas. Es así como se ha logrado deslegitimar el uso del peligro abstracto y los bienes jurídicos colectivos en nuestro Estado constitucional. Esto sucede porque el derecho penal para ser legítimo debe obedecer a ciertos principios que le imponen ciertos límites, tal cual dique que contiene una presa de agua para impedir que se desborde y aniquile todo a su paso. Tal es el caso del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el de ultima ratio y el principio de lesividad. Según la inclinación mayoritaria, el peligro abstracto y los bienes jurídicos colectivos no se adecúan a estos principios rectores.

Contrariamente a todo aquello, se sostiene que el derecho penal mediante el uso del peligro abstracto y los bienes jurídicos colectivos, puede ser una herramienta valiosa para la protección de los derechos en la sociedad actual. En este contexto, surge la pregunta: ¿Cómo justificar la inclusión del peligro abstracto y los bienes jurídicos colectivos en la legislación penal ecuatoriana para proteger los derechos constitucionales, mediante una redefinición del concepto de bien jurídico protegido basada en análisis y enfoques de la sociología de la sociedad del riesgo y los riesgos manufacturados?

Para responder a esta pregunta se consideran las siguientes premisas a tratar: (i) el peligro abstracto y los bienes jurídicos colectivos han sido mal utilizados —en su mayoría— por el legislador en los distintos artículos que integran el Código Orgánico Integral Penal; (ii) la sociedad actual requiere del uso del peligro abstracto y de los bienes jurídicos colectivos para salvaguardar derechos constitucionales en algunos contextos; (iii) existen supuestos de intervención legítima del derecho penal del riesgo que no han sido considerados por el legislador; y (iv) la mala comprensión de la naturaleza del bien jurídico.

El presente informe de investigación planea realizar una labor de legitimación del peligro abstracto y los bienes jurídicos colectivos con base en la reformulación de lo que entendemos por bien jurídico protegido (niveles analíticos del bien jurídico). Esta labor también se nutre esencialmente de ideas aportadas por la sociología: la sociedad del riesgo y los riesgos manufacturados. Actualmente ya no nos encontramos en una sociedad

industrial, entendiendo que ahora la mayor parte de riesgos son incontrolables e incalculables.

Para lograr los objetivos del presente trabajo, el estudio se divide en tres partes. Una primera parte que explora el horizonte de lo que entendemos por el concepto de riesgo, su evolución en la sociedad, la aspiración de control y cómo esto ha venido influyendo para que finalmente el derecho penal intervenga y se expanda en la actualidad.

Una segunda parte que explora los fundamentos de lo que sería un derecho penal del riesgo legítimo, reformulando el concepto de bien jurídico y conciliando esta idea con los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Para finalmente pasar a una tercera parte, en la que se pone a prueba todo el desarrollo teórico, y se analiza dos casos en particular explorando el uso legítimo del derecho penal del riesgo para proteger derechos. El primero, el caso del tráfico ilícito de migrantes, y el segundo, el caso de los trabajos peligrosos, específicamente de un caso de médicos radiólogos expuestos a radiación, en el que claramente se evidencia que las medidas administrativas como derecho de control, no son suficientes.

Capítulo primero

Explorando el horizonte del riesgo: Sociedad, control y derecho penal en la actualidad

Este capítulo se centra en el concepto de riesgo y su relevancia en la sociedad contemporánea. Se analiza cómo la noción de riesgo ha evolucionado, pasando de ser un concepto abstracto a convertirse en un elemento crucial para la toma de decisiones en ámbitos diversos como el estatal, el de seguros, y el derecho, tanto administrativo como penal. La discusión aborda la relación entre riesgo y probabilidad, resaltando la importancia de la gestión y el control del riesgo, y explora la transición histórica en la percepción del riesgo, desde la premodernidad hasta la era industrial y postindustrial.

En este contexto, se introduce el concepto de “sociedad del riesgo”, que se caracteriza por la presencia omnipervasiva del pensamiento sobre la incertidumbre y los riesgos manufacturados. La sociedad postindustrial ha transformado nuestra comprensión y manejo de estos riesgos, con implicaciones significativas para las políticas públicas y el derecho penal. El derecho penal ha experimentado una expansión considerable para abordar los nuevos riesgos, incluyendo la introducción de delitos de peligro abstracto y los bienes jurídicos colectivos.

Además, se destaca que el poder punitivo del Estado, siendo la fuerza más devastadora que posee, debe ejercerse dentro de límites estrictos para evitar abusos y preservar los derechos fundamentales. Se exploran principios esenciales como la protección exclusiva de bienes jurídicos y el principio de lesividad, que buscan legitimar y limitar el ejercicio del poder punitivo del Estado.

Finalmente, se plantea la necesidad de repensar y readaptar estos principios político-criminales para la sociedad actual, sin ignorar la existencia del derecho penal del riesgo. Se propone que las alternativas al derecho penal del riesgo deben implementarse de manera complementaria, no excluyente, garantizando así un equilibrio entre necesidad, legitimidad y prevención de arbitrariedades.

1. El riesgo y el control: una aproximación a los conceptos

En la actualidad, el término “riesgo” se ha convertido en una pieza fundamental en diversas esferas de la sociedad y en la vida cotidiana de las personas. Su relevancia ha trascendido las conversaciones cotidianas para insertarse de manera destacada en las estructuras estatales, en el ámbito de los seguros, en el derecho administrativo y, de manera más reciente, en el ámbito penal.¹ Es así que se ha creado una mayor aversión al riesgo, como algo no deseado que pueda suceder² y a su vez, se ha instituido como un factor preponderante en la toma de decisiones tanto individuales como colectivas. Es que el riesgo está indisolublemente ligado a la noción de probabilidad, en el sentido de que este solo surge cuando una actividad o un evento contiene cierto grado de incertidumbre.³

Esto quiere decir que no es que el riesgo es algo que “está pasando”, sino algo que “podría estar pasando”, lo que lo vincula con posibles resultados futuros. Por eso es que se ha estudiado mucho lo que se denomina la teoría del riesgo, que proporciona marcos de acción e investigación razonables que puedan contribuir a la mitigación de los riesgos. Para así finalmente tratar de controlar la incertidumbre, de tal manera que para la sociedad lo desconocido e inesperado pueda de cierta forma anticiparse.⁴ En sintonía con esta línea de pensamiento, algunos autores han destacado la importancia de distinguir diversas formas de hacer frente al riesgo. Entre ellas, se destacan la gestión del riesgo⁵ y el control del riesgo⁶ como estrategias específicas.

Su origen real ha sido objeto de numerosos cuestionamientos, ya que según la doctrina especializada, no es posible determinarlo con absoluta certeza. A pesar de ello, se ha propuesto que su raíz etimológica podría remontarse al árabe,⁷ sugiriendo una

¹ Las sociedades modernas se han alineado al derecho penal de la seguridad, e incluso, del enemigo, al tener como fenómeno característico la conciencia del riesgo, véase Miguel Polaino Navarrete, *Lecciones de derecho penal, parte general*, t. 1, 3.^a ed. (Madrid: Tecnos, 2017), 83.

² Barbara Hudson, *Justice in the Risk Society* (London: SAGE Publications Ltd., 2003), 43.

³ Gabe Mythen, *Ulrich Beck: A Critical Introduction to the Risk Society* (London: Pluto Press, 2004), 14-5.

⁴ Sabine Roeser et al., eds., *Handbook of Risk Theory: Epistemology, Decision Theory, Ethics, and Social Implications of Risk* (Netherlands: Springer, 2012), 3.

⁵ Así, hay autores que hacen referencia a la gestión del riesgo: “Por gestión del riesgo se entiende el conjunto de acciones que desarrollan diferentes agentes sociales e institucionales en función de prevenir y minimizar los posibles impactos negativos que la concreción del riesgo puede acarrear.” Véase Minor Mora, “El riesgo laboral en tiempos de globalización”, *Estudios Sociológicos* 21, n.º 3 (2003): 645, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=59806306>.

⁶ La nueva legislación y las políticas en general han pasado de la gestión del riesgo, al control del riesgo; véase Hudson, *Justice in the Risk Society*, 49-50.

⁷ Niklas Luhmann, *Soziologie des Risikos* (Berlin: de Gruyter, 1991), 17-8.

conexión con la fortuna que se considera otorgada por la divinidad.⁸ Paralelamente, se ha establecido una asociación más contemporánea al vincular su concepto con la teoría de las probabilidades.⁹

En cualquier caso, este fenómeno mantiene una relación directa con nuestra manera de percibir el mundo en términos de presente y futuro.¹⁰ En este sentido, el riesgo se entrelaza con dos conceptos fundamentales: el futuro y la incertidumbre. Estas dos palabras están intrínsecamente unidas, planteando así la cuestión central que subyace en este problema: ¿Podemos realmente conocer el futuro que nos aguarda?¹¹ Esta interrogante ha sido motivo de reflexión a lo largo de toda la historia de la humanidad.

La respuesta a esta pregunta es, al menos hasta el momento, categóricamente negativa, ya que no poseemos la capacidad de prever con certeza lo que acontecerá en el futuro, sumiéndonos así en un estado constante de incertidumbre.¹² A pesar de esta limitación, es notable cómo los seres humanos nos sentimos fascinados por la idea de actuar desde el presente, como si pudiéramos de alguna manera vislumbrar y comprender el futuro que nos aguarda.¹³

Este impulso por anticipar y controlar el devenir de los eventos, a pesar de la imposibilidad real de conocer el futuro, revela una característica intrínseca de la naturaleza humana: la voluntad de enfrentar lo desconocido y la incertidumbre con determinación. Esta paradoja entre la imposibilidad de conocer el futuro y el deseo humano de actuar como si tuviéramos ese conocimiento subraya la complejidad y la fascinación que el concepto de riesgo ejerce sobre nuestra percepción y toma de decisiones en la vida cotidiana.

Es así que el riesgo ha tenido cierto grado de evolución a lo largo de la historia. Para ser más precisos, la noción que como seres humanos tenemos del riesgo, lo que ha

⁸ Ulrich Beck, *Ulrich Beck, Pioneer in Cosmopolitan Sociology and Risk Society* (Cham: Springer, 2014), 84.

⁹ En este sentido, véase Virginia García Acosta, “El riesgo como construcción social y la construcción social de riesgos”, *Desacatos*, n.º 19 (2005): 12, <https://bit.ly/3GOvDbr>.

¹⁰ Así, Luhmann menciona que “In fact, if we have an almost infinite historical past, structured and limited only by our actual interests, and if we have an open future, the present becomes the turning point which switches the process of time from past into future”. Ver Niklas Luhmann, “The Future Cannot Begin: Temporal Structures in Modern Society”, *Social Research* 43, n.º 1 (1976): 133, <http://www.jstor.org/stable/40970217>.

¹¹ Beck, *Ulrich Beck, Pioneer in Cosmopolitan Sociology and Risk Society*, 81.

¹² En este sentido, sobre la naturaleza de la incertidumbre, véase Michael Smithson, “The Many Faces and Masks of Uncertainty”, en *Uncertainty and Risk Multidisciplinary Perspective*, eds. Gabriele Bammer y Michael Smithson (London: Earthscan, 2008), 14-6.

¹³ Así Ulrich Beck menciona que “Hoy nos ponemos en acción para evitar, mitigar, prever (o no) los problemas y las crisis de mañana y de pasado mañana”. Ver Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad* (Barcelona: Paidós, 1998), 40.

llevado a que en la doctrina especializada se realicen ciertas distinciones conceptuales para entenderlo.

1.1. Estado actual de la discusión sobre el riesgo: distinciones conceptuales

El riesgo ha tenido cierto grado de evolución a lo largo de la modernidad, ya que nunca ha sido entendido como un factor aislado, sino como uno de los tipos de lo que se denomina “incertidumbre/inseguridad futura”. La incertidumbre futura distingue tres tipos de fenómenos: (i) las amenazas, (ii) los riesgos externos y (iii) los riesgos manufacturados. Una diferenciación precisa entre estos fenómenos permite identificar con mayor claridad las características específicas que definen al riesgo en la sociedad contemporánea.

Es cierto que se ha enfatizado repetidamente que la inseguridad y el peligro no son fenómenos exclusivos de la época actual, sino que han sido una constante a lo largo de la historia humana, incluso de manera más pronunciada en tiempos antiguos.¹⁴ En épocas pasadas, los seres humanos enfrentaban una mayor exposición a enfermedades, conflictos bélicos, disponibilidad limitada de medicina y una esperanza de vida más reducida. Esto es cierto, no obstante, según la distinción metodológica previamente expuesta, estos desafíos no deben ser categorizados como riesgos, sino más bien como amenazas, también conocidas como “peligro” según algunos autores.¹⁵

Para esclarecer este punto, es esencial considerar que en la premodernidad, en las sociedades humanas, los eventos imprevistos eran interpretados como intervenciones externas, atribuibles a los designios divinos o al destino considerado como generador de peligros. En otras palabras, no se atribuían a la acción de un sujeto en particular.¹⁶ En este contexto, los seres humanos no se preocupaban por controlar o calcular el peligro, ya que, en última instancia, ¿quién podría oponerse a los designios divinos que determinaban una erupción volcánica? ¿O quién podría desafiar al destino que desencadenaba una epidemia mortal y diezmaba a la población?

La creencia en fuerzas sobrenaturales o en un destino inevitable guiaba la percepción y la comprensión de los eventos inesperados en las sociedades premodernas.

¹⁴ Beck, *Ulrich Beck, Pioneer in Cosmopolitan Sociology and Risk Society*, 81.

¹⁵ Así Anthony Giddens, *Un mundo desbocado, Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, traducción de Pedro Cifuentes (Madrid: Santillana, 2000), 35.

¹⁶ Andrés Núñez, “Riesgo e incertidumbre en las sociedades tecnológicas complejas: Otra mirada sobre la energía nuclear”, *Cuadernos del Ateneo* 30 (2011): 46.

En lugar de buscar formas de controlar o anticipar estos peligros, la atención se centraba en aceptarlos como manifestaciones de poderes divinos o fuerzas cósmicas. Este enfoque refleja la mentalidad de épocas pasadas, donde la idea de intervenir en eventos naturales catastróficos era considerada impracticable o incluso sacrílega.

En la sociedad moderna e industrial, se ha producido un cambio significativo en la percepción y manejo de los eventos imprevistos. En este contexto, las amenazas y peligros no son vistos como intervenciones divinas o fuerzas cósmicas, sino que, de alguna manera, se pueden individualizar, analizar y calcular. Esta capacidad de atribuir los riesgos a la misma sociedad ha dado lugar al concepto de riesgo;¹⁷ para ser más precisos, de “riesgo externo”. En lugar de considerar estos fenómenos como meras amenazas o peligros, ahora se busca comprenderlos y controlarlos de manera más precisa.

Entonces, la idea que encierra al riesgo externo está intrínsecamente vinculada a la aspiración de control, especialmente en lo que respecta al control del futuro.¹⁸ En la sociedad moderna, se ha desarrollado un interés activo en gestionar la manera en que se llevan a cabo diversas actividades, especialmente en el ámbito industrial. Por ejemplo, se busca controlar los peligros asociados con las operaciones industriales, creando umbrales de riesgo permitidos. Esta idea ha tenido implicaciones significativas, como la fundamentación de la imputación objetiva en el ámbito del derecho penal.¹⁹

Este enfoque hacia el riesgo externo refleja una evolución en la mentalidad social, donde la comprensión y la gestión activa de los riesgos se han convertido en una prioridad. La transición de simplemente aceptar las amenazas como eventos inevitables a la búsqueda activa de control y gestión de los riesgos ilustra cómo la sociedad moderna aborda de manera proactiva los desafíos para garantizar la seguridad y el bienestar de sus miembros.

Siguiendo esta distinción, se revela que una de las características más destacadas del riesgo externo es su conexión intrínseca con la modernidad industrial, abarcando los siglos XVII, XVIII y los inicios del siglo XX. Este tipo de riesgo externo implica la toma de decisiones humanas y eventos futuros también determinados por la acción humana.²⁰ En definitiva, es un concepto que constantemente hace referencia a peligros que se

¹⁷ Luis Alfonso Chávarro, “Riesgo e incertidumbre como características de la sociedad actual: ideas, percepciones y representaciones”, *Revista Reflexiones* 97, n.º 1 (2018): 67, <https://doi.org/10.15517/rr.v97i1.31509>.

¹⁸ Anthony Giddens, “Risk and responsibility”, *The modern law review* 62, n.º 1 (1999): 3.

¹⁹ Sobre el origen del riesgo permitido, véase Mirentxu Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente, criterios de imputación del resultado*, 2da edición (Montevideo: B de F, 2005), 295.

²⁰ Beck, *Ulrich Beck, Pioneer in Cosmopolitan Sociology and Risk Society*, 81.

analizan desde la perspectiva presente, considerando posibilidades futuras²¹ que son calculables, predecibles y asegurables.

En la sociedad actual, en el presente, la discusión se ha centrado especialmente en torno a los riesgos manufacturados, también conocidos como incertidumbres manufacturadas.²² Estas últimas no pueden ser equiparadas ni con las amenazas/peligros de la premodernidad, ni con los riesgos externos y calculables propios de la modernidad industrial. A pesar de esta distinción teórica, en la sociedad actual, estos tres tipos de riesgos se entremezclan de manera compleja y multifacética.²³

Las incertidumbres manufacturadas representan una forma de riesgo contemporáneo más actual, donde emergen nuevas modalidades de incertidumbre.²⁴ En este contexto, es fundamental destacar que el concepto de incertidumbres manufacturadas tiene una doble génesis. Por un lado, (i) surge debido al aumento del conocimiento, a la creciente comprensión y capacidad de intervención en diversos aspectos de la realidad. Por otro lado, (ii) se origina en la inconsistencia, caracterizada por la presencia de lo no-conocido, que añade un elemento de imprevisibilidad a la ecuación.²⁵

La primera causa, el aumento del conocimiento, se atribuye al progreso del desarrollo humano, particularmente al avance continuo de la ciencia y la tecnología. Su explicación es sencilla: a medida que aumenta el conocimiento, también lo hace la incertidumbre. Esto implica la apertura de nuevos campos de acción, como la genética, la medicina, la energía nuclear y la inteligencia artificial, generando así la aparición de nuevos riesgos. El progreso en estas áreas crea nuevas posibilidades, pero también presenta desafíos y riesgos asociados.

En cuanto a la segunda causa, la inconsistencia, se observa que cada vez somos menos capaces de conocer y calcular las probabilidades de los riesgos globales, especialmente desde la perspectiva de los expertos.²⁶ Este fenómeno nos lleva a veces a tomar decisiones erróneas frente al riesgo o, en última instancia, a la inacción. Ejemplos concretos de esta situación se evidencian en la respuesta frente al cambio climático

²¹ En este sentido, Giddens, *Un mundo desbocado*, 35.

²² Giddens, "Risk and responsibility", 4.

²³ Beck, *Ulrich Beck, Pioneer in Cosmopolitan Sociology and Risk Society*, 82.

²⁴ Ulrich Beck, "Retorno a la teoría de la sociedad del riesgo", *Boletín De La Asociación De Geógrafos Españoles*, n.º 30 (2000): 13-5, <https://bit.ly/3XaR0to>.

²⁵ *Ibid.*, 14.

²⁶ *Ibid.*

acelerado, la propia pandemia del COVID-19,²⁷ las crisis financieras, el terrorismo e incluso la delincuencia organizada transnacional.

Así, los riesgos manufacturados se distinguen por ser predominantemente internos, emergiendo de la misma sociedad que los experimenta. La peculiaridad de estos riesgos radica en que no son fácilmente calculables, ya que su naturaleza no permite tener certeza sobre cuáles son los riesgos reales.²⁸ Además, alcanzan un punto en el cual resultan incontrolables, dado que ni sus consecuencias ni sus causas pueden ser atribuidas a un lugar específico, y tampoco son asegurables. Estas tres características fundamentales de los riesgos manufacturados, según la conceptualización de Beck, son: (i) deslocalización, (ii) incalculabilidad y (iii) incompensabilidad.²⁹

La deslocalización implica que las ramificaciones y repercusiones de estos riesgos no se limitan a un lugar geográfico específico, sino que se extienden y afectan a diversas áreas y comunidades de manera dispersa. La incalculabilidad se refiere a la dificultad inherente de prever con certeza los riesgos y sus consecuencias, lo que complica la adopción de medidas preventivas y la formulación de estrategias efectivas. Finalmente, la incompensabilidad destaca la naturaleza de estos riesgos como imposibles de compensar completamente, ya que sus consecuencias no pueden ser mitigadas de manera integral o resarcidas de manera adecuada.

Estos riesgos manufacturados aproximan a la sociedad a un estado de preocupación constante, relativamente vinculado a lo que se conoce en la sociología como la sociedad del riesgo.

2. Una aproximación a la sociedad del riesgo

Una sociedad del riesgo se encuentra intrínsecamente vinculada a los riesgos e incertidumbres manufacturadas,³⁰ tal como han sido descritos anteriormente. En la actualidad, la sociedad ya no es lo que fue en el pasado. Diversos cambios a niveles

²⁷ Al respecto, véase Maurício Pietrocola, Ernani Rodrigues, Filipe Bercot, y Samuel Schnorr, “Science education in pandemic times: what can we learn from COVID-19 on science technology and risk society”, *EdArXiv* (2020): 3-5; Con respecto a cómo el COVID-19 cambió la forma en la que se desenvuelve el mundo, véase Kazuhiko Shibuya, “A New World in Motion”, en: *The Rise of Artificial Intelligence and Big Data in Pandemic Society* (Singapore: Springer, 2022), https://doi.org/10.1007/978-981-19-0950-4_9.

²⁸ Giddens, “Risk and responsibility”, 4.

²⁹ Beck, *Ulrich Beck, Pioneer in Cosmopolitan Sociology and Risk Society*, 82.

³⁰ Sobre la conexión entre la sociedad del riesgo y los riesgos manufacturados, véase Ulrich Beck, “Risk Society Revisited: Theory, Politics and Research Programmes”, en *The risk society and beyond*, ed. Barbara Adam, Ulrich Beck & Joost Van Loon (London: SAGE, 2000), 216-8.

económicos, científicos, sociales y tecnológicos han transformado el sistema y sus fundamentos. Por lo tanto, es acertado afirmar que la sociedad del riesgo representa una sociedad postindustrial,³¹ modelada por nuevos tipos de riesgos globales que sacuden sus cimientos.³²

En esta sociedad del riesgo, el pensamiento acerca de la incertidumbre se ha vuelto rutinario y omnipresente.³³ Los múltiples intentos por controlar el riesgo, lejos de mitigarlo, han tenido el efecto de intensificarlo y expandirlo. La complejidad de la interacción entre factores económicos, científicos, sociales y tecnológicos ha creado un entorno donde los riesgos son inherentes a la estructura misma de la sociedad, permeando todos los aspectos de la vida cotidiana.

En definitiva, la sociedad del riesgo representa el entorno en el que vivimos actualmente, siendo moldeada e influenciada por el vertiginoso avance de la ciencia y la tecnología. Esta sociedad se caracteriza por la dificultad de entender y, en consecuencia, de prever externamente situaciones de riesgo. Ahora bien, ¿cuáles fueron las causas que propiciaron el surgimiento de la sociedad del riesgo? Según el análisis sociológico, se remonta a dos transformaciones fundamentales: (i) el fin de la naturaleza y (ii) el fin de la tradición.

En cuanto al fin de la naturaleza, podría malinterpretarse como la desaparición o destrucción completa del entorno natural. Sin embargo, se refiere más bien a que todos los aspectos físicos de la naturaleza han sido intervenidos de alguna manera por la acción humana. Este cambio es relativamente reciente, ya que en el pasado la preocupación principal recaía en los eventos naturales, como terremotos, plagas o inundaciones, y en cómo afectaban a la humanidad. En contraste, en esta transición, nos encontramos empezando a preocuparnos por las consecuencias de nuestras propias acciones sobre la naturaleza. Antes nos preocupaba lo que la naturaleza podía hacernos, ahora nos preocupa lo que nosotros le hemos hecho.³⁴

Actualmente, también vivimos en una sociedad donde ya no nos regimos por tradiciones entendidas como destinos fijos. Por ejemplo, de acuerdo con Giddens, antes era tradición que las mujeres realicen labores domésticas por gran parte de su vida, que

³¹ Así, se diferencia la sociedad industrial de la sociedad del riesgo, véase Beck, *La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad*, 200-1.

³² En este sentido, Ulrich Beck, "Living in the world risk society", *Economy and Society* 35, n.º 3 (2006): 333-4, <https://bit.ly/3ZxRiMm>.

³³ Hudson, *Justice in the risk society*, 43-4.

³⁴ Giddens, "Risk and responsibility", 3.

cuiden del hogar y que críen a los hijos. Mientras que los hombres salían a trabajar para sustentar la familia.³⁵ Este modelo era considerado su destino en la sociedad industrial. Sin embargo, en la actualidad, ya no organizamos nuestras vidas de acuerdo con esas tradiciones preestablecidas,³⁶ y es precisamente en este cambio donde emergen los riesgos.³⁷

Bajo este razonamiento, la sociedad del riesgo no debe ser concebida como una sociedad que percibe el mundo como inherentemente más peligroso. Por el contrario, es una sociedad que muestra una mayor preocupación por el futuro y por la inseguridad que genera la noción de riesgo. Este cambio en la forma en que estructuramos nuestras vidas, desvinculándonos de las tradiciones rígidas, nos expone a nuevas incertidumbres y desafíos. La sociedad contemporánea, al no adherirse estrictamente a roles y destinos predefinidos, se enfrenta a la necesidad de tomar decisiones y asumir riesgos inherentes a la flexibilidad y la adaptabilidad en la manera en que abordamos nuestras vidas y relaciones sociales.

Por eso, se cree pertinente citar las palabras de Beck, para resumir todo lo aportado en líneas precedentes:

En aquellos aspectos en que los riesgos preocupan a los hombres ya no se da un peligro cuyo origen quepa atribuirlo a lo externo, a lo ajeno, a lo extrahumano, sino a la capacidad adquirida históricamente por los hombres de autotransformar, de autoconfigurar y de autodestruir las condiciones de reproducción de toda la vida sobre la tierra. Pero esto significa que las fuentes de peligro ya no están en la ignorancia sino en el saber, ni en un dominio de la naturaleza deficiente, sino en el perfeccionado, ni en la falta de acción humana, sino precisamente en el sistema de decisiones y restricciones que se estableció en la época industrial. A la época moderna le toca asumir la función de su contrario: la superación de la tradición y del dominio de la naturaleza.³⁸

El concepto de sociedad del riesgo ha tenido un impacto significativo entre los formuladores de políticas, llevándolos a adoptar enfoques de gobierno más amplios.³⁹ En la actualidad, la complejidad del factor riesgo ha alcanzado niveles tales que ahora se le considera un fenómeno global. Este cambio ha transformado radicalmente la manera en que enfrentamos el peligro, impulsándonos a tomar medidas, a formular políticas públicas

³⁵ Ibid.

³⁶ En este sentido, Beck: “Fue a partir de la destradicionalización de la vida cotidiana cuando surgieron espacios de libertad y con ello incertidumbres en las condiciones sociales de la política”. Beck, *La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad*, 252.

³⁷ En este sentido, Beck expresa que “Precisamente donde tradiciones y, por tanto, valores se destruyen, surgen los riesgos”. Ibid., 230.

³⁸ Ibid., 237.

³⁹ Soraya Boudia, y Nathalie Jas, “Introduction: Risk and ‘Risk Society’ in Historical Perspective”, *History and Technology* 23, n.º 4 (2007): 328, <https://doi.org/10.1080/07341510701527393>.

y a utilizar tanto el derecho como las ciencias como herramientas para gestionar y comprender los riesgos contemporáneos.

Sin embargo, hay algo innegable: la construcción de seguridad y control que dominó el pensamiento social y político en las etapas iniciales de la modernidad está empezando a tornarse ficticia en la actual sociedad del riesgo global.⁴⁰ La creciente interconexión y complejidad de los riesgos actuales desafían las estructuras tradicionales de seguridad, llevando a la necesidad de abordajes más dinámicos y colaborativos. Esta realidad cuestiona la eficacia de los paradigmas de seguridad basados en el control absoluto, impulsándonos a replantear y adaptar nuestras estrategias para hacer frente a los riesgos emergentes en una sociedad caracterizada por su interdependencia global.

2.1. El derecho frente a la sociedad del riesgo

Ante los problemas de inseguridad y peligro en los que se encuentra el ser humano en la actual sociedad del riesgo global, han surgido muchos intentos por calmar esta incertidumbre y preocupación. Tal es así, que ahora se habla, por ejemplo, de “*risk governance*” que incluye acciones gubernamentales orientadas a mitigar o prevenir de cierta forma las consecuencias del riesgo, así como también, la interacción completa en este proceso de todos los actores relevantes.⁴¹ Por ejemplo las compañías, la comunidad científica, y el público en general.

Sin embargo, en una dimensión subjetiva, la sociedad no se muestra particularmente interesada en los aspectos teóricos o en los intentos por controlar un riesgo aparentemente incontrolable.⁴² Lo que prevalece en la sociedad es el miedo y la sensación de inseguridad. No obstante, la realidad es que esta inseguridad subjetiva no siempre se corresponde con la realidad objetiva de los riesgos; es decir, la sociedad

⁴⁰ Beck, “Risk Society Revisited: Theory, Politics and Research Programmes”, 216; al respecto del problema del desconocimiento, Beck ha manifestado lo siguiente: “Thus world risk society is faced by the awkward problem of having to make decisions about unimaginable billions of dollars, pounds and Euros or even about war and peace (nuclear terrorism), on the basis of more or less unadmitted non-knowing...”. Beck, *Ulrich Beck, Pioneer in Cosmopolitan Sociology and Risk Society*, 85.

⁴¹ Terje Aven & Ortwin Renn, *Risk Management and Governance, Concepts, Guidelines and Applications* (Heidelberg: Springer, 2010), 64.

⁴² En este sentido, Jesús Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, segunda edición revisada y ampliada (Madrid: Civitas, 2001), 29. Ha resaltado que hace tiempo los especialistas han apartado la posibilidad de controlar los nuevos riesgos, inclinándose más bien, a que debe analizarse los criterios de distribución del riesgo de forma eficiente y justa.

contemporánea puede ser más sensible al riesgo y sentirlo de manera más intensa de lo que realmente es en términos objetivos.⁴³

En este fenómeno, los medios de comunicación han desempeñado un papel crucial al generar alarmas sociales y al acercar riesgos y peligros de lugares geográficamente distantes a los que percibe la sociedad como su entorno cotidiano.⁴⁴ Por ejemplo, cuando un medio de comunicación chileno transmite información sobre masacres carcelarias en Ecuador, esto puede crear una situación de incertidumbre entre los familiares de personas reclusas en cárceles chilenas, a pesar de que objetivamente tales riesgos no existan en su contexto local. En estos escenarios, quienes más sufren las consecuencias son las agencias de seguridad, ya que la pérdida de confianza por parte de la población puede ser significativa.

Ante las crecientes preocupaciones de la sociedad, uno de los instrumentos más destacados para hacer frente al riesgo, y que resulta de particular interés en este estudio, es la aproximación al derecho como una forma de orientación social. En este proceso de adaptación, el derecho contemporáneo ha experimentado transformaciones estructurales significativas para adecuarse a las demandas de la sociedad del riesgo global.⁴⁵

Las agencias gubernamentales han asumido que, dado que los nuevos riesgos emanan de actividades humanas, es necesario ejercer control o establecer barreras regulatorias en dichas actividades.⁴⁶ Es en este contexto que surge el derecho administrativo, desplegando un enfoque preventivo,⁴⁷ que implica, por ejemplo, la necesidad de obtener autorizaciones o licencias para llevar a cabo actividades consideradas peligrosas. Asimismo, el derecho administrativo sancionador se manifiesta como una herramienta en casos en los que se generan riesgos no autorizados

⁴³ Ibid, 36-7.

⁴⁴ Enrique Gil, “Riesgo, incertidumbre y medios de comunicación”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n.º 16 (2006): 110-2, <https://raco.cat/index.php/RCSP/article/view/130739>; Así también Silva Sánchez refiere que los medios: “transmiten una imagen de la realidad en la que lo lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica en la representación del receptor del mensaje”. Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, 38.

⁴⁵ Juan Manuel Ortega, “El derecho en la sociedad del riesgo”, *Revista Misión Jurídica* 4, n.º 4 (2011): 81, <https://doi.org/10.25058/1794600X.36>.

⁴⁶ Así, se argumenta que el ser humano es el factor de inseguridad, al respecto véase Urs Kindhäuser, “Derecho penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo”, *Cuadernos de derecho penal* (2014): 17-9.

⁴⁷ En este sentido, se reconoce que el control administrativo preventivo es un refuerzo cognitivo a la sanción como prevención comunicativa, véase Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, 137.

administrativamente, imponiendo sanciones para garantizar el cumplimiento de las normativas establecidas.⁴⁸

Frente a estas estrategias para combatir el riesgo, el derecho administrativo sancionador está estrechamente vinculado al ámbito del derecho penal, constituyendo juntos herramientas fundamentales del Estado para intentar cumplir con su función protectora.⁴⁹ Sin embargo, es importante destacar que, aunque ambos se alzan como instrumentos para abordar riesgos, el derecho penal ha emergido como la opción más utilizada debido a su capacidad de imponer sanciones punitivas significativas, lo que ha contribuido a su expansión sustancial.⁵⁰

Esta preferencia por el derecho penal se debe, en gran medida, a su capacidad de respuesta punitiva más robusta, lo cual ha llevado a su ampliación en comparación con el derecho administrativo. Este énfasis en la reacción punitiva se destaca porque existen situaciones en las cuales el derecho administrativo no tiene la amplitud necesaria, y otras donde, aunque presente, resulta insuficiente, requiriendo la intervención más contundente del derecho penal.⁵¹

2.2. Derecho penal frente a la sociedad del riesgo: hacia un derecho penal del riesgo

El derecho penal ha experimentado cambios significativos y se ha adaptado a la sociedad del riesgo, modificando parte de su estructura para hacer frente a la inseguridad actual y satisfacer las demandas sociales emergentes.⁵² En este proceso evolutivo del derecho penal, ha surgido un espacio nuevo que requiere legitimación, abarcando diversas

⁴⁸ Sobre la expansión del derecho administrativo sancionador, véase Miguel Ángel Presno, “La expansión del derecho administrativo sancionador securitario: análisis constitucional de la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana”, *Derechos y obligaciones en el estado de derecho: actas del III Coloquio Binacional México-España* (2017): 48-52, <https://bit.ly/3Hh5v9i>.

⁴⁹ Eduardo Cordero Quinzacara, “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal”, *Revista de derecho* 25, n.º 2 (2012): 155.

⁵⁰ En este sentido, puede mencionarse que el derecho penal es uno de los instrumentos más importantes para hacerle frente al peligro y defender a la sociedad moderna. Por eso es que actualmente se encuentra en expansión como respuesta a la sociedad del riesgo. Al respecto véase, María José Jiménez, “Sociedad del riesgo e intervención penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2014): 3.

⁵¹ Así, la diferenciación entre el derecho penal nuclear y el derecho penal colateral (que tiene relación con la expansión del derecho penal), Cordero, “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal”, 149.

⁵² En este sentido, Mario Spangenberg, “El Derecho penal del riesgo globalizado. Desafíos para un Derecho penal legítimo y transnacionalmente efectivo”, *Revista de Derecho (UCUDAL)*, n.º 15 (2017): 268-9, <http://dx.doi.org/10.22235/rd.v1i15.1377>.

figuras que necesitan ser respaldadas de acuerdo con los objetivos del derecho penal y los principios constitucionales.⁵³

Tal es el caso de los delitos de peligro abstracto, delitos de acumulación, la consideración de nuevos bienes jurídicos mayormente de naturaleza colectiva, el relajamiento de garantías, la flexibilización de principios político-criminales, la influencia de normativas internacionales y restricciones a la soberanía punitiva del Estado, la creación de nuevos tipos penales, el desarrollo del derecho penal del enemigo,⁵⁴ la implementación del derecho penal simbólico⁵⁵ y la apertura de espacios completamente nuevos de regulación, como la criminalización en materia medioambiental y la persecución de la criminalidad organizada transnacional, entre otros.⁵⁶

Este cambio refleja la respuesta del derecho penal a los desafíos contemporáneos, adaptándose a un entorno caracterizado por la complejidad de los riesgos y la interconexión global. La legitimación de estas nuevas figuras se convierte en un proceso crucial para asegurar la coherencia y la efectividad de las normativas legales en un contexto en constante evolución.

⁵³ Al respecto, se resalta que existen barreras que se oponen a la expansión del derecho penal, pues su empleo no es arbitrario, sino sujeto a una enorme necesidad de legitimación, así véase Kindhäuser, “Derecho penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo”, 18.

⁵⁴ Al respecto, García Caveró: “El concepto de “Derecho penal del enemigo” hace alusión a un tipo de derecho penal que considera a los infractores como enemigos, tratándolos como simples fuentes de peligro que deben ser controladas de manera efectiva. Este enfoque contrasta con el “Derecho penal del ciudadano”, en el cual la imposición de sanciones se realiza dentro de un proceso que garantiza los derechos y protecciones legales.”, así, Percy García Caveró, *Derecho Penal* (Lima: Ideas solución editorial, 2019), 207.

⁵⁵ El derecho penal simbólico se refiere a la utilización del sistema penal no tanto para modificar comportamientos sociales de manera efectiva ni para proteger bienes jurídicos, sino más bien como un instrumento que transmite mensajes o valores a la sociedad. Este tipo de legislación busca generar representaciones mentales o emocionales en la conciencia colectiva, sin necesariamente incidir de manera real en la modificación del comportamiento social, así, con más detalle José Luis Díez Ripollés, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Boletín mexicano de Derecho comparado*, n.º 10 (2002): 68; En este sentido, el derecho penal simbólico cumple funciones que pueden clasificarse en diferentes categorías, como: leyes de declaración de valores, normas que, más que generar cambios reales, declaran o refuerzan valores morales o éticos, como las relacionadas con el aborto, donde se confrontan valores de la autonomía de la mujer con la prohibición de matar. Leyes de apelación moral, normas que pretenden influir en la conciencia social, como las relacionadas con la protección del medio ambiente, que buscan fomentar una conciencia ecológica, aunque no tengan efectos directos en el comportamiento. Respuestas legislativas sustitutorias o de crisis, leyes promulgadas para calmar temores o responder a demandas públicas, como las normativas antiterroristas, que buscan tranquilizar a la población más que resolver el problema en su raíz, entre otras, así, con estos ejemplos Winfried Hassemer, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, *Nuevo foro penal*, n.º 51 (1991): 19-20.

⁵⁶ Así, también lo ponen de relieve Manuel Cancio y Mercedes Pérez, “Capítulo IV. Principios del Derecho Penal (III)”, en *Manual de introducción al Derecho penal*, coord. Juan Antonio Lascuráin (Madrid: Imprenta nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019), 112.

El problema, según se ha identificado, radica en que hemos tenido que legitimar (o no)⁵⁷ estas nuevas figuras penales *a posteriori*, es decir, después de que ya han sido incorporadas al ordenamiento jurídico. No se llevó a cabo una discusión previa a la incorporación de todas estas nuevas figuras penales para evaluar su legitimidad conforme a los principios constitucionales y político-criminales. Más bien, nos hemos percatado de su existencia una vez que ya estaban dentro del ordenamiento jurídico. Este fenómeno lo ha causado la sociedad del riesgo.

En cualquier caso, este fenómeno se ha denominado como la “expansión” del derecho penal,⁵⁸ una expansión que ha encontrado su materialización en diversos ordenamientos jurídicos, destacando especialmente a través del surgimiento del derecho penal del riesgo. En este contexto, se puede afirmar que el derecho penal del riesgo está estrechamente vinculado con la noción de sociedad del riesgo,⁵⁹ y tiene como objetivo principal la neutralización de los riesgos y la consecución de la seguridad. Mientras que anteriormente el interés del derecho penal se centraba en reaccionar ante daños ya ocurridos, en la actualidad se orienta hacia la anticipación de barreras de protección para reaccionar preventivamente frente a peligros latentes.⁶⁰

Para respaldar lo anteriormente expuesto, es relevante señalar, por ejemplo, el cambio en la criminalización de conductas. Antes, se perseguían los delitos cometidos por bandas criminales, y en la actualidad, se criminaliza la simple asociación ilícita para cometer delitos. Es decir, el mero acto de asociarse con el propósito delictivo, sin que haya ocasionado un daño apreciable, es objeto de penalización. Este cambio refleja una transformación desde un derecho penal de última ratio, que intervenía solo en casos

⁵⁷ Así, de forma crítica, en la doctrina penal nacional se ha resaltado que el Código Orgánico Integral Penal, como *lege lata*, incorpora disposiciones que no son compatibles con principios constitucionales, por lo tanto no tienen legitimidad, tal el es caso de los delitos de peligro abstracto y los bienes jurídicos supraindividuales, véase Claudia Storini, “Delitos de peligro y 'delitos' administrativos: la configuración de un derecho penal como prima o sola ratio”, en *Código Orgánico Integral Penal: Hacia su mejor comprensión y aplicación*, Ramiro Ávila Santamaría compilador (Quito: Corporación Editora Nacional, 2015), 135-45.

⁵⁸ Expresión utilizada por Silva Sánchez, al respecto, véase Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, 25-74.

⁵⁹ José Cerezo Mir, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, *Revista de Derecho Penal Y Criminología*, n.º 10 (2002): 54-5, <https://bit.ly/3GZwgO6>; Así también, Felix Herzog, “Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo”, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, coord. por Luis Alberto Arroyo Zapatero, Adán Nieto Martín, Ulfrid Neumann (Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003), 250.

⁶⁰ Esto es lo que Roxin llama la prevención general asegurativa en la política criminal de la tercera fase de evolución del derecho penal y la política criminal, y aunque enfoca su énfasis en Alemania, se puede reconocer en todo el mundo occidental, así véase Claus Roxin, *La evolución de la política criminal, en el Derecho penal y en el Proceso penal* (Valencia: Tirant lo blanch, 2000), 25-8.

excepcionales, hacia un derecho penal de primera línea de combate, incluso frente a riesgos y peligros poco claros, ampliando incluso su alcance al fenómeno conocido como el efecto de acumulación.⁶¹

Esto se debe también a la mayor sensibilidad ante ciertas situaciones que han causado gran conmoción en la sociedad, como por ejemplo la vulneración de derechos individuales y su eventual impunidad que se puede evidenciar en conocidos casos de grandes empresas como Chevron o Volkswagen. Con respecto al primero, desde 1962 y por casi tres décadas, hasta 1992, la compañía petrolera Chevron, anteriormente conocida como Texaco, extrajo petróleo de la Amazonía ecuatoriana. Estas operaciones presentaron una doble realidad: resultaron ser muy lucrativas para la empresa y causaron una contaminación sin precedentes, devastando casi medio millón de hectáreas de selva amazónica, llegando a afectar incluso derechos individuales de las personas que vivían en los alrededores.⁶² En el caso Volkswagen, se descubrió que los niveles de contaminación de algunos de sus vehículos superaban en cuarenta veces los límites establecidos por la normativa estadounidense, ya que tenían un software especial que se activaba durante las pruebas de emisiones oficiales.⁶³ Este problema se extendió incluso a otros países afectando también derechos.

Estos cambios y situaciones expuestos han llevado a que se hable también de la administrativización del derecho penal,⁶⁴ ya que este último ha asumido atribuciones que tradicionalmente pertenecían al ámbito del derecho administrativo.

En definitiva, el derecho penal del riesgo se focaliza en preservar el futuro, amenazado por considerables riesgos, a través de la intervención del derecho penal. Este enfoque cobra relevancia en una sociedad donde el riesgo se ha convertido en uno de los conflictos centrales.⁶⁵ Al analizar los rasgos fundamentales de este derecho penal del riesgo en expansión, se evidencia la utilización de dos instrumentos clave. En primer

⁶¹ Con acumulación, se hace referencia a conductas que por si mismas no tienen importancia lesiva, pero que son peligrosas únicamente si se las analiza desde una perspectiva temporal más amplia; así y acertadamente lo analiza Cornelius Prittwitz, “Sociedad del riesgo y derecho penal”, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, coord. por Luis Alberto Arroyo Zapatero, Adán Nieto Martín, Ulfrid Neumann (Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003), 262-3.

⁶² Adoración Guamán, “Derechos humanos y empresas transnacionales las debilidades del tercer pilar derivadas de las normas de promoción de inversiones. El caso Chevron como paradigma de la necesidad del Binding Treaty”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho* 39 (2019): 115.

⁶³ Con más detalle, Jordi Gimeno Beviá, y José Vicente, “Fines del proceso y persona jurídica: algunas consideraciones y propuestas a la luz del caso Volkswagen”, *Revista penal* 37 (2016): 99-109.

⁶⁴ Sobre la administrativización, véase Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, 130; así también, Jiménez, “Sociedad del riesgo e intervención penal”, 10-1.

⁶⁵ Prittwitz, “Sociedad del riesgo y derecho penal”, 265.

lugar, los bienes jurídicos que se busca proteger ya no son de naturaleza individual, sino colectiva, abarcando dimensiones supraindividuales. En segundo lugar, se destaca la aplicación de delitos de peligro abstracto.⁶⁶

3. Punto crítico de la cuestión

Es al Estado, en su configuración como un Estado de derecho constitucional, al que le corresponde el ejercicio del poder punitivo.⁶⁷ El poder punitivo, siendo la fuerza más devastadora que posee el Estado, no puede ser ejercido de manera ilimitada. Un Estado que busca optimizar la imposición de penas, interviniendo ilegítimamente en las libertades de los ciudadanos, puede desencadenar una situación de terror penal. Por esta razón, la sociedad ha acordado establecer límites a este ejercicio punitivo, los cuales se manifiestan a través de principios y garantías penales,⁶⁸ muchos de los cuales están explícitamente incorporados tanto en la Constitución como en los propios Códigos penales.⁶⁹

Estos principios tienen como finalidad ajustarse a la función que cumple el derecho penal en nuestra sociedad y, por ende, otorgan legitimidad a su aplicación. Sirven como salvaguardas esenciales para asegurar que el poder punitivo del Estado sea ejercido de manera justa, proporcional y respetuosa de los derechos fundamentales de los individuos, evitando así abusos y preservando la integridad del sistema jurídico.

De este modo, entra en juego el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el cual limita el ejercicio del poder punitivo al condicionar al Estado a utilizar el derecho penal únicamente para la protección de bienes jurídicos.⁷⁰ En este contexto, cualquier uso del derecho penal que no se oriente hacia la salvaguarda de bienes jurídicos

⁶⁶ Así lo ha reconocido, de forma crítica, Winfried Hassemer, “Rasgos y crisis del derecho penal moderno”, trad. de Elena Larrauri, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1992): 241-2; también, se ha resaltado que ha sido la escuela de Frankfurt la que ha evidenciado con mayor claridad este particular, así véase Cerezo Mir, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, 54-5.

⁶⁷ Al Estado, no como ente abstracto, sino a través de sus instituciones. Así, se ha mencionado que el poder punitivo es ejercido, esencial y principalmente, por las agencias ejecutivas. Esto no obsta que exista un proceso de criminalización primaria y secundaria, al respecto Eugenio Zaffaroni, *Derecho penal parte general*, 2da edición (Buenos Aires: EDIAR, 2002), 7-14.

⁶⁸ Al respecto de los caracteres, y de la vinculación constitucional de los principios penales; véase Guillermo Yacobucci, *El sentido de los principios penales* (Buenos Aires: Ábaco, 1998), 127-57.

⁶⁹ Así por ejemplo, desde Beccaria hasta nuestros días los principios han jugado un papel preponderante, en el sentido de que se exigen varias condiciones para que el Derecho penal sea legítimo, que básicamente se encuentran en la Constitución; ver Enrique Bacigalupo, *Manual de derecho penal*, 2.^a reimp. (Bogotá: Temis, 1996), 25-6.

⁷⁰ Hernán Hormazábal, “Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, *Revista de derecho* 24 (2003): 127, <https://bit.ly/3DeCIjx>

no será considerado legítimo. Ejemplos de ello podrían ser conminaciones penales arbitrarias, como exigir bajo pena arrodillarse ante la bandera del país, o la penalización de meras inmoralidades, como la penalización de relaciones homosexuales.⁷¹

Naturalmente, estos principios están interconectados, y, de manera inherente, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se relaciona con el principio de lesividad.⁷² Este vínculo implica que la imposición de una pena será legítima siempre y cuando se aplique a conductas que efectivamente lesionen, o al menos pongan en peligro, el bien jurídico en cuestión.⁷³ De esta manera, se busca garantizar que la intervención del Estado a través del derecho penal sea proporcionada y se dirija eficazmente hacia la protección de los intereses fundamentales de la sociedad.

A primera vista, esta formulación parece simple: siempre y cuando se respeten los principios, la aplicación del derecho penal será legítima. Sin embargo, al profundizar en el tema, se evidencia que la situación no es tan clara. Como se ha destacado, el derecho penal del riesgo ha permeado la legislación de manera casi inadvertida, tal cual pasajero ciego,⁷⁴ mediante delitos de peligro abstracto que no lesionan ni ponen en peligro (concreto) a bienes jurídicos;⁷⁵ y mediante el reconocimiento de bienes jurídicos colectivos imprecisos,⁷⁶ que han desnaturalizado en cierta forma la concepción individualista de los bienes jurídicos tradicionales.

Podría pensarse que la solución es contrastar los principios y límites del derecho penal con todos estos delitos que han sido incorporados que obedecen al derecho penal del riesgo, y concluir que no son legítimos. Para finalmente desecharlos del ordenamiento jurídico,⁷⁷ y en definitiva, autorizar la intervención penal —sola y únicamente— si se

⁷¹ Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general, t. 1, Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*, 2.^a ed., trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (Madrid: Civitas, 1997), 55-7.

⁷² Sobre la vinculación de estos principios, Juan Bustos y Hernán Hormazábal, *Lecciones de derecho penal*, volumen I (Madrid: Trotta, 1997), 41; así también, Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 10.^a ed. actualizada y revisada (Barcelona: Reppertor, 2016), 151.

⁷³ Carlos Sánchez, “Bien jurídico y principio de lesividad, bases históricas y conceptuales sobre el objeto de protección de la norma penal”, *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica*, n.º 5 (2013): 484-6, <https://bit.ly/40g8lmL>; así también, de forma crítica, Luigi Ferrajoli, “El principio de lesividad como garantía penal”, *Nuevo Foro Penal* 8, n.º 49 (2012): 100-14.

⁷⁴ Palabras utilizadas por Urs Kindhäuser, para evidenciar ciertos tipos penales que están incorporados al ordenamiento penal, sin merecimiento legítimo de pena, Kindhäuser, “Derecho penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo”, 14.

⁷⁵ De forma crítica, Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), 477.

⁷⁶ Juan Bustos Ramírez, “Los bienes jurídicos colectivos”, *Revista de Derecho Penal*, n.º 27 (2019): 472-4, <https://bit.ly/407RaDw>.

⁷⁷ Alineado con esta propuesta, en la doctrina nacional, Jorge Touma Endara, “La expansión penal en el Ecuador: ¿un salto al vacío?”, *Revista electrónica Aportes Andinos*, n.º 32 (2013), <http://hdl.handle.net/10644/4405>.

causa un daño al bien jurídico.⁷⁸ Es decir, reducir el derecho penal a un derecho penal nuclear, que proteja la vida, la integridad y la salud.⁷⁹ Volver al derecho penal del daño y del resultado. Al respecto, cabe legítimamente preguntarse: entonces ¿Cómo le hacemos frente a los nuevos riesgos y a la inseguridad? ¿Qué hay en vez del derecho penal del riesgo?

Al respecto, se ha propuesto optar por algunas soluciones alternativas, por ejemplo, la creación de un derecho de intervención,⁸⁰ para hacerle frente a estas situaciones que se escapan del derecho penal nuclear. También se ha resaltado que se pueden combatir estos problemas dándole prioridad a mecanismos reparatorios o administrativos.⁸¹ También, reforzar el derecho administrativo, el derecho civil y el derecho de contravenciones,⁸² justamente porque el derecho civil y el derecho administrativo tienen mayor aptitud para determinar pautas de conducta.⁸³

Sin embargo, esta decisión conllevaría algunos problemas. Primero, sería sumamente complicado realizar un proceso de depuración en masa de delitos contenidos en un Código penal, teniendo en cuenta el tiempo (una eventual demanda de inconstitucionalidad o consulta de norma, por ejemplo). Además, demasiados nuevos sectores de la sociedad actual quedarían, de una u otra forma, desprotegidos. Empero, el principal problema que se ha identificado es que estos delitos incorporados por el derecho penal del riesgo están legitimados por la actual sociedad del riesgo,⁸⁴ en los términos en los que se ha venido desarrollando el presente trabajo. Lo que lleva a preguntarnos si

⁷⁸ Ramiro Ávila, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos* (Quito: Ediciones Legales EDLE S.A., 2013), 78.

⁷⁹ Hassemer, “Rasgos y crisis del derecho penal moderno”, 248-9.

⁸⁰ Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad*, Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita (Bogotá: Themis, 1999), 32-5; así también, Guillermo Portilla, La influencia de las Ciencias sociales en el Derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre elección de intereses penales, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, coord. por Luis Alberto Arroyo Zapatero, Adán Nieto Martín, y Ulfrid Neumann (Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003), 116-7.

⁸¹ En la doctrina penal ecuatoriana, Ávila, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos*, 77-8.

⁸² Kindhäuser, “Derecho penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo”, 25.

⁸³ Prittwitz, “Sociedad del riesgo y derecho penal”, 285.

⁸⁴ En el sentido de que es la sociedad la que se identifica con los nuevos riesgos, demanda seguridad y requiere una nueva política criminal, Blanca Mendoza, “Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 52, n.º 1 (1999): 281-2.

realmente el derecho penal ecuatoriano es la expresión de la sociedad actual,⁸⁵ o es la expresión de la sociedad industrial de la ilustración.⁸⁶

Esto se pone en evidencia justamente porque estos principios fueron concebidos en un momento histórico en el que aún se sentía la memoria de las atrocidades de los estados absolutistas,⁸⁷ y con estos principios se trataba justamente de contener estas arbitrariedades.⁸⁸ Actualmente vivimos en un Estado distinto, y nos desarrollamos — querramos reconocerlo o no— en un contexto político-social distinto: tenemos gobiernos electos democráticamente, tenemos constituciones, tenemos más libertades y más derechos. Entonces, no podríamos pretender legitimar un derecho penal que responde a la sociedad actual con principios político-criminales que sirvieron para contener el *ius puniendi* en otra época.⁸⁹ Lógicamente nos estancaríamos.

Es así que arribamos a la necesidad imperante de encontrar una solución a este problema. Podríamos reconocer que el debate se mueve en dos alternativas: o abandonamos estas concepciones tradicionales de los principios político-criminales y creamos unos nuevos, o los reformulamos para adecuarlos a la sociedad actual.⁹⁰ De entrada, se reconoce que el solo hecho de que estos principios no legitimen el derecho penal del riesgo tal como está, no quiere decir que sean inservibles para la sociedad o que haya que desecharlos y crear unos nuevos. Es más, se reconoce que estos principios son sumamente válidos y necesarios para orientar al derecho penal de la época actual.

Sin embargo, no podemos hacer como si el derecho penal del riesgo — estructuralmente— no existiese, y solamente afirmar que es ilegítimo, así, sin más. Esto ignora el problema y permite que el derecho penal se siga expandiendo sin legitimación

⁸⁵ En este sentido, aunque de forma crítica, se ha reconocido que “...si el Derecho penal es la expresión del estado de una sociedad, entonces justamente también el Derecho penal en la sociedad del riesgo estará orientado a la consecución de seguridad.”. Así, Kindhäuser, “Derecho penal de la seguridad. Los peligros del Derecho penal en la sociedad del riesgo”, 25. Así también, Jakobs: “La ciencia del Derecho penal tiene que indagar el verdadero concepto de Derecho penal, lo que significa destacarlo como parte del entendimiento que la sociedad tiene de sí misma.”, Günther Jakobs, *Dogmática del Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad* (Madrid: Civitas, 2004), 27.

⁸⁶ La sociedad industrial tiene relación con la ilustración, así: “El pensamiento ilustrado es propio de un tiempo en que se pasa del feudalismo al industrialismo”. Eugenio Zaffaroni, *Tratado de Derecho penal parte general II* (Buenos Aires: EDIAR, 2005), 86.

⁸⁷ Al respecto de cómo era el ejercicio del poder punitivo absolutista y cómo fue cambiando, véase Eugenio Zaffaroni, *Tratado de Derecho penal parte general I* (Buenos Aires: EDIAR, 1998), 357-366.

⁸⁸ Eugenio Zaffaroni, *Derecho penal humano y poder en el siglo XXI* (Managua: INEJ, 2016), 31; también, Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, 464-7; similarmente, Enrique Bacigalupo, *Teoría y práctica del Derecho penal, tomo I* (Madrid: Marcial Pons, 2016), 407-424.

⁸⁹ Existe una dependencia entre el derecho penal y la sociedad, a tal punto que, el derecho penal debe asumir el reto de nuevos problemas sociales, no solamente limitarlo a ataques contra la libertad, la integridad y la vida, así, con más detalle Günther Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel Cancio y Bernardo Feijóo (Madrid: Civitas, 1996), 21-4.

⁹⁰ Similarmente, García Caveró, *Derecho Penal*, 114.

y sin límites. Mas bien, debemos repensar el concepto del derecho penal y sus principios político-criminales y readaptarlos a la sociedad actual. Debemos buscar la forma de legitimar y explicar el derecho penal del riesgo, imponiéndole límites. Según este razonamiento, las alternativas al derecho penal del riesgo si debiesen ser implementadas, pero no de una forma excluyente, sino complementaria.

Esto no quiere decir, de ninguna manera, que se debe hacer un uso desmedido del Derecho penal, y que todo lo que clama la sociedad del riesgo debe ser legitimado obligatoriamente, o que todas las normas de un Código penal ya incorporadas deban ser legitimadas (es evidente que hay normas que deben ser depuradas). Existe una delgada línea entre necesidad, legitimidad y arbitrariedad. El derecho penal como reflectante de la identidad social debe también recordarle a la sociedad que hay ciertos límites indisponibles, que no puede sobrepasar, a fin de que no sea usado como un lacayo.⁹¹

⁹¹ Jakobs, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, 22-4.

Capítulo segundo

Explorando los fundamentos de un derecho penal del riesgo legítimo: Perspectivas de los bienes jurídicos y los delitos de peligro abstracto

1. Discusión en torno a los bienes jurídicos: los niveles analíticos

Muchos planteamientos se han realizado y se han estudiado a lo largo de la historia, a fin de responder a las tres grandes cuestiones penales: (i) la función del derecho penal en la sociedad, (ii) la cuestión material del delito, en términos de qué debe hacer el sujeto frente al bien jurídico para que intervenga el derecho penal, y (iii) la cuestión político criminal, en el sentido de por qué el legislador ha decidido penalizar ciertos comportamientos, y si esta labor es legítima.⁹² Es así, que ha tomado parte la idea del bien jurídico, y los planteamientos sobre su naturaleza. Estos planteamientos han variado a lo largo del tiempo, algunos refieren a que el bien jurídico es un objeto de protección legal valioso, un derecho subjetivo. Otros, a que es un bien, un interés social, un interés de la vida, un valor de la cultura, entre otros.⁹³

Es por eso que debemos partir de la idea de que el usual concepto que se le da al bien jurídico es tributario de la relatividad social y política. En este sentido, afirmar que el bien jurídico es simplemente un objeto de protección legal considerado valioso, evaluado exclusivamente por el legislador o el Estado,⁹⁴ plantea interrogantes sustanciales. Por ejemplo, ¿Qué criterios definen la validez de un bien jurídico? ¿Quién determina qué es considerado valioso y qué no lo es? ¿El Estado ejerce un poder arbitrario en esta valoración o existen límites objetivos para esta atribución?⁹⁵

Siguiendo este razonamiento, podríamos considerar el caso de una carretera que conecta regiones clave del Ecuador, la sierra con la costa, facilitando el transporte de

⁹² Similarmente, Bernardo Feijoo, “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico”, *InDret*, n.º 2 (2008): 3.

⁹³ Sobre la historia, Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2.ª ed. (Buenos Aires: B de F, 2003), 112-124; también, Hernan Hormazabal, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho, el objeto protegido por la norma penal* (Santiago de Chile: Editorial jurídica Conosur, 1992), 13-131.

⁹⁴ Con una definición similar en la doctrina nacional, María Paulina Araujo, *Consultor penal - COIP* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 107, <http://bit.ly/40wpV60>

⁹⁵ De forma similar, sobre si hay o no elementos en la Constitución que limiten esta libertad, Luis Prieto Sanchís, “Una Perspectiva Normativa Sobre El Bien jurídico”, *Nuevo Foro Penal*, n.º 6 (2003): 76, <https://bit.ly/3X2ZWQx>.

bienes y servicios estimulando la economía nacional. Bajo la perspectiva del Estado, ¿Sería esa carretera un bien jurídico si el Estado la valora como un objeto de protección legal valioso para las condiciones económicas del país?⁹⁶

Es así como podríamos poner a prueba cada uno de los conceptos y concepciones del bien jurídico en relación con la realidad, llegando esencialmente a la misma conclusión.⁹⁷ Aunque algunos autores han señalado la existencia de dos enfoques teóricos que definen el bien jurídico (formal y material),⁹⁸ en realidad, para fines de estudio, podemos elaborar tres formulaciones de manera didáctica, las cuales de alguna manera abarcan las inclinaciones teóricas mencionadas.

La primera, reconoce que para determinar y definir lo que es un bien jurídico y su merecimiento de protección penal, se debe recurrir a la Constitución. Al hacerlo, se busca asegurar que la protección penal esté alineada con los principios y valores fundamentales consagrados en la Constitución, lo que proporciona un marco claro y coherente para la acción del sistema jurídico.

Por otro lado, la segunda inclinación adopta una postura más flexible, argumentando que el bien jurídico debe adaptarse y responder a las necesidades y dinámicas cambiantes de la sociedad.⁹⁹ En lugar de basarse exclusivamente en la Constitución, esta perspectiva aboga por una formulación del bien jurídico que refleje las realidades sociales, culturales y económicas del momento. Esto implica una mayor apertura a la evolución y adaptación del concepto de bien jurídico en función de los cambios en la sociedad.

Finalmente, la tercera inclinación, conocida como concepción institucional,¹⁰⁰ se centra en la protección de la vigencia de la norma como principal objetivo del derecho

⁹⁶ Con un ejemplo similar, y con la misma conclusión, Roland Hefendehl, “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?: Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, *Anales de Derecho* 19 (2001): 148-9, <http://bit.ly/3jDPD7M>.

⁹⁷ Con toda razón, Jakobs cita a Welzel: “El bien jurídico se ha convertido en un auténtico Proteo, que en las propias manos que creen sujetarlo se transforma en seguida en algo distinto”. Günther Jakobs, *Derecho penal parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a ed., trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González (Madrid: Marcial Pons, 1997), 47-8.

⁹⁸ Juan Antonio Lascurain, “Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal”, *Revista chilena de Derecho* 22, n.º 2 (1995): 253-5.

⁹⁹ Así, en este sentido, Mir Puig sobre la dimensión social: “¿Cuál es el sentido funcional en que los objetos reales importan al derecho penal como bienes jurídicos? Es su dimensión social la que interesa al Derecho: la medida en la que la indemnidad de aquellos objetos reales constituye una necesidad social y condiciona las ‘posibilidades de participación’ del individuo en los sistemas sociales”. Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 10.^a ed., 174-5.

¹⁰⁰ García Cavero, *Derecho Penal*, 123.

penal.¹⁰¹ Aunque esta perspectiva ha sido objeto de críticas, especialmente por su enfoque normativo, nunca se ha negado su función como tal.¹⁰²

Así también Welzel entendió que la misión del derecho penal va más allá de la protección de bienes jurídicos, pues cuando interviene, lo hace demasiado tarde; es así que su misión real, de forma similar a la vigencia de la norma, es la de asegurar la validez de los valores fundamentales del pensamiento jurídico, en términos de hacer que los ciudadanos sean fieles al derecho (valores ético-sociales).¹⁰³

No se profundizará en la discusión exhaustiva de estas perspectivas, dado que no constituye el enfoque principal de este trabajo y las restricciones conceptuales no lo permiten. Sin embargo, es imperativo reconocer que comprender adecuadamente el concepto de bien jurídico implica considerar lo que se ha denominado los niveles analíticos del bien jurídico.¹⁰⁴

Esta noción implica comprender que el bien jurídico no es solamente todo aquel bien que debe ser protegido por el derecho penal, sino que su contenido como tal cumple funciones distintas, que no parten de un mismo concepto.¹⁰⁵ Para ilustrarlo, se puede pensar en el bien jurídico como un triángulo, que es uno como tal, pero cada uno de sus lados es distinto a los otros y cumple funciones distintas. Por lo tanto, el error común ha sido intentar unificar estas diferentes funciones en un solo concepto,¹⁰⁶ cuando en realidad cada una posee su propia naturaleza y relevancia dentro del contexto jurídico.

Siguiendo este razonamiento, al bien jurídico se le asignan las siguientes funciones que se mueven en distintos niveles analíticos: (i) una función político criminal, (ii) una función dogmática, y (iii) una función teleológica. Al primer nivel analítico le corresponde analizar la función político criminal, que busca entender la cuestión de por qué el legislador ha decidido penalizar ciertas conductas, y si, a la final, esta labor es legítima o no. Aquí, se hace referencia al bien jurídico como tal, a su concepto usual y a

¹⁰¹ Günther Jakobs, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en *El funcionalismo en el derecho penal*, coord. Eduardo Montealegre (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 43; el mismo, en Günther Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez (Madrid: Civitas, 2003), 47-57.

¹⁰² Así, críticamente Roxin: “Ciertamente, la pena contribuye a la estabilización de la norma, aunque ello -en contra de Jakobs- no sea su único fin. Pero la estabilización de la norma no es un fin en sí mismo, sino que está destinada a contribuir a que en el futuro no se produzcan lesiones reales, individuales o sociales...”. Claus Roxin, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2013): 4, <https://bit.ly/319TWbu>.

¹⁰³ Hans Welzel, *Derecho penal parte general*, trad. Carlos Fontan Balestra (Buenos Aires: Roque Depalma, 1956), 3-4.

¹⁰⁴ García Caveró, *Derecho Penal*, 131.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.* 132.

su definición.¹⁰⁷ Esta definición deberá orientarse de forma pertinente a la inclinación constitucional del Estado, por ejemplo, sin afán de limitar el concepto se puede decir que bien jurídico es una circunstancia o finalidad que es útil para el individuo y su desarrollo en libertad en la sociedad.¹⁰⁸ Esta definición presentada es óptima justamente porque los bienes jurídicos deben tener un reconocimiento constitucional¹⁰⁹ y es la sociedad la que se ha dado la Constitución.¹¹⁰

Así, el art. 1 de la Constitución del Ecuador establece que el pueblo, en un sentido abstracto, es la fuente de soberanía y autoridad. Entonces, en este escenario es legítimo que toda la actividad estatal se oriente a asegurar las condiciones necesarias para el individuo y su desarrollo en la sociedad (tenida en cuenta su estructura).¹¹¹ Es así que este primer nivel analítico impone un límite a la criminalización primaria del legislador, y aquí se mueve el denominado principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, y se estudia la fuente del bien jurídico, que responde a las siguientes preguntas: ¿El bien jurídico proviene únicamente de la Constitución o de otras fuentes? ¿Obedece al sistema social y su correcto funcionamiento?

Por otra parte, al segundo nivel analítico le corresponde la función dogmática. Aquí se analiza lo que se ha denominado “bien jurídico protegido”, que responde a la pregunta de cuál es la función del derecho penal en la sociedad, y qué protege realmente mediante la imposición de la pena. Aquí, se hace referencia a que la protección recae sobre la vigencia de la norma que ha sido quebrantada por el delito. Cumple una función dogmática en el sentido comunicativo: mediante la imposición de la pena se comunica al delincuente y a la sociedad que la norma sigue vigente, a pesar de que ha sido transgredida.¹¹²

En el tercer nivel analítico se mueve la función teleológica,¹¹³ que tiene una función interpretativa,¹¹⁴ y que responde a la cuestión material del delito, en términos de

¹⁰⁷ El bien jurídico es un término teórico, que no puede entenderse de forma aislada de una teoría que lo define, es por eso que se considera que su definición, muchas veces es tributaria de la relatividad, en este sentido y con más detalle, Carlos Santiago Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica* (México: UNAM, 1989), 67-8.

¹⁰⁸ Así, con una definición similar, Roxin, *Derecho penal*, 56.

¹⁰⁹ Ávila, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos*, 77.

¹¹⁰ Con una referencia expresa al preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador.

¹¹¹ Similarmente, en referencia al planteamiento de Roxin y Rudolphi, véase Hormazabal, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho, el objeto protegido por la norma penal*, 122-4.

¹¹² En el sentido de que la norma genera un espacio de confianza para los individuos, Juan Antonio Lascuráin, “Bien jurídico y objeto protegible”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (2007): 132.

¹¹³ Similarmente, Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 175.

¹¹⁴ Lascuráin, “Bien jurídico y objeto protegible”, 127-8.

qué debe hacer el sujeto frente al bien jurídico para que intervenga el derecho penal. Se plantea la pregunta crucial sobre si el individuo debe causar un daño directo al bien jurídico, como en los delitos de lesión, o si basta con ponerlo en peligro, sin lesión, como en los delitos de peligro concreto. Además, se discute el concepto de riesgo en el derecho penal, especialmente en relación con los delitos de peligro abstracto: ¿Es suficiente que el individuo realice una acción potencialmente peligrosa, *in abstracto*, para que intervenga el derecho penal?

En este nivel, se aborda lo que se denomina “el objeto” que representa el bien jurídico afectado por la conducta ilícita. Esto permite una interpretación más clara de los elementos del tipo penal, la imputación objetiva y otros aspectos relevantes del análisis del delito.

1.1. Fuente de los bienes jurídicos en la función político criminal

Cuando se analiza la función político criminal del bien jurídico, se puede notar que la finalidad de la misma es imponerle límites al legislador en su labor de criminalización.¹¹⁵ En palabras sencillas, esta función lo que hace es trazar un marco de actuación como una mesa cuadrada, sobre la cual se encuentran varios bienes jurídicos y únicamente se le permite al legislador tomar esos bienes jurídicos para criminalizar conductas. Si el legislador toma otro bien que no se encuentre encima de esa mesa, la criminalización no es legítima.

Es importante señalar que no todos los bienes jurídicos presentes en la mesa son automáticamente considerados como bienes jurídicos “penales”;¹¹⁶ más bien, aspiran a adquirir esa cualidad. Sabemos que un bien jurídico puede llegar a tener la calidad de bien jurídico penal mediante la observancia de otros límites orientativos impuestos al legislador, como por ejemplo el principio de mínima intervención penal.¹¹⁷

De ahí que por ejemplo, a ningún legislador se le ocurriría tomar como bien jurídico a una carretera que conecta la sierra con la costa ecuatoriana, tal como se puso de ejemplo *ut supra*; o criminalizar conductas como saltarse la fila del supermercado, o

¹¹⁵ Justamente para limitar esta labor criminalizadora es que Birnbaum introduce la concepción de bien jurídico, así, con más detalle Michael Pawlik, “El delito ¿lesión de un bien jurídico?”, *InDret* (2016): 3.

¹¹⁶ Santiago Mir Puig, “Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *ius puniendi*”, *Estudios Penales y Criminológicos* (1991): 205.

¹¹⁷ Manuel Alberto Leyva y Larisbel Lugo, “El bien jurídico y las funciones del derecho penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 36, n.º 100 (2015): 70.

el adulterio. Justamente porque estos elementos no están dentro de ese marco de actuación que le permite al legislador criminalizar.

Pero, legítimamente surge la pregunta: entonces, ¿De dónde realmente vienen los bienes jurídicos que se colocan sobre la mesa para que el legislador realice su labor? De entrada se reconoce que los bienes jurídicos provienen o tienen reconocimiento en la Constitución.¹¹⁸ Pero al problema que nos enfrentamos es que en la Constitución no se encuentra de forma específica un catálogo de bienes jurídicos, sino que se encuentran derechos, normas, valores y principios redactados de forma abstracta.¹¹⁹

A este respecto, se pueden identificar dos líneas argumentativas. Una línea podría asegurar que los bienes jurídicos son solamente derechos contenidos en la Constitución en constante orientación al individuo, y el legislador transforma los derechos en bienes jurídicos al crear la norma penal. Así, el derecho a la vida equivale al bien jurídico vida, el derecho a la integridad personal, equivale al bien jurídico integridad personal, etc.

Por otra parte, podría decirse que el legislador podría incorporar cualquier bien jurídico, incluso si no se vincula con ningún derecho, teniendo como orientación el contenido de la Constitución en su totalidad. Así, el legislador por ejemplo tipifica los delitos contra la administración pública, en los que el bien jurídico no es un derecho de los individuos sino la preservación del correcto funcionamiento de la administración, o los delitos contra la actividad hidrocarburífera, en el que el bien jurídico son los recursos naturales no renovables.

El problema que se puede rescatar del primer planteamiento es que restringe y estanca la labor legislativa solamente a bienes jurídicos individuales, lo que de una u otra forma terminaría por desconocer la identidad de la sociedad actual.¹²⁰ Es así que si se siguiese esa línea, no encontraríamos legitimación en la tipificación de delitos contra la administración pública, contra la naturaleza, contra los recursos naturales no renovables, etc.

¹¹⁸ En este sentido, véase Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio n.º 53-20-IN/21, 01 de diciembre de 2021, 8, <https://bit.ly/3GsD9Iz>.

¹¹⁹ Similarmente, recomendando una labor de ponderación para la determinación de la tutela penal de los bienes jurídicos que se encuentran en la Constitución de forma abstracta, Prieto Sanchís, “Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico”, 71-6.

¹²⁰ Contrariamente, los bienes jurídicos acompañan al avance de la realidad social y pueden mutar. No obstante, esto no puede cuestionar la validez de los principios en los que se funda el sistema, así críticamente, Sergio Moccia, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales”, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, editor Jesús María Silva Sánchez (Barcelona: JMB, 1997), 116.

Con respecto al segundo planteamiento, su orientación es un poco difusa, es decir, le estaríamos entregando al legislador un amplio espectro de acción, a tal punto que podría desnaturalizar la criminalización de conductas contra bienes jurídicos, por ejemplo en el COIP, los delitos contra la fauna urbana desde el art. 249, hasta el art. 250.4. El punto fuerte de este último planteamiento es que permite el avance del legislador junto al tráfico social, permitiendo incluso el reconocimiento de bienes jurídicos colectivos, que identifican la orientación de la sociedad actual.

Sea como fuere, la realidad es que el legislador ecuatoriano se ha inclinado por un punto intermedio en su labor de criminalización. Ha tomado derechos y los ha transformado en bienes jurídicos (bienes jurídicos individuales) y ha tomado de forma más amplia bienes jurídicos colectivos. Esto último se explica porque el legislador no solamente ha tenido en cuenta los derechos como bienes jurídicos, sino que ha observado la realidad social y ha aceptado que existen reconocidos en la Constitución, *in abstracto*, bienes jurídicos colectivos, supraindividuales, que han sido legitimados por el constituyente.

Si se parte de este razonamiento constitucional, no es necesario entrar en la discusión de si los bienes jurídicos colectivos son legítimos o no de acuerdo con los principios penales de corte liberal, justamente porque el constituyente ha reformulado estos principios para adecuarlos a la sociedad actual y el legislador ha seguido esta línea.

Es evidente que en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) existen delitos dirigidos hacia bienes jurídicos colectivos que podrían considerarse carentes de legitimación (bienes jurídicos aparentes). Estos delitos se han incluido precisamente porque el problema de los bienes jurídicos se ha pasado por alto. La cuestión no radica en que los bienes jurídicos colectivos sean totalmente ilegítimos, sino en cómo podemos delimitarlos y emplearlos en contextos donde su intervención sea realmente necesaria para abordar los nuevos desafíos de la sociedad actual.

1.2. Bienes jurídicos colectivos y su reconocimiento constitucional

Los bienes jurídicos colectivos responden a los nuevos intereses sociales, en consonancia con la evolución de la sociedad hacia un modelo de sociedad del riesgo. Estos intereses abarcan una variedad de fenómenos emergentes, ya sea a nivel individual o supraindividual. Ahora es crucial proteger recursos como los recursos naturales no renovables, garantizar una administración pública efectiva, preservar las fuentes hídricas,

asegurar el adecuado funcionamiento del sistema monetario y financiero, promover el desarrollo sostenible, fomentar la responsabilidad ciudadana, garantizar una administración aduanera eficiente y mantener la seguridad pública, entre otros. Estos intereses se encuentran fácilmente identificados en la Constitución y se traducen en delitos tipificados en el Código Orgánico Integral Penal (COIP).

El carácter “colectivo” de estos bienes jurídicos se deriva de varios factores. En primer lugar, estos bienes jurídicos colectivos benefician a un gran número de personas de manera generalizada,¹²¹ a diferencia de los bienes jurídicos individuales, que benefician a una persona o a un grupo específico. Además, podemos recurrir a los siguientes conceptos¹²² para precisar aún más su naturaleza:

1. No exclusión en el uso: Esto significa que no se puede excluir a nadie del consumo o uso de estos bienes una vez que están disponibles en la sociedad.
2. No rivalidad en el consumo: Esta característica indica que el consumo de estos bienes por parte de una persona no afecta la disponibilidad o calidad para otros individuos.
3. No distributividad: Esto significa que no se pueden dividir o compartir estos bienes de manera individual, ya que su beneficio es para la comunidad en su conjunto.¹²³

Para explicar estos conceptos aterrizándolos al derecho penal y los bienes jurídicos colectivos, podemos considerar el siguiente ejemplo.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP), en sus artículos 336 hasta el 364, establece la regulación de los delitos contra la seguridad pública, considerándola como un bien jurídico. En este orden de ideas, se puede identificar que la seguridad pública nos beneficia a todos los individuos por igual, y todos podemos hacer uso de la misma (no exclusión en el uso). El hecho de que un individuo (A) haga uso de ese bien, no perjudica ni impide que otro individuo (B) también lo haga (no rivalidad en el consumo).¹²⁴ Además, la seguridad pública es un bien que conceptual, jurídica y fácticamente no puede

¹²¹ Bustos Ramírez, “Los bienes jurídicos colectivos”, 472.

¹²² Estos conceptos han sido identificadas para caracterizar a los bienes públicos, y para diferenciarlos de los bienes privados, así “los bienes privados puros se caracterizan por la rivalidad y exclusión y los públicos puros por la no rivalidad y no exclusión”. José Silva, “La educación superior desde la teoría de los bienes públicos: ¿Con o sin ánimo de lucro?”, *Sophia* 9 (2013): 130.

¹²³ Se ha acudido a estos tres conceptos para precisar la naturaleza de los bienes jurídicos colectivos o universales, al respecto Hefendehl, “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, 149-50.

¹²⁴ Con más detalle sobre esta propiedad, véase Silva, “La educación superior desde la teoría de los bienes públicos: ¿Con o sin ánimo de lucro?”, 133-7.

dividirse en partes iguales; no puede otorgarse, por ejemplo, una parte de seguridad pública a cada individuo (no-distributivo).¹²⁵

La inclusión de estos bienes jurídicos colectivos no implica una acción ilegítima por parte del legislador o del constituyente. Más bien, refleja una transición del Estado liberal de derecho hacia un Estado más comprometido con el ámbito social.¹²⁶ Este cambio responde a las demandas de una sociedad que enfrenta nuevos desafíos, particularmente en el contexto de la sociedad del riesgo. En este sentido, el Estado se encarga de asegurar ciertos presupuestos e intereses que son fundamentales para el desarrollo libre de los ciudadanos en la sociedad y que garantizan, en cierta medida, su futuro.

Por esta razón, en la Constitución se otorga gran importancia a recursos naturales como el agua, el suelo y la seguridad pública. Estos son considerados elementos esenciales para el bienestar y la estabilidad del individuo y la sociedad en su conjunto.

Es por eso, que la legitimidad de estos bienes jurídicos colectivos debe depender de su conexión directa con los derechos individuales de las personas.¹²⁷ Esto es importante porque el ordenamiento constitucional ecuatoriano tiene como fundamento justamente eso, los derechos de las personas; y toda limitación u orientación legislativa en el reconocimiento de bienes jurídicos, ya sean individuales o colectivos, debería ir por esa vía.¹²⁸ Todo lo que contravenga aquello, deberá ser analizado y de ser necesario, reformulado o desechado. De lo contrario, corremos el riesgo de crear un sistema en el que los bienes jurídicos colectivos se conviertan en fines en sí mismos cada vez que se pretenda crear un nuevo delito.¹²⁹ Esto podría socavar los derechos individuales en lugar de protegerlos, cambiando el enfoque a la tutela de meras funciones o finalidades.¹³⁰

¹²⁵ Robert Alexi, *El concepto y validez del derecho* (Barcelona: Gedisa, 2004), 186-7.

¹²⁶ José Luis Díez Ripolles, “El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”, *Jueces para la democracia*, n.º 30 (1997): 18. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174728>.

¹²⁷ Esta concepción se encuentra dentro de una de las dos concepciones de la teoría monista, que defiende la idea de que los bienes jurídicos colectivos solo son legítimos si sirven al desarrollo del individuo, a diferencia de la otra concepción, que defiende que los bienes jurídicos son atribuciones derivadas del Estado, así Winfried Hassemer, y Francisco Muñoz Conde, *Introducción a la criminología y al derecho penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1989), 107-8.

¹²⁸ Ha existido una discusión sobre si los bienes jurídicos colectivos deben ser funcionalizados en virtud de los bienes jurídicos individuales (derechos, a criterio del autor), o a la inversa, así lo reconoce, Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad, bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, 7.

¹²⁹ Hefendehl, “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, 152.

¹³⁰ Moccia, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales”, 118-9.

Así por ejemplo, los delitos contra el suelo (art. 252), deberían tratar de asegurar el futuro sostenible de los individuos, mediante la penalización de conductas que afecten al suelo forestal o al suelo destinado al mantenimiento y conservación de ecosistemas nativos. Lo mismo se aplicaría a los delitos contra el agua (según el art. 251), que deberían abordar conductas que afecten la disponibilidad y calidad del agua, vital para la vida y el bienestar de todos a futuro.¹³¹

Un caso interesante y debatido son los bienes jurídicos colectivos que se centran en las funciones del Estado en lugar de los derechos individuales. Por ejemplo, los delitos contra la administración de justicia, que se encuentran incorporados en varias legislaciones del mundo con un contenido difuso.¹³² Cuando se considera la administración de justicia como un bien jurídico protegido, se la interpreta como equivalente a la función jurisdiccional. Esto implica que lo que se está protegiendo es la actividad misma de aplicar y ejecutar el derecho. Por lo tanto, según este argumento, al introducir el delito de obstrucción de la justicia, el objetivo principal es proteger al Estado en su rol de administrador de justicia, y en segundo lugar, a las partes involucradas en el proceso.¹³³

Atendiendo a este planteamiento de la administración de justicia como bien jurídico colectivo, se puede notar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha dado un paso a la solución del problema, sin darse cuenta del todo. En el COIP, no se encuentra el fundamento en la administración de justicia como una función del Estado como bien jurídico colectivo, sino que se ha cambiado la concepción “administración de justicia” por “tutela judicial efectiva” que es un derecho directamente vinculado a las personas.¹³⁴

¹³¹ Esta afirmación se la realiza sin perjuicio de resaltar que la inclinación del constituyente ecuatoriano mediante el reconocimiento de los derechos de la naturaleza ha pasado de una concepción antropocéntrica, a una concepción ecocéntrica. Es decir, la protección del ambiente no orientada directamente a preservar los derechos de las personas, sino a preservar sus propios derechos (el ambiente en sí mismo), lo que algunos autores llaman bien jurídico colectivo propio, así, con una apreciación similar, Carlos María Romeo, “La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente”, en *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro - I*, director Edgardo Alberto Donna (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007), 35. Sin embargo, a la final, tenga el calificativo que tenga, efectivamente se termina protegiendo el futuro sostenible de las personas que habitan el territorio (directa o indirectamente). De eso no cabe duda.

¹³² Véase por ejemplo, la legislación española, Miguel Polaino-Orts, “Delitos contra la administración de justicia. Una introducción a la regulación de algunas figuras en el Código Penal español”, *Revista Oficial del Poder Judicial* (2010): 374-5.

¹³³ Pablo Andrés León, “El delito de obstrucción de la justicia: una visión crítica desde su reciente incorporación en la legislación ecuatoriana”, *Derecho Penal y Criminología* 44, n.º 116 (2023): 129, <https://doi.org/10.18601/01210483.v44n116.06>.

¹³⁴ *Ibid.*, 128-132.

Es decir, el fundamento ya no es la protección de funciones del Estado como bien jurídico colectivo, sino que se ha orientado expresamente hacia los derechos de las personas. Esto se puede encontrar regulado en el capítulo quinto del libro primero del COIP, cuya sección primera se denomina delitos contra la tutela judicial efectiva.

Esta tarea de legitimación y orientación nos brinda la oportunidad de realizar un análisis prospectivo para determinar si los bienes jurídicos colectivos tienen una justificación legítima para ser objeto de sanción penal en el Código Orgánico Integral Penal, o si, por el contrario, deberían ser abordados mediante otros medios administrativos o no penales. Es esencial evitar que los legisladores utilicen los bienes jurídicos colectivos como meros símbolos o instrumentos sin un respaldo sustancial.

1.3. El problema

Después de todo el análisis realizado hasta ahora es evidente que resulta difícil que un bien jurídico colectivo sea lesionado o puesto en peligro de manera concreta,¹³⁵ ya que esto solo ocurriría de manera forzada. Esto se debe principalmente a que la mayoría de estas estructuras delictivas se aplican a bienes jurídicos individuales. Por ejemplo, consideremos el delito de usurpación y simulación de funciones públicas (art. 287), el cual se enmarca como un delito contra la eficiencia de la administración pública y sanciona a quien asuma un cargo o función pública sin autorización o lo simule. ¿Puede la eficiencia de la administración pública ser realmente lesionada por este acto? ¿O por el contrario, la administración se vuelve automáticamente ineficiente debido a esta acción? Claramente, no es el caso.

Por otro lado, es difícil concebir cómo se podría poner en peligro de manera concreta un bien jurídico colectivo. Por ejemplo, uno de los delitos contra la seguridad pública es la destrucción o inutilización de bienes (art. 337), que castiga a un servidor militar que destruya, abandone o inutilice bienes destinados a la seguridad pública o defensa nacional, poniendo en peligro la seguridad del Estado. Es cierto que identificar cómo se puede poner en peligro la seguridad del Estado puede resultar complejo, ya que implica considerar una variedad de situaciones y contextos. Por ejemplo, podríamos

¹³⁵ Parte de la doctrina ha defendido la idea de que efectivamente se pueden lesionar los bienes jurídicos colectivos, atendiendo a la diferencia entre lesión del bien jurídico y menoscabo del objeto material, así, Mercedes Alonso, “Bienes jurídicos colectivos y delitos de lesión: lo primero, el bien jurídico”, en *Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, coord. Vicente Valiente Ivañez y Guillermo Ramírez (Madrid: AEBOE, 2022), 399-402.

imaginar que dejar un tanque de guerra y armas letales en la frontera con Colombia podría representar un riesgo para la seguridad del Ecuador, ya que podrían ser utilizados por grupos guerrilleros o por grupos de crimen organizado para atacar al país. Sin embargo, podría argumentarse que un solo tanque de guerra no representa una amenaza real para la seguridad del Estado. Entonces, ¿cuántos tanques de guerra serían necesarios para representar una amenaza significativa? ¿Veinte? ¿Cien? ¿Mil?

Esta complejidad ilustra cómo hablar de lesión o peligro concreto en el ámbito de los bienes jurídicos colectivos puede ser difícil de determinar. Sin embargo, esto no descarta la posibilidad de que existan escenarios legítimos en los que se evidencie la lesión o peligro concreto. Uno de estos casos, sería, por ejemplo el caso de los bienes jurídicos colectivos propios que tienen relación con el ambiente y la naturaleza, calificados también como bienes jurídicos colectivos consumibles.¹³⁶ Estos bienes podrían lesionarse, mayoritariamente con efecto de acumulación, o a veces, teóricamente, con una sola acción. También podrían ponerse en peligro concreto.

Por ejemplo, la contaminación de fuentes hídricas o la deforestación a gran escala pueden representar una lesión continua y progresiva de estos bienes colectivos. Un ejemplo claro de esto último es el caso Chevron cuyo impacto terminó devastando casi medio millón de hectáreas de selva amazónica. En cuanto al peligro concreto, este puede surgir cuando se realizan actividades que ponen directamente en riesgo la integridad de los ecosistemas aledaños o recursos naturales no lesionados directamente. Sin embargo, es importante reconocer que este tema es complejo y multifacético, y que un análisis exhaustivo requeriría considerar una variedad de factores ambientales, sociales y legales. En este sentido, es comprensible que no se profundice en este punto dentro del alcance del presente trabajo.

Es por esto, que sería más fácil hablar de peligro abstracto en la referencia a los bienes jurídicos colectivos. Los delitos de peligro abstracto se caracterizan porque sancionan conductas por su peligrosidad general, que no lesionan ni ponen en peligro

¹³⁶ El medio ambiente es un bien jurídico colectivo que puede ser disfrutado por los individuos. Sin embargo, al mismo tiempo, es un bien que puede ser consumido y degradado. Esto significa que si muchas personas lo utilizan (disfrutan) de manera descontrolada, se pueden degradar progresivamente sus componentes naturales, así, Augusto Silva, “¿Y si todos lo hicieramos? Consideraciones acerca de la (in)capacidad de resonancia del derecho penal con la figura de la acumulación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 56 (2003): 448; también, Hefendehl, “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, 155; también lo menciona, Feijóo, “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico”, 7.

(concreto) a bienes jurídicos.¹³⁷ Desde luego, si consideramos la dificultad inherente de demostrar una lesión o peligro concreto en el caso de los bienes jurídicos colectivos, podría parecer más sencillo recurrir a la figura de los delitos de peligro abstracto.

Ahora, frente a este punto, uno de los principales problemas sería determinar desde una perspectiva de mínima intervención penal cuándo estamos frente a una conducta penalmente relevante con respecto al peligro abstracto. Esta cuestión responde al hecho de si realmente es necesario, por ejemplo, tener un delito de defraudación aduanera en el que se perjudique a la administración por cantidades ínfimas (5 o 10 dólares). Evidentemente no existe lesión ni peligro concreto, pero ¿Realmente deberíamos justificar conductas delictuales como estas mediante el peligro abstracto? Claramente, no por cuestiones como estas es que el legislador ecuatoriano ha acordado establecer ciertos umbrales, por ejemplo en la defraudación aduanera (art. 299 del COIP), el tipo penal requiere que la cuantía sea superior a ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general.

Sin embargo, entrar a discutir estos particulares, es adentrarse a un terreno difícil que también nos lleva a incluir en la ecuación a las contravenciones penales. Dentro de la pirámide penal de la gravedad que diferencia lo penal de lo administrativo, se podría identificar que el umbral más próximo son las contravenciones penales, después le sigue el peligro abstracto, el peligro concreto y por último la lesión. Es así que se deberá responder a la tan discutida cuestión ¿Cuándo un delito de peligro abstracto? ¿Cuándo una contravención?

Las infracciones penales, según su gravedad, se han clasificado de diversas maneras. Henao de Yepes propone una clasificación relevante al dividir las en tres grandes grupos: (i) clasificación tripartita (crímenes, delitos y contravenciones), (ii) clasificación bipartita (crímenes y delitos), y (iii) clasificación bipartita (delitos y contravenciones).¹³⁸

El COIP, en su Libro Primero, aborda el régimen de la infracción penal y, en su Título I, establece las reglas generales aplicables a estas infracciones. En su art. 19, distingue entre infracciones divididas en: delitos y contravenciones, que pueden ser sancionadas con penas privativas y no privativas de libertad, así como penas restrictivas

¹³⁷ Así, similarmente, “Se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido”. Cerezo Mir, “ Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, 47.

¹³⁸ Luisa Henao de Yepes, “Delitos y contravenciones (informe derivado de investigación)”, *Nuevo Foro Penal* 52 (1991): 174.

de los derechos de propiedad. Con esta clasificación, el COIP se adscribe a un sistema bipartito de infracciones (delitos y contravenciones).

La naturaleza jurídica de las contravenciones en este sistema bipartito es distinta a la delictual. Por ello, para estudiar su concepto y naturaleza es esencial partir de su diferenciación, tema analizado y debatido por la doctrina durante muchos años. Soler destaca que autores como Carrara y Carmignani defienden una diferencia ontológica, según la cual “el delito sería siempre la lesión a un derecho subjetivo, mientras que la contravención solo importaría una desobediencia”.¹³⁹ Otra diferencia planteada es que el delito implica la existencia de una lesión, mientras que la contravención implica un peligro; y otras, que defienden la diferencia cuantitativa de las infracciones. Henao de Yepes clasifica estas diferencias mediante criterios como la pena, el criterio subjetivo, objetivo o ecléctico.¹⁴⁰

A pesar de las discusiones doctrinarias, actualmente es muy difícil encontrar una solución diferenciadora concreta entre estas dos infracciones debido al avance de la realidad social y la creación de nuevos tipos penales modernos.

Estos criterios diferenciadores mencionados no se pueden aplicar al caso concreto ecuatoriano debido a la multiplicidad de infracciones y su diversa construcción legislativa en la posmodernidad. Por ejemplo, en el derecho ecuatoriano, existen contravenciones penales en el COIP que sancionan conductas peligrosas *in abstracto* (conducción de vehículo con llantas en mal estado, art. 383), conductas de lesión (lesiones de hasta tres días de incapacidad, art. 396, inciso 4), meros comportamientos (usurpación de uniformes e insignias, art. 296), y diferencias cuantitativas con los delitos (delito de hurto, art. 196; y contravención de hurto, art. 209 del COIP).

Por tanto, en el derecho penal ecuatoriano, la diferencia esencial radica en el derecho adjetivo, es decir, en el proceso. La Corte Nacional de Justicia con respecto a este punto ha mencionado que:

Justamente es en el derecho procesal penal, donde resulta determinante la diferenciación; por ejemplo, la atribución de la competencia material para el enjuiciamiento de las diferentes infracciones recae sobre determinados órganos jurisdiccionales, siendo diferentes para los delitos y las contravenciones [...]¹⁴¹

¹³⁹ Sebastián Soler, *Derecho Penal argentino, tomo I*. Actualizado por Guillermo Fierro, 10.ª ed. (Buenos Aires: TEA, 1992), 294.

¹⁴⁰ Henao de Yepes, “Delitos y contravenciones (informe derivado de investigación)”, 175-9.

¹⁴¹ Carlos Ramírez y Marco Tello, *Criterios sobre inteligencia y aplicación de la ley* (Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017), 189.

Es cierto que en el derecho penal ecuatoriano las contravenciones tienen un proceso específico, el procedimiento expedito (art. 641 del COIP), que es más ágil. Además, en la legislación ecuatoriana no cabe tentativa en las contravenciones, pues su punibilidad depende de su consumación, según el mandato expreso del inciso final del art. 39 del COIP.

Finalmente, en el ámbito sustantivo, para diferenciar de manera más exacta las conductas punibles, se debe valorar cada conducta incorporada al Código. Hernández señala que “En cuanto al delito y la contravención penal, sobre cuya diferencia se edificaron las teorías objetivas y subjetivas, evolucionó después de estériles debates para concluir que su diferencia es de carácter valorativo [...]”.¹⁴²

Valorativo en el sentido de que el Estado, a través del Legislador, determina mediante su juicio las conductas que lesionan, o ponen en grave peligro, o son peligrosas *in abstracto* frente a intereses importantes para la sociedad (delitos), y aquellas conductas lesivas o peligrosas menos importantes valorativamente (contravenciones). Afirmando este punto, la Corte Nacional de Justicia ha señalado: “que el Estado considera a las contravenciones como conductas de menor lesividad, y por ende su prosecución es sumaria y menos rigurosa”.¹⁴³

Es claro que el legislador ecuatoriano ha cometido errores y ha tenido diversos criterios con respecto a esta valoración, debido tal vez a una política criminal mal lograda o a una técnica legislativa deficiente. Por lo demás, intentar identificar estos errores en el COIP y proponer una recomendación de hasta qué punto se debe intervenir con delitos de peligro abstracto o contravenciones, excede por mucho los límites de este trabajo.

Volviendo al punto central de la cuestión, optar por tipificar los delitos relacionados con los bienes jurídicos colectivos como delitos de peligro abstracto, se evitaría la complicación de tener que establecer la existencia de un daño palpable o una amenaza concreta para estos bienes. Además, facilitaría la labor de aplicación de la ley al enfocarse en la prevención de riesgos y la protección de intereses colectivos de manera más amplia. Sin embargo, hacer uso de los delitos de peligro abstracto como caja de

¹⁴² Hernando Hernández, “Delitos, contravenciones penales e infracciones administrativas: Un rastreo doctrinal y jurisprudencial”, *Dos mil tres mil, Revista de la facultad de Derecho y Ciencias políticas*, 4(14) (2012): 61.

¹⁴³ Ramírez y Marco Tello, *Criterios sobre inteligencia y aplicación de la ley*, 190.

sastre, y enviar ahí todo lo que nos genera problemas en el derecho penal tampoco es legítimo.¹⁴⁴

1.4. Toma de posición

Entendiendo la complejidad de la cuestión, es posible sugerir algunas ideas para abordarla. En primer lugar, en un Estado constitucional de derechos, los bienes jurídicos colectivos deberían ser examinados desde una perspectiva personalista, es decir, deberían estar directamente relacionados con los derechos individuales de las personas, como se discutió anteriormente. Por ejemplo, el delito de comercialización o producción de medicamentos o productos de consumo humano adulterados (art. 217.1), se orienta a proteger, a futuro, el derecho a la salud de los ciudadanos que es fundamental.

Esta aproximación podría considerarse como la norma general. Sin embargo, también existen bienes jurídicos colectivos que no se alinean directamente con los derechos individuales, como la eficiencia de la administración pública o la fe pública. A estos se les denominaría bienes jurídicos colectivos supraindividuales,¹⁴⁵ ya que trascienden los intereses de los individuos para abarcar el funcionamiento adecuado de instituciones o sistemas sociales más amplios.

Entonces, esa sería una manera de clasificar los bienes jurídicos. En primer lugar, estarían los bienes jurídicos individuales, que están estrechamente relacionados con los derechos de las personas a nivel individual. Por otro lado, tendríamos los bienes jurídicos colectivos, que pueden dividirse en dos categorías:

1. Bienes jurídicos colectivos directamente vinculados a los derechos individuales: Estos bienes tienen una relación clara y directa con los derechos de las personas.
2. Bienes jurídicos colectivos supraindividuales: Estos bienes no están directamente relacionados con los derechos individuales, sino que tienen un carácter más abstracto o institucional.

¹⁴⁴ Con un razonamiento similar, Hefendehl, “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, 152.

¹⁴⁵ Hay autores que realizan la diferenciación entre bienes jurídicos colectivos, y bienes jurídicos realmente supraindividuales. Los bienes jurídicos colectivos solo son tal, si son un instrumento para la protección de bienes jurídicos individuales, y si no lo son, son supraindividuales, así, Cerezo Mir, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, 56-7; sin embargo, los bienes jurídicos supraindividuales, aunque no se orienten del todo a bienes jurídicos individuales (o derechos, en nuestro caso), siguen siendo bienes jurídicos colectivos, de acuerdo al razonamiento de la exclusión en el uso, no rivalidad en el consumo y la no-distributividad.

Esta clasificación podría proporcionar una base para analizar y comprender mejor la naturaleza y la importancia de los diferentes tipos de bienes jurídicos, lo que a su vez podría ayudar a orientar la legislación penal de manera más efectiva y justa.

Los bienes jurídicos individuales pueden ser afectados tanto de manera concreta como abstracta, aunque este último caso es menos común y está sujeto a ciertos criterios específicos, como se explicará más adelante. Por otro lado, los bienes jurídicos colectivos rara vez son vulnerables a lesiones o amenazas directas. No obstante, dado que estos bienes están estrechamente relacionados con los derechos individuales de las personas, resultaría justificable tipificar el peligro abstracto, mediante la identificación de comportamientos riesgosos, para que en última instancia se protejan estos derechos individuales, tales como la vida, la salud o la integridad.¹⁴⁶

Es así, que por ejemplo, en áreas como la energía nuclear, la protección del medio ambiente, la distribución de alimentos, y el tráfico ilícito de migrantes resulta más efectivo tomar medidas preventivas hacia el futuro que esperar a que ocurran daños irreversibles. En este sentido, anticipar la intervención penal para abordar los desafíos emergentes se justifica plenamente. Por otro lado, en lo que respecta a los bienes jurídicos colectivos que trascienden a los individuos, la formulación de tipos penales debería ser más cautelosa. En algunos casos, podría ser más apropiado recurrir a la aplicación de normativas administrativas sancionadoras, reservando el uso de delitos de peligro abstracto únicamente en situaciones excepcionales, siempre que el legislador los fundamente en la protección de los derechos individuales.¹⁴⁷ El ordenamiento legal ecuatoriano ha seguido esta línea en ciertos delitos, como se detalló anteriormente. Solo en este estadio sería legítima la anticipación de la protección penal para hacer frente a los nuevos retos.

Por otra parte, con respecto a los bienes jurídicos colectivos supraindividuales, la técnica de tipificación debería ser más restringida, incluso recurriendo al uso del derecho administrativo sancionador, sin descartar el futuro avance a delitos de peligro abstracto siempre y cuando la fundamentación típica se oriente a derechos de las personas (como

¹⁴⁶ Con otra opinión, se ha manifestado que el solo hecho de tipificar delitos contra bienes jurídicos colectivos ya supone una anticipación penal en sí misma, lesionando los bienes jurídicos colectivos sin necesidad de reconocer los delitos de peligro abstracto en referencia a bienes jurídicos individuales, así Cerezo Mir, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, 58; también en esta línea, Dino Carlos Caro, “Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos”, *Themis Revista de derecho*, n.º 37 (1998): 203-5.

¹⁴⁷ De forma similar, en esta línea, Winfried Hassemer, “lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, *Doctrina penal teoría y práctica en las Ciencias penales* (1989): 281-3.

excepción). Esta última línea la ha seguido en ciertos delitos el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tal como se explicó.

El problema radica en la aplicación arbitraria y desorganizada de la tipificación de delitos en el COIP. Encontramos que el concepto de peligro abstracto se aplica mayormente a bienes jurídicos colectivos supraindividuales, como en el caso del cohecho, donde simplemente el acto de aceptar un soborno, promesa o dádiva constituye un delito. Sin embargo, en aquellos casos que realmente ameritarían la tipificación del peligro abstracto, se exige que haya ocurrido una lesión o que el bien jurídico esté en peligro, o incluso, algunos delitos relevantes no están clasificados como tal en este aspecto. Este tema será abordado en detalle en el próximo capítulo, donde se analizará un caso específico.

2. Sobre los delitos de peligro abstracto en el derecho penal ecuatoriano: el problema

Los delitos de peligro abstracto, como se ha señalado, castigan comportamientos peligrosos en general, que no causan un daño tangible ni representan un peligro concreto para el bien jurídico en cuestión.¹⁴⁸ La discusión sobre estos delitos, en términos generales pero no exclusivamente, se centra en su incompatibilidad con el principio de lesividad.¹⁴⁹ Este principio establece que la intervención penal solo es legítima cuando la conducta efectivamente causa un daño o al menos representa un peligro concreto para el bien jurídico en cuestión.

En este contexto, se ha argumentado que el principio de lesividad guarda una estrecha relación con la antijuridicidad material.¹⁵⁰ Desde esta perspectiva, se puede llegar a la conclusión de que los delitos de peligro abstracto carecen de legitimidad en el COIP, ya que no cumplen con el principio de lesividad establecido en su art. 29. Este

¹⁴⁸ Este planteamiento tomó fuerza desde que en 1852, Goldammer publicó su tratado “Materiales para los códigos penales de los estados prusianos”, en el cual estableció que en los casos de delitos de incendio en viviendas se consideraría el peligro de manera abstracta, es decir, sin requerir la demostración de un peligro concreto, así, Friedrich-Christian Schroeder, “Nuevas tendencias en los delitos de peligro abstracto”, en *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro - I*, director Edgardo Alberto Donna (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007), 119.

¹⁴⁹ A diferencia de los delitos de peligro concreto, que si se compatibilizan con este principio, en este caso solamente existe una desobediencia formal de la norma, así, Hans Joachim Hirsch, “Sistemática y límites de los delitos de peligro”, en *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro - II*, director Edgardo Alberto Donna (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008), 15.

¹⁵⁰ Rafael Márquez, *Teoría de la antijuridicidad* (México: UNAM, 2003), 157; en la doctrina penal nacional, Pablo Encalada Hidalgo, *Teoría constitucional del delito: análisis aplicado al Código Orgánico Integral Penal* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015), 58.

principio exige que se amenace (peligro concreto) o se lesione (daño) sin justa causa un bien jurídico para que una conducta sea considerada como delito.¹⁵¹

Es así que por ejemplo, sin miedo a cometer una equivocación, se puede afirmar que todas las personas que fueron sentenciadas en el Estado ecuatoriano por el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización (art. 220),¹⁵² por asociación ilícita (art. 370), o por tenencia y porte de armas (art. 360), están en prisión por una conducta que no es antijurídica materialmente de acuerdo con el art. 29; por lo tanto, su encarcelamiento es inconstitucional. Esta afirmación es sumamente grave, pero si se sigue los postulados del propio COIP, no se podrá concluir otra cosa.

2.1. Hacia una comprensión legítima de los delitos de peligro abstracto en el Estado constitucional de derechos

De acuerdo con el razonamiento que se ha esbozado, en el caso de ser estrictamente garantistas siguiendo los principios clásicos del derecho penal, deberíamos depurar estos delitos de peligro abstracto, y solo quedarnos con delitos de lesión y peligro concreto. Sin embargo, ¿Nos imaginamos una sociedad ecuatoriana, sometida al crimen organizado, en la que para sancionar la asociación ilícita o delincuencia organizada se espere a que se cometa el delito fin?¹⁵³ ¿O que esperemos a que se produzca un daño en la salud de los consumidores para recién empezar a sancionar la lesión ocasionada por la venta de medicamentos adulterados o caducados? ¿O que solamente sancionemos administrativamente a una persona que porta un arma de forma ilegal y esperemos a que agrede a otra persona o que ponga en peligro concreto la seguridad pública para que el derecho penal intervenga?,¹⁵⁴ ¿O esperamos a que se verifique un daño o un peligro comprobable al medio ambiente para interponer una sanción penal?

¹⁵¹ Así, el artículo prescribe lo siguiente “Art. 29.- Antijuridicidad.- Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código”. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de Febrero 2014, art. 29.

¹⁵² Teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido en nuestra legislación ecuatoriana es la salud pública, así en la doctrina nacional, con más detalle Víctor Vásquez, “La extensiva interpretación del tipo penal de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización: El Caso N° 18282-2018-00726”, *Revista Facultad De Jurisprudencia* 1 n.º 9 (2020): 506, <https://doi.org/10.26807/rfj.vi9.129>.

¹⁵³ Sobre este particular, mucho se ha discutido la penalización de los así llamados actos preparatorios como delitos de peligro abstracto, que sin embargo, como excepción, encuentran plena justificación en la actual sociedad del riesgo, además, porque están amparados por un bien jurídico colectivo.

¹⁵⁴ Así, se ha puesto especial atención en el peligro concreto en estos ámbitos, en términos de la potencialidad lesiva del arma, y que su porte o tenencia se ubique en un contexto en el que sea peligroso

Es por eso que, siendo fieles al razonamiento abordado en el presente trabajo, es necesario reformular el principio de lesividad para que se adapte a estas nuevas formas de protección del derecho penal del riesgo, como respuesta a la sociedad actual.¹⁵⁵ Para empezar a pensar en legitimar los delitos de peligro abstracto, sin tratar de agotar el debate, se puede reconocer que se debe responder a dos cuestiones fundamentales: (i) la cuestión del resultado, y (ii) la cuestión del bien jurídico.

Con respecto al primer aspecto, debe responderse a la pregunta de si realmente los delitos de peligro abstracto presentan o no algún tipo de resultado verificable.¹⁵⁶ De ser afirmativa la respuesta, se debería tratar de fundamentar el por qué y el cómo del desvalor de resultado (verificación).¹⁵⁷ Por el contrario, si se sostiene que no presentan ningún resultado, se debería analizar si realmente cabe la existencia de delitos sin resultado, y fundamentar una suerte de excepción en el COIP, en la cual se verifique solamente la peligrosidad *ex ante* de la acción (desvalor de acción),¹⁵⁸ con todos los problemas que esto conlleva.¹⁵⁹

Por otra parte, se reconoce que la discusión también ronda en torno a qué entendemos por el bien jurídico al que ampara el principio de lesividad. El presente trabajo, defiende la idea de los niveles analíticos del bien jurídico, así que se planteará la solución por esa vía. Se debe partir de la idea de que tanto bienes jurídicos individuales,

para la seguridad ciudadana, caso contrario debería sancionarse por la vía administrativa, así Mirentxu Corcoy Bidasolo, “Algunas cuestiones sobre el injusto típico en los ‘delitos de peligro’”, *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro – I* (2007): 84. Sin embargo, Ecuador, sanciona el simple porte y tenencia, sin requerir esta comprobación *ex post*.

¹⁵⁵ Similarmente, Roberto Atilio Falcone, “Los delitos relativos al tráfico de drogas como delitos de peligro”, *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro - III* (2008): 252-3.

¹⁵⁶ Cierta parte de la doctrina estudia la valoración *ex post*, distinguiendo entre peligro y riesgo, para no contrariar el peligro abstracto con los principios esenciales del Derecho Penal, así Corcoy Bidasolo, “Algunas cuestiones sobre el injusto típico en los ‘delitos de peligro’”, 84-5. No obstante, en este caso no se entiende al riesgo y al peligro como lo hace la sociología en la sociedad del riesgo, de acuerdo con el presente trabajo.

¹⁵⁷ Es así que por ejemplo, siguiendo la primera línea argumentativa de la comprobación del resultado, se ha tratado de fundamentar la lesividad del peligro abstracto en las condiciones de seguridad necesarias para una disposición racional sobre un bien jurídico, con esta postura, Urs Kindhäuser, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro en el derecho penal”, *InDret* (2009): 3-18; el mismo, en Urs Kindhäuser, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico”, en *Hacia un derecho penal económico europeo: Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann* (Madrid: BOE, 1995), 441-52.

¹⁵⁸ Esta es la inclinación dominante de la doctrina, según la cual “...los delitos de peligro abstracto no exigen que tenga lugar un resultado, sancionan conductas que, desde la perspectiva de una persona estándar en la posición del autor, como regla general, son *ex ante* riesgosas”. Bruno Rusca, “Los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables. Nuevos argumentos en defensa de una teoría clásica”, *Revista Chilena De Derecho* 49, n.º 1 (2022): 105, <https://doi.org/10.7764/R.491.5>.

¹⁵⁹ Se los ha tratado de fundamentar con la reconducción a la imprudencia, como una presunción *iuris tantum*, con la exigencia de una peligrosidad *ex ante*, etc. Todos estos planteamientos tienen sus propios problemas, así con más detalle, Bernardo Feijoo Sánchez, “Seguridad colectiva y peligro abstracto, sobre la normativización del peligro”, *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro - I* (2007): 166-78.

como colectivos, se encuentran reconocidos en la Constitución, tal como ha sido expuesto. Así, se podrá inferir que su existencia y su legitimidad se puede explicar mediante el primer nivel analítico del bien jurídico (función político criminal).

Por otra parte, de acuerdo al tercer nivel analítico (función teleológica), se puede reconocer que el delito no menoscaba en términos materiales y realmente verificables a los bienes jurídicos colectivos (el objeto que representa el bien jurídico), pero si lo hace con los bienes jurídicos individuales.¹⁶⁰ Entonces, la lesividad en este nivel solamente puede abarcar a bienes jurídicos individuales, es decir, se requerirá que se lesione o se ponga en peligro al bien jurídico individual para que la imposición de la pena sea legítima.

Sin embargo, este tercer nivel analítico no sirve para explicar la lesividad del peligro abstracto en referencia a bienes jurídicos colectivos e incluso, algunos bienes jurídicos individuales. Sería necesario entonces, reformular este principio para que se adapte a estos requerimientos actuales de la sociedad del riesgo.

Es así que se considera pertinente analizar el principio de lesividad dentro de otra categoría legitimadora: el segundo nivel analítico del bien jurídico (función dogmática), que entiende a la lesividad normativamente. La lesividad defrauda al bien jurídico protegido, que es la real vigencia de la norma, que responde a la función que el derecho penal cumple en la sociedad y fundamenta la imposición de la pena.

Como se ha venido desarrollando en el presente trabajo, debe entenderse que en la sociedad actual del riesgo, el legislador tiene que lidiar con nuevos riesgos hacia bienes jurídicos individuales y colectivos, que además, tienen reconocimiento constitucional. Por eso, los delitos de peligro abstracto juegan un papel preponderante, en el sentido de que para que la norma se defraude no solamente basta que se lesione o se ponga en peligro concreto, sino también que en ciertas situaciones o nuevos ámbitos sociales, baste la sola peligrosidad de la conducta *ex ante* para que la lesividad se configure, sin esperar que se produzca el resultado.

Entonces, el principio de lesividad debe entenderse en relación con lo que fue formulado, es decir, en relación con bienes jurídicos individuales y colectivos (incluyendo los bienes supraindividuales), pero atendiendo a los distintos niveles

¹⁶⁰ Contrariamente, parte de la doctrina sostiene que ni aún los bienes jurídicos individuales se ven realmente menoscabados por el delito, en el sentido de que no se elimina al bien jurídico vida como algo socialmente valioso cuando un delito contra la vida ha sido cometido, así con más detalle, García Caveró, *Derecho Penal*, 133. Sin embargo, esta es una consideración en general, pues la vida del titular en específico del bien jurídico si se ve menoscabada, al igual que la integridad sexual en una violación, o el patrimonio, o la libertad en otros delitos.

analíticos. Ante este panorama, no debería negarse la existencia del peligro abstracto, pero sí debería imponerse límites a su incriminación penal.

Tales límites deberían imponer, al menos, los siguientes requisitos:

1. Que la conducta peligrosa *ex ante* que el legislador define como prohibida esté claramente descrita en la norma penal. Cuando se pretenda hacer remisiones normativas para complementar la norma penal, se lo haga siempre y cuando sea absolutamente necesario.¹⁶¹
2. Que el bien jurídico colectivo o el delito de peligro abstracto tenga una referencia directa o indirecta a un derecho individual. En el caso de los bienes jurídicos colectivos supraindividuales, que están legitimados por el constituyente, su implementación se hará de manera excepcional, respetando la orientación y los fines constitucionales, para no desnaturalizar el uso del derecho penal.
3. Que el tipo penal referente al bien jurídico colectivo no vulnere el principio de culpabilidad, ni invierta la carga de la prueba.¹⁶²
4. Que se respete el principio de mínima intervención penal, y se tome en cuenta para aspectos no sustanciales las alternativas no penales.

En el siguiente capítulo se realizará un ejercicio práctico para entender todo el esbozo teórico que se ha realizado a lo largo de estos dos primeros capítulos. Para de esta forma, entender la utilidad real de los delitos de peligro abstracto, y resaltar la forma en la que en el Ecuador, han sido utilizados ilegítimamente.

¹⁶¹ En el sentido de que las normas penales en blanco no deberían ser utilizadas bajo parámetros abiertos y desmedidos.

¹⁶² En el sentido de que el tipo penal no exija que se demuestre lo contrario al comportamiento peligroso, pues esto vulneraría el principio *in dubio pro reo*, en este sentido, Hirsch, “Sistemática y límites de los delitos de peligro”, 27.

Capítulo tercero

Casos de estudio, la protección de derechos en el ámbito del derecho penal del riesgo y su uso legítimo

1. Caso 1: El tráfico ilícito de migrantes en un Estado constitucional de derechos¹⁶³

El tráfico ilegal de migrantes representa un desafío persistente para los Estados, cuya gravedad ha aumentado en los últimos años, planteando importantes dilemas tanto a nivel nacional como internacional. Este fenómeno ha adquirido una dimensión social significativa y también ha despertado el interés del ámbito jurídico.

A nivel internacional, se han implementado diversos instrumentos para abordar este problema, destacando el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, complementario a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Estos instrumentos buscan fomentar la cooperación entre los Estados, mejorar la protección de los derechos de los migrantes y sancionar a los responsables del tráfico ilegal de personas.

El proceso de tráfico ilegal de migrantes es complejo y opera al margen de la legalidad. Los migrantes, a menudo impulsados por diversas circunstancias económicas, políticas y sociales, se ven obligados a recurrir a redes criminales que facilitan su travesía hacia sus destinos deseados. En este proceso, los migrantes enfrentan la vulneración de varios de sus derechos.

A pesar de las múltiples estrategias para hacer frente a este problema, el Ecuador ha optado por reaccionar penalmente, introduciendo una conducta punible de tráfico ilícito de migrantes. Sin embargo, este ilícito ha experimentado diversas modificaciones desde su inicial incorporación en el año 2000, culminando con su inclusión en el COIP, arrastrando múltiples problemas de legitimidad. La falta de claridad sobre el bien jurídico protegido por este delito se levanta como el principal de estos problemas, lo que ha generado interpretaciones divergentes en la doctrina y en las sentencias judiciales, con

¹⁶³El artículo titulado “Repensando la legitimidad delictual del tráfico ilícito de migrantes en un estado constitucional de derechos” fue originalmente publicado en la revista IURIS DICTIO, revista de derecho. El autor del artículo es Pablo Andrés León González, y el año de publicación es 2023. Se puede encontrar en el número 32 de la revista. El artículo está disponible en línea en el siguiente enlace: <https://doi.org/10.18272/iu.i32.2995>.

enfoques que van desde la protección de la soberanía estatal hasta la regulación migratoria.

En este contexto, esta sección del trabajo se propone cuestionar la fundamentación del bien jurídico en este delito, teniendo en cuenta la orientación actual del Estado ecuatoriano. Esto permitirá la protección penal hacia los derechos de las personas, utilizando el concepto de peligro abstracto como base para una legitimación penal-constitucional.

1.1. Antecedentes importantes en la evolución del delito de tráfico de migrantes

En el año 2000, la legislación ecuatoriana incluyó por primera vez en el Código Penal el delito de tráfico ilegal de migrantes, ubicándolo en el capítulo XII del título IV, que aborda los delitos contra la fe pública el 30 de junio del año 2000.¹⁶⁴

El proyecto original situaba los delitos de tráfico ilegal de migrantes y tráfico de personas en la sección octava del libro primero, título III, capítulo primero, que trata sobre las infracciones contra los derechos de libertad y la movilidad humana. Durante el primer debate, se eliminaron duplicados y se reorganizaron los delitos en un nuevo capítulo segundo, mientras que un nuevo capítulo primero abordaba las violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, incluyendo la trata de personas. Como resultado, se fusionaron los delitos relacionados con la movilidad humana en un solo artículo (art. 196) ubicado en el capítulo segundo, sección novena.¹⁶⁵ El artículo en cuestión establece lo siguiente:

Artículo 196.- Tráfico de migrantes e inmigrantes.- La persona que, por medios ilegales, transporte, promueva, capte, traslade, acoja, facilite, induzca, financie, colabore, participe o ayude a la migración e inmigración de personas, nacionales o extranjeras, desde el territorio del Estado Ecuatoriano hacia otros países o viceversa respectivamente, con el fin de obtener directa o indirectamente beneficio económico u otro de orden material, siempre que ello no constituya infracción más grave, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Con la misma pena se sancionará a los dueños de los vehículos de transporte aéreo, marítimo o terrestre y a las personas que sean parte de la tripulación o encargadas de la operación y conducción, cuando se estableciera su conocimiento y participación en la infracción.

¹⁶⁴ Ecuador, *Código Penal*, Suplemento del Registro Oficial 147, de 22 de enero 1971.

¹⁶⁵ Pablo León, “Repensando la legitimidad delictual del tráfico ilícito de migrantes en un Estado constitucional de derechos”, *Juris Dictio* 32, n.º 12 (2023): 2-3, <https://doi.org/10.18272/ju.i32.2995>.

Si el tráfico de personas recae sobre niñas, niños o adolescentes o personas en situación de vulnerabilidad, se sancionará con pena privativa de libertad de ocho a once años.

Cuando como producto de la infracción se hubiere provocado la muerte de la víctima, se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veinticinco años.

Serán comisados los medios de transporte, instrumentos, productos o réditos utilizados u obtenidos del cometimiento de la infracción; de ser el caso, se procederá a su destrucción.¹⁶⁶

En el informe para el segundo debate del Proyecto de Ley, se introducen cambios significativos al delito, particularmente en su redacción y en las penas asociadas. El delito se incluye ahora en la sección décima y se establece lo siguiente:

Artículo 213.- Tráfico de migrantes. La persona que, por cualquier medio ilegal, promueva, capte, acoja, facilite, induzca, financie, colabore, participe o ayude a la migración e inmigración de personas, nacionales o extranjeras, desde el territorio del Estado ecuatoriano hacia otros países o viceversa; o, facilite la permanencia ilegal en el país con el fin de obtener directa o indirectamente beneficio económico u otro de orden material, siempre que ello no constituya infracción más grave, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Con la misma pena se sancionará a los dueños de los vehículos de transporte aéreo, marítimos o terrestre y a las personas que sean parte de la tripulación o encargadas de la operación y conducción, cuando se estableciera su conocimiento y participación en la infracción.

Si el tráfico de personas recae sobre niñas, niños o adolescentes o personas en situación de vulnerabilidad, se sancionará con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Cuando como producto de la infracción se provoque la muerte de la víctima, se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años

Si se determina responsabilidad penal de la persona jurídica se la sancionará con la extinción de esta.¹⁶⁷

Entre las diferencias que se pueden observar entre los dos debates, se destaca en primer lugar la denominación del delito. En el primer informe, el artículo hace referencia al “Tráfico de migrantes e inmigrantes”, y en el segundo informe se reduce a “Tráfico de migrantes”.

Otra notable distinción radica en la enumeración del empleo de medios ilegales, así como también las acciones delictivas asociadas al tráfico de migrantes. En el primer informe, se presenta una lista más extensa que incluye transporte, promoción, captación, traslado, acogida, facilitación, inducción, financiamiento, colaboración, participación y ayuda. Por otro lado, el segundo informe presenta una lista más reducida.

¹⁶⁶ Ecuador Asamblea Nacional, *Informe para primer debate del “Proyecto de Código Orgánico Integral Penal”* (Quito: Asamblea Nacional, 2012), 86, <https://bit.ly/3yvH6be>.

¹⁶⁷ Ecuador Asamblea Nacional, *Informe para segundo debate del “Proyecto de Código Orgánico Integral Penal”* (Quito: Asamblea Nacional, 2013), 80, <https://bit.ly/3CORjqA>.

El primer informe establece penas de siete a diez años para el tráfico de migrantes e inmigrantes en general, aumentando a ocho a once años si las víctimas son menores, adolescentes o personas vulnerables, y a veintidós a veinticinco años si hay muerte de la víctima. El segundo informe mantiene las penas de siete a diez años, pero las aumenta a diez a trece años si las víctimas son menores, adolescentes o personas vulnerables, y a veintidós a veintiséis años en caso de muerte. Además, introduce la responsabilidad penal de personas jurídicas con la pena de extinción. También incluye sanciones para la facilitación de permanencia ilegal con fines de beneficio económico o material. Respecto a la confiscación de bienes, el primer informe la menciona explícitamente, mientras que el segundo no.¹⁶⁸

Una vez concluidos los debates, se emitió el Texto Aprobado en el Pleno de la Asamblea, donde el delito se ubicó en la sección undécima y se estableció lo siguiente:

Artículo 213.- Tráfico ilícito de migrantes.- La persona que, con el fin de obtener directa o indirectamente beneficio económico u otro de orden material por cualquier medio, promueva, capte, acoja, facilite, induzca, financie, colabore, participe o ayude a la migración ilícita de personas nacionales o extranjeras, desde el territorio del Estado ecuatoriano hacia otros países o viceversa o, facilite su permanencia irregular en el país, siempre que ello no constituya infracción más grave, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Con la misma pena se sancionará a los dueños de los vehículos de transporte aéreo, marítimo o terrestre y a las personas que sean parte de la tripulación o encargadas de la operación y conducción, si se establece su conocimiento y participación en la infracción.

Si el tráfico de migrantes recae sobre niñas, niños o adolescentes o personas en situación de vulnerabilidad, se sancionará con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Cuando como producto de la infracción se provoque la muerte de la víctima, se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Si se determina responsabilidad penal de la persona jurídica será sancionada con la extinción de esta.¹⁶⁹

La regulación actual del COIP difiere del Código Penal de 1971 en que este último solo sancionaba la migración desde Ecuador hacia otros países, es decir, de adentro hacia afuera. El COIP, al incluir la frase “viceversa”, ahora cubre el delito de tráfico ilícito de migrantes tanto desde otros países hacia Ecuador como desde Ecuador hacia otros países.¹⁷⁰

¹⁶⁸ León, “Repensando la legitimidad delictual del tráfico ilícito de migrantes en un Estado constitucional de derechos”, 4.

¹⁶⁹ Ecuador Asamblea Nacional, *Texto aprobado por el Pleno de la Asamblea* (Quito: Asamblea Nacional, 2013), 92, <https://bit.ly/3etO1Lj>.

¹⁷⁰ León, “Repensando la legitimidad delictual del tráfico ilícito de migrantes en un Estado constitucional de derechos”, 5.

1.2. La cuestión del bien jurídico

Para la determinación del bien jurídico en el delito de tráfico ilícito de migrantes, es necesario considerar el título al que pertenece dentro del Código Penal.¹⁷¹ Aunque esta regla no siempre se cumple, sirve como punto de partida importante para el análisis.

En este caso, el delito se encuentra dentro de dos títulos: “Delitos contra los derechos de libertad” y “Delitos contra la migración” (título del capítulo y el título de la sección). Desde este contexto, se podría argumentar que el bien jurídico protegido es el derecho a la libertad, así como el derecho a migrar. Resulta contradictorio que, aun cuando se defienda el derecho a la libertad y a migrar libremente, se castigue a quienes contribuyen de alguna manera a que este derecho se ejerza, aunque sea de manera ilegal.

Varios autores internacionales han abordado la cuestión del bien jurídico en este delito, señalando que el concepto se enfoca en la importancia de una migración regulada que proteja los intereses estatales y garantice los derechos fundamentales individuales, como la vida, la integridad, la salud y la dignidad humana. Por lo tanto, consideran que estamos ante un bien jurídico que abarca múltiples aspectos de protección, es decir, un delito pluriofensivo.¹⁷²

Resulta curioso que se clasifique el delito como pluriofensivo, protegiendo aspectos como la vida, la integridad, la salud y la dignidad humana. Sin embargo, surge la interrogante legítima: ¿Cómo se ven comprometidos estos aspectos por el tráfico de migrantes? La respuesta es que no se ven afectados, al menos no en el caso de que el migrante llegue a su destino. Por ejemplo, si alguien intenta migrar desde Ecuador a Estados Unidos y logra hacerlo dos meses después, aunque de manera ilegal y con ayuda de una red criminal. ¿Se pone en peligro o se lesiona su vida, su integridad o su salud?

En absoluto. ¿Se ve afectado su patrimonio? Tampoco. Sin embargo, estas conductas siguen siendo sancionadas en el derecho ecuatoriano como tráfico ilícito de migrantes, en parte debido a la amplitud desmesurada de los verbos rectores utilizados en la legislación. Por lo tanto, esta no parece ser la solución adecuada.

¹⁷¹ Harold Vega Arrieta, “El análisis gramatical del tipo penal”, *Justicia* 29 (2016): 59, <https://doi.org/10.17081/just.21.29.1233>.

¹⁷² En este sentido, Mayda Goite y Arnel Medina, “El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico y trata de personas y otras figuras afines. Una visión desde Cuba en el Siglo XXI”, *Revista Mundi Migratorios* 2, n.º 1 (2014): 149.

En el ámbito doctrinal y judicial ecuatoriano, se ha buscado definir el bien jurídico asociado a este delito. Según algunos autores, en el contexto nacional, este bien jurídico se centra en la soberanía estatal y la regulación migratoria.¹⁷³ Esta postura ha sido respaldada por diversos fallos judiciales, como el Caso 19-2012 de 14 de febrero de 2013,¹⁷⁴ que destacan la amenaza que estos actos representan para la seguridad del Estado al infringir las normativas migratorias, enfatizando la peculiaridad de cruzar las fronteras de manera irregular y clandestina. Esta misma línea argumentativa ha sido seguida en otros casos judiciales relevantes, como el 17282-2015-05685,¹⁷⁵ el 01283-2016-04319¹⁷⁶ y el 17283-2019-00295.¹⁷⁷

En la sentencia emitida el 7 de julio de 2014, en el marco del proceso n.º 0482-2013, magistrados de la CNJ argumentaron que el tráfico de migrantes (o personas) se constituye como vulneración a las leyes migratorias de un país.¹⁷⁸ Esto implica la acción de transportar individuos de manera clandestina, a menudo con la complicidad de terceros, con el propósito de introducirlos en un Estado del cual no son ciudadanos, eludiendo los controles migratorios establecidos.

La fundamentación detrás de esta interpretación sobre el bien jurídico por parte de jueces y expertos doctrinarios se basa en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En referido protocolo, en su art. 3, se define al tráfico ilícito de migrantes:

- a) Por “tráfico ilícito de migrantes” se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material;
- b) Por “entrada ilegal” se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor.¹⁷⁹

¹⁷³ Edison Calahorrano, “El delito de tráfico ilícito de migrantes desde el principio de proporcionalidad: un análisis comparado de los casos chileno, español y ecuatoriano”, *Revista Republicana*, 29 (2020): 47-68, <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2020.v29.a86>.

¹⁷⁴ Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en *Juicio n.º 19-2012*, 14 de febrero de 2013.

¹⁷⁵ Véase, Ecuador Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, “Sentencia”, en *Juicio n.º 17282-2015-05685*, 2015.

¹⁷⁶ Véase, Ecuador Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Cuenca, “Sentencia”, en *Juicio n.º 01283-2016-04319*, 2016.

¹⁷⁷ Véase, Ecuador Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, “Sentencia”, en *Juicio n.º 17283-2019-00295*, 2019.

¹⁷⁸ Véase, Ecuador Corte Nacional de Justicia de Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º 0482-2013*, 7 de julio de 2014.

¹⁷⁹ ONU Asamblea General, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, 15 de noviembre de 2000, RES 55/25, <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.

Esta definición ha elevado la regulación migratoria del Estado como el principal punto de enfoque en el amparo penal.

1.3. Análisis de los elementos constitutivos del tipo penal de tráfico ilícito de migrantes

El delito de tráfico ilícito de migrantes abarca cuatro tipos de comportamientos punibles: primero, se penaliza a quienes capten, acojan, faciliten, induzcan, financien, colaboren, participen o ayuden en la migración ilegal de personas, ya sean nacionales o extranjeras. Segundo, se castiga a quienes faciliten la permanencia irregular de migrantes ilegales en el país. Tercero, se penaliza a los propietarios de vehículos de transporte aéreo, marítimo o terrestre, así como a la tripulación o personal encargado de la operación en casos de migración ilegal. Por último, si el delito es cometido por una persona jurídica, esta será sancionada con la extinción.¹⁸⁰

Estas cuatro conductas están acompañadas de ciertos elementos distintivos que las diferencian de otras. Requieren un sujeto activo genérico, siendo monosubjetivas, lo que implica que al menos una persona debe intervenir como sujeto activo para que se configure el delito, aunque podría haber más involucrados. Aunque el sujeto pasivo no está específicamente mencionado en la norma, según la definición misma de su naturaleza, parece referirse al destinatario de la protección del bien jurídico.¹⁸¹ Considerando el contexto del delito y contrastándolo con el bien jurídico analizado previamente, se puede concluir que el sujeto pasivo de este delito es el Estado.

La doctrina distingue entre el objeto material y el objeto jurídico del delito. El objeto jurídico es el bien protegido por la ley, mientras que el objeto material es la manifestación concreta de la violación de ese bien jurídico que el legislador pretende proteger con cada tipo penal.¹⁸² De esta manera, el objeto material puede adoptar diferentes formas: real, personal o fenomenológico. En el caso del delito en cuestión, es

¹⁸⁰ León, “Repensando la legitimidad delictual del tráfico ilícito de migrantes en un Estado constitucional de derechos”, 6.

¹⁸¹ Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal, *Lecciones de Derecho penal, volumen II* (Madrid: editorial Trotta, 1999), 50.

¹⁸² Hernando Hernández, “Aspectos polémicos sobre el objeto material del delito de lavado de activos (delitos fuente)”, *Justicia*, 22 (32) (2017): 118-38, <https://doi.org/10.17081/just.23.32.2908>. Así también, León, “Repensando la legitimidad delictual del tráfico ilícito de migrantes en un Estado constitucional de derechos”, 7.

la persona, ya sea nacional o extranjera, que se somete a la realización de la migración de forma ilícita.

Con respecto a este aspecto particular, se ha señalado que este delito, es un delito que dentro de la clasificación delictual, se puede considerar un tipo penal compuesto. Esto quiere decir que está construido con la incorporación de múltiples verbos rectores. El amplio espectro de conductas punibles asociadas a los verbos rectores como acoger, colaborar, participar y ayudar en el delito de tráfico ilícito de migrantes podría plantear problemas prácticos al momento de la imputación. Dado que este tipo de delito suele estar vinculado a redes de servicios, algunos legales y otros ilegales, la inclusión de verbos tan amplios podría implicar que incluso participaciones indirectas sean consideradas punibles, lo que podría generar situaciones de imputabilidad para personas que no estén directamente involucradas en la actividad delictiva.¹⁸³

El tipo penal del tráfico ilícito de migrantes también contempla circunstancias específicas que agravan la pena en el delito.

1.4. El problema

Como se ha venido desarrollando en el presente trabajo, se partirá de la idea de que el bien jurídico cumple varias funciones, incluidas la función dogmática, política-criminal, y teleológica. En este caso, nos enfocamos en la función teleológica, que ayuda a interpretar cómo debe actuar el sujeto activo respecto al bien jurídico para que la intervención penal sea legítima, abarcando tanto delitos de lesión como de peligro.

Un ejemplo es el delito de secuestro, que implica privar a alguien de su libertad contra su voluntad, lesionando el bien jurídico de la libertad personal. Sin embargo, surge un problema cuando nos enfrentamos a delitos que tienen como objetivo bienes jurídicos indeterminados, los cuales están orientados principalmente a proteger funciones o finalidades abstractas. En el presente caso, se podría entender al bien jurídico referido a la migración ilegal como un bien indeterminado. El bien jurídico protegido, según la doctrina, puede ser la soberanía del Estado y su capacidad para regular la migración. Sin embargo, el título de la sección y del capítulo sugieren que estamos frente a bienes jurídicos individuales.

¹⁸³ Calahorrano, “El delito de tráfico ilícito de migrantes desde el principio de proporcionalidad: un análisis comparado de los casos chileno, español y ecuatoriano”, 55.

En este sentido, no nos queda claro cuál es la acción que debe realizar el sujeto activo del delito, en contra del bien jurídico, para que la intervención del derecho penal sea legítima.¹⁸⁴ Esta ambigüedad socava al principio de lesividad. Este principio está explícitamente establecido en el COIP en su art. 29. Incluso, la Corte constitucional ha reconocido en uno de sus casos más relevantes del año 2024, que la sanción penal carece de legitimidad si sanciona conductas que no cumplen con este principio, que no amenazan (peligro concreto), ni lesionan (lesión) bienes jurídicos.¹⁸⁵

En esta situación, surge la interrogante sobre de qué manera se vulnera o se pone en riesgo la soberanía del Estado y su capacidad para regular la migración a través de la acción del individuo que comete el delito. La noción de lesión o amenaza a la soberanía del Estado y su regulación migratoria a través de un solo acto de asistencia a la migración ilegal resulta difícil de sostener de manera directa.

Más bien, podría argumentarse que esta lesión o amenaza se produce a través de la acumulación de múltiples actos de tráfico ilícito de migrantes, los cuales socavan gradualmente la capacidad del Estado para controlar y regular el flujo migratorio de manera ordenada y segura. Por lo tanto, la lesividad o amenaza a este bien jurídico colectivo podría entenderse mejor en el contexto de la persistencia y magnitud de estas acciones ilegales, y cómo socavan la capacidad del Estado para ejercer su autoridad y proteger sus fronteras de manera efectiva.

No obstante, todo esto carece de sentido si consideramos nuevamente el derecho a la migración (art. 40 de la Constitución). Según la Constitución, este derecho es reconocido sin distinción de legalidad o ilegalidad, e incluso prohíbe explícitamente etiquetar a cualquier individuo como “ilegal” debido a su situación migratoria. Por lo tanto, si el sujeto activo del delito está ayudando de alguna manera a que este derecho sea ejercido por una persona ¿Se justifica que esta conducta sea considerada como punible? Evidentemente no.¹⁸⁶

Algunos autores han referido que el delito en cuestión es un delito inconstitucional por varias razones. Primeramente, porque vulnera el núcleo esencial que compone este derecho al interferir en la capacidad de la persona para decidir libremente sobre su salida,

¹⁸⁴ León, “Repensando la legitimidad delictual del tráfico ilícito de migrantes en un Estado constitucional de derechos”, 8.

¹⁸⁵ En este sentido, Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso 67-23-IN/24*, 05 de febrero de 2024, 26, <https://bit.ly/48jCKmY>.

¹⁸⁶ León, “Repensando la legitimidad delictual del tráfico ilícito de migrantes en un Estado constitucional de derechos”, 8.

entrada y residencia en otro país de manera irregular. En segundo lugar, carece de un bien jurídico tangible que sea afectado, lo que ha llevado a que las decisiones político-criminales vacíen el contenido del derecho a migrar.¹⁸⁷

Entonces, el problema central del delito de tráfico ilícito de migrantes se puede identificar con una falta de claridad y coherencia en cuanto al bien jurídico protegido y la legitimidad de la intervención penal en este tipo de conductas. Por un lado, se argumenta que el delito busca proteger bienes como la soberanía estatal y la regulación migratoria, pero al mismo tiempo se contraviene el derecho a migrar, garantizado en la Constitución. Este conflicto genera una aparente contradicción: se castiga a quienes facilitan la migración, aun cuando la propia Constitución reconoce este derecho sin distinción de legalidad.

Además, la amplitud de los verbos rectores en el tipo penal provoca una desmesurada criminalización de conductas que podrían no representar un daño o un peligro concreto, lo cual debilita el principio de lesividad, también protegido por el COIP (art. 29). Esta incongruencia dificulta la determinación precisa de cuándo la intervención penal es legítima, especialmente cuando no hay un daño directo a bienes jurídicos individuales como la vida o la integridad. Ante todo esto, se puede argumentar que el problema es mixto, con componentes normativos e interpretativos.

Problema normativo: la norma que tipifica el tráfico ilícito de migrantes es incompatible con la Constitución, en particular con el derecho a migrar (art. 40). Esto genera una tensión con la protección de la soberanía estatal, que parece ser el bien jurídico protegido, pero que en este contexto resulta cuestionable como justificación para una sanción penal. La vaguedad en la redacción del tipo penal, que incluye múltiples conductas sin especificar el grado de afectación al bien jurídico, también contribuye al problema.

Problema interpretativo: los jueces y la doctrina, en varios fallos y análisis, han interpretado el delito como una vulneración a las leyes migratorias y la seguridad del Estado. Sin embargo, esta interpretación puede ser insuficiente al no abordar de manera convincente cómo se lesiona o se pone en peligro directamente tales leyes migratorias o la seguridad del Estado, en todos los casos. Esta ambigüedad en la interpretación genera confusión sobre el bien jurídico que se busca proteger y si se está lesionando o amenazando de manera concreta.

¹⁸⁷ Danilo Faican, “El derecho a migrar frontera del tráfico ilegal de migrantes” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 91.

1.5. El peligro abstracto como justificación de la intervención penal en un Estado constitucional de derechos

A primera vista, estamos frente a un ilícito penal que carece de justificación en el derecho penal ecuatoriano, o que dicho de otra forma, su inclusión en el COIP no es constitucional. En este sentido, podría considerarse apropiado eliminar este delito y en su lugar aplicar una sanción administrativa al individuo que participe en el tráfico ilícito de migrantes, como parte de una política de seguridad estatal. Sin embargo, si durante este proceso de migración ilegal se presenta un caso de trata de personas, el sujeto activo será penalizado conforme a los artículos 91-94 del COIP. Del mismo modo, en situaciones donde ocurran lesiones, muertes, secuestros u otros delitos relacionados, se aplicará la sanción correspondiente por cada caso específico.

Sin embargo, esta respuesta no es totalmente viable, especialmente considerando el entorno de ilegalidad en el que se encuentra la persona, donde sus derechos son más susceptibles de ser vulnerados. La pregunta central es si el derecho penal debería esperar a que se violen los derechos antes de intervenir en casos como el tráfico ilícito de migrantes.¹⁸⁸ En el contexto del Estado ecuatoriano, que está basado en la Constitución como un Estado constitucional de derechos (art. 1), el sistema jurídico debe priorizar los derechos de las personas sobre la soberanía estatal.¹⁸⁹ Por lo tanto, justificar el delito de tráfico ilícito de migrantes únicamente en términos de soberanía y regulación migratoria no proporciona una base de legitimidad completa.¹⁹⁰

En términos generales, el delito de tráfico ilegal de migrantes, en su sentido propio no constituye una violación directa de los derechos individuales (delitos de lesión) ni representa un peligro concreto inmediato (delitos de peligro concreto). Sin embargo, migrar de manera ilegal implica la realización de acciones inherentemente peligrosas por parte del sujeto activo, las cuales pueden, en el futuro, poner en riesgo o vulnerar los derechos legales de la persona migrante, como su salud, integridad, vida y libertad.¹⁹¹

¹⁸⁸ León, “Repensando la legitimidad delictual”, 9.

¹⁸⁹ En este sentido, Fernando González, “El alcance del Estado constitucional de derechos y justicia del artículo 1 de la Constitución del 2008”, *Revista Iuris* (2013), <https://publicaciones.ucuenca.edu.ec/ojs/index.php/iuris/article/view/74>.

¹⁹⁰ León, “Repensando la legitimidad delictual”, 9.

¹⁹¹ *Ibid.*

La migración ilegal se define por el uso de mecanismos no autorizados por el Estado y fuera de los controles migratorios oficiales establecidos en el art. 123 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana (LOMH).¹⁹² Esta falta de supervisión estatal en los puntos de control migratorio oficial aumenta la en gran manera la posibilidad de que derechos de personas se vean vulnerados.

Dichas formas de migración son consideradas “ilegales” precisamente porque incumplen los requisitos establecidos en la ley de la materia, que exige que todas las personas que entren o salgan del territorio nacional lo hagan a través de estaciones oficiales de control migratorio.¹⁹³

Entonces, al no estar supervisados por el control estatal, estos ingresos y salidas del país, abren la posibilidad para que el sujeto activo opere al margen de la ley o se involucre en actividades con organizaciones criminales internacionales para cruzar las fronteras. Este escenario aumenta el riesgo de cometer delitos que ponen en peligro la salud, libertad, integridad y vida de la persona migrante. Además, situaciones como estas pueden desencadenar en casos de trata de personas, atentando contra la dignidad humana.

Por todo aquello que se acabó de exponer, es que se justifica que el delito de tráfico ilícito de migrantes tenga fundamento en el peligro abstracto.¹⁹⁴ En este caso, “El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido”.¹⁹⁵

Aquí se busca salvaguardar con mira al futuro a algunos de los más importantes derechos, (bienes jurídicos individuales) de la persona que está migrando. Tales bienes comprenderían su libertad, su salud, y otros más importantes como su integridad y su vida.¹⁹⁶ Sí es una circunstancia que requiere regulación en términos de peligro, ya que el tráfico ilegal de migrantes puede eventualmente lesionar derechos. No el bien jurídico migración, pero sí otros como los mencionados. Por todo aquello, se sostiene que el derecho a la migración de las personas no se ve disminuido ante el tráfico ilegal de migrantes.

¹⁹² Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, Registro Oficial 938, Suplemento, 6 de febrero de 2017.

¹⁹³ León, “Repensando la legitimidad delictual”, 9.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ Cerezo Mir, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, 47.

¹⁹⁶ León, “Repensando la legitimidad delictual”, 9.

2. Caso 2: El peligro abstracto en la energía nuclear aplicada en los trabajos peligrosos dentro de la sociedad del riesgo

El derecho penal laboral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano está muy retrasado en comparación a otros países. En el COIP solamente se incorpora una sección denominada delitos contra el derecho al trabajo y la seguridad social, que va desde el art. 241 al art. 243, e incluye una contravención en el art. 244. Aquí se incorporan delitos como el impedimento o limitación del derecho a huelga, la retención ilegal de aportación a la seguridad social, y la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) por parte de una persona jurídica.¹⁹⁷

Si se realiza un análisis minucioso de cada uno de estos delitos se puede deducir que no presentan mayor relevancia para el derecho penal, y algunos, como la retención ilegal de aportación a la seguridad social o la falta de afiliación al IESS por parte de una persona jurídica, son delitos de peligro abstracto. Sin embargo, es necesario reconocer que la Constitución incorpora más situaciones en las que realmente deben protegerse los derechos de las personas en el ámbito laboral, y no han sido tratados por el legislador. Uno de estos ámbitos es la seguridad y la salud en el trabajo.

2.1. Derecho al Trabajo: punto de partida

El art. 33 de la Constitución de la República del Ecuador establece que el Derecho al Trabajo debe entenderse de la siguiente manera:

Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.¹⁹⁸

Se infiere del artículo que es una responsabilidad del Estado asegurar el respeto hacia la dignidad y la vida decente de las personas, así como garantizar un ambiente laboral saludable. El derecho al trabajo, por tanto, es una necesidad fundamental para los

¹⁹⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

¹⁹⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, Suplemento, 20 de octubre de 2008.

seres humanos y su protección es responsabilidad obligatoria del Estado.¹⁹⁹ Esto incluye el derecho de todas las personas a trabajar en condiciones adecuadas que les permitan llevar una vida digna.²⁰⁰ El derecho al trabajo ha sido reconocido en varios tratados internacionales que amplían su contenido esencial, como el art. 23, num. 1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁰¹ y el art. 6, num. 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.²⁰² Ambos acuerdos reconocen el derecho a trabajar y establecen la obligación del Estado de garantizar este derecho y su efectividad. Por su parte, la Corte Constitucional ha establecido que:

el análisis del Derecho al Trabajo no solo debe enmarcarse en lo establecido expresamente en la norma constitucional, sino además en los instrumentos internacionales, observaciones generales, jurisprudencia interamericana y demás mecanismos que forman parte del sistema interamericano de protección de Derechos Humanos.²⁰³

2.2. Principios del Derecho al Trabajo

En la Constitución de la República, el art. 326 prevé varios principios que rigen al Derecho al Trabajo. Entre estos principios se encuentra el siguiente: “Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: ...5. Toda persona tendrá derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar”.²⁰⁴

En este contexto, se puede constatar que los derechos laborales son irrenunciables, tanto los que se protegen bajo el régimen del Código del Trabajo,²⁰⁵ cuanto los que se amparan por la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP).²⁰⁶ Asimismo, la Corte Constitucional ha validado el hecho de que estos derechos no puedan ser renunciados, ya

¹⁹⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso n.º 093-14-SEP-CC*, 4 de junio de 2014, 20, <https://bit.ly/3FD9EDq>

²⁰⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso n.º 062-14-SEP-CC*, 9 de abril de 2014, 15, <https://bit.ly/3JT8q9r>

²⁰¹ Así, el artículo prescribe que “3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.”

²⁰² Así, este numeral menciona que “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.”

²⁰³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso n.º 057-17-SEP-CC*, 8 de marzo de 2017, 41.

²⁰⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*.

²⁰⁵ Véase el art. 4 del Código del Trabajo “Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario.”

²⁰⁶ Véase el art. 23 de la Ley Orgánica de Servicio público y el art. 229 de la Constitución.

que el trabajador es la parte más vulnerable de la relación laboral.²⁰⁷ El trabajador, al carecer de medios y herramientas de producción, puede verse expuesto a la vulneración de sus derechos. Es por ello que el principio *in dubio pro operario* constituye un importante logro social reconocido por el texto constitucional ecuatoriano que se encuentra vigente.²⁰⁸

El principio *in dubio pro operario* está estrechamente vinculado con el principio de aplicación de los derechos consagrado en el art. 11, num. 4 de la Constitución, el cual establece que en materia de derechos y garantías constitucionales, los servidores públicos, administrativos o judiciales deben aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan a su plena vigencia. Además, también puede ser comprendido en relación con el art. 11, num. 8 de la Constitución, que establece el principio de progresividad para la aplicación de los derechos, que orienta a que las nuevas disposiciones jurídicas avancen en el progreso y no en el retroceso de los derechos.

Se puede notar que, tanto en los principios generales de aplicación de los derechos como en los principios relacionados con el derecho al trabajo, si surge alguna incertidumbre sobre qué norma debe ser aplicada y cuál debe ser su interpretación, se deberán aplicar las normas que promuevan el progreso de los derechos constitucionales. Incluso, la Corte Constitucional ha aplicado estas normas más favorables en casos específicos para proteger los derechos laborales de los trabajadores.²⁰⁹

2.3. Ambiente de trabajo adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar (desarrollo del art. 326, num. 5)

Este derecho que emana de la Constitución se desarrolla en algunas leyes de la normativa interna, que validan las condiciones que deben coexistir para su garantía. La Ley de salud, en su capítulo V, trata sobre la salud y seguridad en el trabajo:

Art. 118.- Los empleadores protegerán la salud de sus trabajadores, dotándoles de información suficiente, equipos de protección, vestimenta apropiada, ambientes seguros de trabajo, a fin de prevenir, disminuir o eliminar los riesgos, accidentes y aparición de enfermedades laborales.²¹⁰

²⁰⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso 016-13-SEP-CC*, 16 de mayo de 2013, 7, <https://bit.ly/40EcOPx>.

²⁰⁸ *Ibíd.*

²⁰⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso n.º 13-17-CN/19*, 4 de septiembre de 2019, 10, <https://bit.ly/3lAgJxD>.

²¹⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de salud*, Registro Oficial del Ecuador N. 423, Suplemento, 22 de diciembre de 2006.

Asimismo, su art. 6, num. 16 impone la responsabilidad al Ministerio de Salud de regular y vigilar estas condiciones, acorde a las normas de seguridad y condiciones ambientales en las que desarrollan sus actividades los trabajadores, todo esto para reducir al mínimo los riesgos y accidentes del trabajo. Esto tiene relación directa con la prevención, y es tan importante, que el Código del Trabajo lo ha desarrollado y regulado a detalle en su capítulo V. Lo mismo sucede con los servidores públicos, cuyo derecho irrenunciable contenido en el artículo numeral 23, lit. I) de la LOSEP, es desarrollar sus labores en un entorno adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar.

2.4. El ámbito internacional y la salud y seguridad en el trabajo

Es importante destacar que este derecho también ha sido reconocido a nivel internacional.²¹¹ La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 23, num. 1, reconoce el derecho de toda persona a trabajar en condiciones equitativas y satisfactorias,²¹² mientras que en su art. 24 se establece el derecho a una limitación razonable de la jornada laboral.²¹³

Además, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 6, num. 2, reconoce la importancia de adoptar medidas de formación técnica y profesional en relación con el trabajo.²¹⁴ Pero es en su art. 7 donde se encuentra lo más relevante, ya que se reconoce el derecho de toda persona al trabajo en condiciones dignas y satisfactorias, lo que incluye la seguridad e higiene en el trabajo. Este derecho también impone una obligación al Estado de garantizar la protección de los trabajadores en su lugar de trabajo, a través de políticas y medidas adecuadas. En este marco, la Observación general número 23 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que desarrolla el artículo 7 del Pacto, en lo que respecta a la higiene y seguridad en el trabajo, reconoce que:

²¹¹ En este sentido se ha pronunciado, Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso n.º 375-17-SEP-CC*, 22 de noviembre de 2017, 31-2, <https://bit.ly/40qxVol>.

²¹² Así, “1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.”

²¹³ Así, “Art. 24.- Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.”

²¹⁴ Así, “2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho, deberá figurar la orientación y formación técnico-profesional [...]”

la prevención de accidentes y enfermedades profesionales es un componente fundamental del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, y guarda estrecha relación con otros derechos reconocidos en el Pacto, en particular con el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental.²¹⁵

El Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre seguridad y salud de los trabajadores (número 155),²¹⁶ en el art. 4 determina que los Estados deberán adoptar una política en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, que tenga como objetivo prevenir accidentes y daños a la salud, reduciendo al mínimo las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo.²¹⁷ En el ámbito regional, existe la Carta de la Organización de los Estados Americanos, que en el art. 45, inc. b. menciona que el trabajo otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que aseguren la vida y la salud del trabajador.

Estos instrumentos internacionales de Derechos Humanos han sido referidos de manera pertinente en causas que versaban sobre vulneraciones al derecho al trabajo por parte de nuestra Corte Constitucional desarrollando el contenido esencial del mismo.²¹⁸ Es así, que para proteger y garantizar los derechos que han sido enunciados en apartados anteriores, se ha reconocido la división de: (i) trabajos normales y (ii) trabajos peligrosos.

En los trabajos normales, se requieren estándares normales para garantizar su efectivo goce y protección. En estos casos, las obligaciones Estatales en lo que respecta al derecho al trabajo, la higiene, el ambiente de trabajo adecuado y propicio, la dignidad humana, la salud, la integridad, el bienestar y la seguridad, se cumplen y se protegen siempre y cuando se cumplan las leyes normales pertinentes, los estándares internacionales y los contenidos del derecho desarrollados en el ámbito jurisdiccional.

Sucede distinto con los trabajos peligrosos, pues a diferencia de los anteriores, para que estos mismos derechos se garanticen deben cumplirse con estándares máximos

²¹⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general núm. 23 (2016) sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 27 de abril de 2016. Esta observación también es reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Spoltore vs. Argentina; Así, Corte IDH, “Sentencia de 09 de junio de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Spoltore Vs. Argentina*, 9 de junio de 2020, párr. 94, <https://bit.ly/3TjZeOY>.

²¹⁶ Aunque no está ratificado la Corte lo menciona y lo reconoce en virtud de la cláusula abierta.

²¹⁷ Reconocido también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Así, Corte IDH, “Sentencia de 09 de junio de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Spoltore Vs. Argentina*, 9 de junio de 2020, párr. 95.

²¹⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso n.º 048-17-SEP-CC*, 22 de febrero de 2017, 19; Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso n.º 057-17-SEP-CC*, 8 de marzo de 2017, 38-41.

e imponen obligaciones de control mucho más fuertes al Estado, a tal sentido que son ámbitos sumamente reglados y regulados. Lógicamente, porque en estos ámbitos al ser peligrosos, es más fácil que derechos de los trabajadores se vean vulnerados. Es por eso que existen jornadas y horarios especiales, normas de seguridad específicas que deben implementarse, cumplirse y fiscalizarse.

Este ámbito de los trabajos peligrosos y los derechos de los trabajadores está desarrollado, especialmente, en la sentencia del Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus Familiares vs. Brasil de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual nos ha dado luces de lo que sucede cuando el Estado cumple con su obligación de emitir una regulación aplicable a los trabajos peligrosos,²¹⁹ pero hace caso omiso a su obligación de la fiscalización de las actividades peligrosas en este tipo de trabajos.²²⁰ Esto es lógico, puesto que no se puede esperar a que ocurra un daño, para que el Estado actúe o sancione al responsable. Con respecto a lo desarrollado sobre los trabajos en el apartado anterior, tenemos el Protocolo de San Salvador, que en el art. 7, inc. e. reitera la necesidad de garantizar la higiene y seguridad en el trabajo.

Existe una interdependencia de los derechos, por ejemplo, el derecho a trabajar en un ambiente adecuado y seguro, que garantice la salud, seguridad y bienestar de los trabajadores en trabajos peligrosos, tiene relación con otros derechos. Esta interdependencia se encuentra en el art. 11, num. 6 de la Constitución, y ha sido reconocida por la Corte Constitucional en la protección integral de los derechos en el Estado Constitucional.²²¹ La Corte también ha destacado que los derechos están relacionados entre sí, ya que forman la base del Estado.²²² Por lo tanto, la vulneración de un derecho constitucional puede llevar a la vulneración de otros derechos.²²³

En este sentido, es importante considerar la relación entre el derecho al ambiente de trabajo adecuado y otros derechos, como el derecho a la vida digna y el derecho a la salud. El art. 66, num. 2 de la Constitución establece algunas condiciones para la

²¹⁹ Corte IDH, “Sentencia de 15 de julio de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus Familiares vs. Brasil*, 15 de julio de 2020, párr. 124-32, <https://bit.ly/48TOCw7>.

²²⁰ *Ibíd.*, párr. 134-8.

²²¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso n.º 057-17-SEP-CC*, 8 de marzo de 2017, 36.

²²² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso n.º 146-14-SEP-CC*, 1 de octubre de 2014, 23.

²²³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso n.º 375-17-SEP-CC*, 22 de noviembre del 2017, 29.

efectividad de la vida digna, y está relacionado con la noción de proyecto de vida²²⁴ desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²²⁵ Asimismo, el derecho a la salud, contemplado en el art. 32 de la Constitución, reconoce expresamente su vinculación con otros derechos, como el derecho al trabajo y al ambiente sano. La Corte Constitucional ha diferenciado el acceso material al derecho a la salud, y ha señalado que la salud no se limita a la ausencia de enfermedad, sino que implica un estado completo de bienestar físico, mental y social.²²⁶

El art. 33 y el art. 325 de la Constitución de la República establecen la protección de la dignidad humana en relación con el derecho al trabajo.²²⁷ La Declaración Universal de Derechos Humanos también reconoce la vinculación de estos derechos en el art. 23, num. 3. Además, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el art. 7, lit. a), establece la necesidad de condiciones dignas en el trabajo. La Corte Constitucional ha considerado esta interdependencia para resolver casos de vulneraciones de derechos laborales.²²⁸

La Corte Constitucional destaca que el derecho al trabajo es inherente a todas las personas y debe ser ejercido en conjunto con todos los demás derechos constitucionales. En este sentido, la dignidad humana es de gran importancia para el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, especialmente debido a los abusos históricos que han sufrido los trabajadores desde la Revolución Industrial. Para garantizar el derecho al trabajo, es necesario respetar la dignidad humana de la persona, ya que de lo contrario, este derecho no podría ser reconocido.²²⁹ Además, el Protocolo de San Salvador, en el art. 7, establece que las condiciones de trabajo deben ser justas, equitativas y satisfactorias.

2.5. Sobre los trabajos normales y trabajos peligrosos en Ecuador

²²⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso n.º 1292-19-EP/21*, 15 de diciembre de 2021, 15.

²²⁵ Al respecto véase Corte IDH, “Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas)”, *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*, 27 de noviembre de 1998, <https://bit.ly/48WtL34>

²²⁶ Corte Constitucional citando al Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, así, Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso n.º 1292-19-EP/21*, 15.

²²⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso n.º 057-17-SEP-CC*, 8 de marzo de 2017, 37.

²²⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso n.º 093-14-SEP-CC*, 4 de junio de 2014, 25-6.

²²⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso n.º 057-17-SEP-CC*, 8 de marzo de 2017, 37-8.

La Ley Orgánica de Servicio Público, en el art. 25, contiene lo referente a las jornadas legales de trabajo aplicables a los servidores públicos. Estas jornadas se dividen de la siguiente forma: (i) jornadas ordinarias y (ii) jornadas especiales. Las jornadas especiales a su vez se subdividen en: (i) jornadas especiales por requerimientos institucionales y (ii) jornadas especiales de menor duración, aplicables a quienes ejecuten trabajos peligrosos, realicen sus actividades en ambientes insalubres o en horarios nocturnos. De acuerdo con esta misma norma, los servidores públicos que se amparen por la jornada especial de menor duración tendrán derecho a que su remuneración se mantenga y no sea menor a la generalidad de servidoras o servidores. En pocas palabras, tienen derecho a que no se les reduzca su sueldo en caso de trabajar en jornadas especiales de menor duración²³⁰. Entonces, los trabajos normales se rigen por jornadas ordinarias, y los trabajos peligrosos se rigen por la jornada especial de menor duración.

Entonces, del análisis de estas dos normas se puede resaltar, que tanto la LOSEP, como su Reglamento, refieren que en caso de que los servidores públicos ejecuten trabajos peligrosos, realicen sus actividades en ambientes insalubres o en horarios nocturnos tendrán derecho a que se les aplique jornadas especiales de menor duración. Es decir, es un derecho para los servidores, y una obligación para el Estado. Así, se puede deducir fácilmente que la no aplicación y el no cumplimiento de la obligación por parte de la institución, puede desencadenarse en vulneraciones graves de derechos.

2.6. Sobre el ámbito de la radiología y los trabajadores expuestos a radiación como trabajo peligroso

Uno de los ámbitos que se ha visto modificado por la incidencia de los nuevos riesgos de la sociedad actual es, evidentemente, el ámbito laboral. El desarrollo de los ámbitos sociales y el progreso humano han permitido que la ciencia y la tecnología se abran a nuevos campos, como el uso de la radiación en el ámbito de la medicina, que justamente ha propiciado a que se creen nuevos riesgos para los derechos de las personas. Uno de estos ámbitos ha sido el de la radiología, en la que los médicos y tecnólogos se ven expuestos a radiación ionizante, todos los días, mientras realizan su trabajo en

²³⁰ El artículo 25 inc. b) de la Ley Orgánica del Servicio Público en su parte pertinente: “Las servidoras y servidores que ejecuten trabajos peligrosos, realicen sus actividades en ambientes insalubres o en horarios nocturnos, tendrán derecho a jornadas especiales de menor duración, sin que su remuneración sea menor a la generalidad de servidoras o servidores.”, así, *Ley Orgánica del Servicio Público*, Registro Oficial del Ecuador 294, Suplemento, 6 de octubre de 2010, art. 25.

hospitales y clínicas de todo el país. Estas personas son consideradas como personal ocupacionalmente expuesto, cuya definición se encuentra en el Acuerdo n.º MERNNR-MERNNR-2022-0011-AM:

Art. 3.- Definiciones y siglas. –

[...] Personal Ocupacionalmente Expuesto (POE): Toda persona que trabaja, ya sea en jornada completa, jornada parcial o temporalmente, por cuenta de un empleador y que tiene derechos y deberes reconocidos en lo que atañe a la protección radiológica ocupacional al encontrarse durante sus actividades laborales expuesto [a] radiaciones ionizantes.²³¹

Se mencionó que para que estos derechos se garanticen deben concurrir máximos estándares por parte del Estado, y es su obligación incorporar normas que regulen estos trabajos peligrosos. Las normas técnicas se encuentran contenidas en varios instrumentos internacionales, pero también en normas nacionales que se deben cumplir a cabalidad para asegurar los derechos de los trabajadores. De esta forma, se puede apreciar en la legislación ecuatoriana, tres normas que actualmente regulan de forma específica el ámbito de la radiología y son de obligatorio cumplimiento por parte de la Institución: (i) el Reglamento de seguridad y salud de los trabajadores y mejoramiento del medio ambiente de trabajo, contenido en el decreto n.º 2393, (ii) el decreto supremo n.º 3640, que emite el Reglamento de Seguridad Radiológica, que es una norma especial, y (iii) el acuerdo n.º MERNNR-MERNNR-2022-0011-AM, que emite la Norma técnica para las actividades de licenciamiento y operación en radiología intervencionista, radiodiagnóstico médico, odontológico y veterinario.

El Decreto n.º 2393, es norma general, y tal como lo prescribe el art. 1, son disposiciones que se aplican a toda actividad laboral y en todo centro de trabajo. Es así que en el art. 62, contiene disposiciones específicas con respecto al ámbito de las radiaciones ionizantes, pero también contiene disposiciones generales mínimas que debe cumplir un centro de trabajo, como por ejemplo: la limpieza de los locales (art. 34), o la obligación del empleador de mantener en buen estado de servicio de las instalaciones, máquinas, herramientas y materiales para un trabajo seguro (art. 11, num. 3), o la obligación de efectuar reconocimientos médicos periódicos a los trabajadores en actividades peligrosas (art. 11, num. 6), entre otros.

²³¹ Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables, *Acuerdo n.º MERNNR-MERNNR-2022-0011-AM (Norma técnica para las actividades de licenciamiento y operación en radiología intervencionista, radiodiagnóstico médico, odontológico y veterinario)*, Registro Oficial del Ecuador n.º 11, Cuarto Suplemento, 25 de febrero de 2022.

Para los trabajos peligrosos se debe cumplir con máximos, con normas especiales y generales que regulan el ámbito específico, justamente porque en estos ámbitos es más difícil garantizar el derecho a un ambiente de trabajo adecuado y propicio, que garantice la salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar de los trabajadores. Siguiendo esta línea, existe el Decreto Supremo n.º 3640, que emite el Reglamento de Seguridad Radiológica, norma especial que se aplica al presente caso y que el Estado tiene la obligación de cumplir a cabalidad. Por ejemplo, la obligación de realizar inspecciones de reconocimiento (art. 4), o la prohibición de trabajar horas extras (art. 114), etc.

Por otra parte, el acuerdo n.º MERNNR-MERNNR-2022-0011-AM, que emite la Norma técnica para las actividades de licenciamiento y operación en radiología intervencionista, radiodiagnóstico médico, odontológico y veterinario, norma especial que también tiene la obligación de cumplir a cabalidad. El art. 1 menciona que la presente norma, tiene por objeto establecer los requisitos mínimos de seguridad radiológica, que deben cumplir las instituciones que poseen instalaciones con equipos generadores de radiaciones ionizantes.

2.7. Sobre el caso 01U03-2022-35937 y el derecho penal del riesgo

El caso es una acción de protección que se presentó en la ciudad de Cuenca, en el que los accionantes son médicos radiólogos y tecnólogos médicos, que laboran en el Hospital Vicente Corral Moscoso en el área de imagenología. En la realización de sus labores diarias, se ven expuestos a radiación ionizante. Conscientes de su situación, y con pleno conocimiento de las normas que amparan su ámbito de trabajo, decidieron presentar una acción de protección debido a que el Hospital no les estaba respetando su derecho a trabajar una jornada especial de menor duración por realizar un trabajo peligroso.²³²

Adicional a esto, el Hospital tampoco cumplía con las normas especiales de seguridad radiológica. Todo esto hacía que se expongan más tiempo del debido a radiación todos los días, en un ambiente no seguro de trabajo. Este caso pasó por el Ministerio del trabajo, que emitió observaciones, que el Hospital no cumplió, y a la final tampoco hizo nada por sancionar esta situación. También pasó por el Ministerio de Energía, que tampoco hizo mucho al respecto, ni sancionó a los responsables. Es decir,

²³² En este sentido, la Resolución n.º MRL-2014-0674, en su artículo 1, reconoce que los médicos radiólogos realizan un trabajo peligroso.

es un caso en el que los mecanismos extrapenales no sirvieron de nada para salvaguardar los derechos de estos trabajadores.

Las normas técnicas prescriben que dentro de la menor duración de la jornada, existe un límite que no puede sobrepasarse, es decir, que en su jornada laboral, sea que trabajen 6 horas u 8 horas, solo podrán estar un máximo de 4 horas al día expuestos a radiación.²³³ Esto, aparentemente es un problema para las instituciones, ya que estas necesitan que el trabajo se realice 24 horas al día y 7 días a la semana. Por eso es que se ha recomendado por las mismas normas técnicas que existan rotaciones de los trabajadores, respetando estos límites.

En el presente caso de estudio, los accionantes laboraban 6, 8 y hasta 12 horas expuestos a radiación para cubrir esta atención ininterrumpida. Esto se suma al hecho de que la autoridad inobservaba los reglamentos de seguridad en el trabajo. Es así que los derechos de los trabajadores en este ámbito se ven claramente vulnerados. Para entender la forma de su vulneración cabe resaltar que en el apéndice VIII-, del Reglamento de Seguridad Radiológica se enumera las enfermedades causadas por radiación, mismas que pueden ir desde lesiones superficiales, dermatitis, depilación y pérdida de brillo de las uñas, lesiones hematopoyéticas, linfopenia, leucopenia, anemia, leucemia y pérdida de inmunidad específica, propensión a tumores malignos, carcinoma de la piel y sarcoma, reducción del promedio de duración de la vida, aberraciones genéticas, mutaciones genéticas directas o aberraciones cromosómicas, hasta la muerte.

Es justamente esta sobreexposición a radiación ionizante la que puede —y va a— causar efectos en la salud de los trabajadores a corto, mediano o largo plazo.²³⁴ Lo más grave es que no sabemos con certeza cuándo se puede presentar una afección, pues esto va a depender de algunos factores. Así, la doctrina especializada ha mencionado que: “Según la intensidad de la dosis de radiación recibida, tiempo de exposición y sensibilidad del tejido las lesiones pueden aparecer en horas, días, semanas o meses y comportarse como transitorias o permanentes”.²³⁵ No sabemos con certeza cuando se producirá el

²³³ Así, el art. 8 de la SENRES-2009-000090, y el art. 1 de la resolución n.º MRL-2014-0674.

²³⁴ El periodo para que uno de estos efectos se manifieste se denomina período de latencia, el cual puede variar, desde horas, días o semanas en el caso de efectos tempranos, y hasta meses o años en el caso de efectos tardíos, así, con más detalle Adriana Cascón, “Riesgos asociados con las radiaciones ionizantes”, *Revista argentina de cardiología* 77, n.º 2 (2009): 126.

²³⁵ Aníbal E. Badel et al., “Radiación ionizante: revisión de tema y recomendaciones para la práctica”, *Revista Colombiana de Cardiología* 25, n.º 3 (2018): 225, <https://doi.org/10.1016/j.rccar.2017.10.008>.

daño, pues dependiendo de mencionados factores, podrá ser en días, meses, años o incluso décadas.

Esto nos muestra claramente que estamos frente a un problema propio de la sociedad del riesgo, ya que al final, el uso de la radiación ionizante presenta consecuencias positivas para el tratamiento y diagnóstico de enfermedades.

2.8. Sobre la intervención del derecho penal como *lege ferenda*

El presente caso que se ha expuesto, pese a ser un caso netamente constitucional, fácticamente nos proporciona un punto de partida importante para analizar temas relevantes que ha traído consigo la sociedad del riesgo. Este caso nos invita a pensar si realmente en ámbitos como los trabajos peligrosos el derecho penal debería intervenir y de qué forma. Este cuestionamiento se lo realiza debido a que en el COIP no existe una regulación penal laboral coherente con la real y efectiva protección (final) de derechos de los trabajadores. Es un caso que nos muestra que uno de los mecanismos para hacer frente a la sociedad del riesgo, como es el derecho administrativo, ha sido utilizado y no ha sido suficiente.

Después de todo, mediante la utilización de los elementos fácticos del caso, cabe reflexionar si realmente debemos esperar a que se produzca efectivamente el daño en este ámbito, para que intervenga el derecho penal, siendo fieles al derecho penal clásico. Teniendo en cuenta que no podemos saber cuándo se producirá el daño, y en qué condiciones. Tal vez se presente con efectos tempranos (horas, días o semanas), o tardíos (meses o años). Este es un ámbito en el que el riesgo se encuentra presente de forma permanente, y las acciones que se deben tomar no lo eliminan, sino solo lo mitigan. Por eso es un trabajo peligroso.

Tal como lo entendemos, el derecho penal ha ampliado su ámbito de intervención para adaptarse a la sociedad del riesgo, donde los delitos ya no solo responden a daños consumados, sino también a la creación de situaciones de riesgo. En el caso de los trabajos peligrosos, como aquellos que involucran exposición a radiaciones ionizantes, el derecho penal podría cumplir una función preventiva crucial. La tipificación de delitos de peligro abstracto permite sancionar conductas que no han causado daño tangible pero que exponen a los trabajadores a un riesgo grave, como la falta de medidas de seguridad adecuadas o el incumplimiento de las normativas laborales en entornos de riesgo.

El derecho penal del riesgo, en casos como aquellos, previene que situaciones de negligencia o falta de diligencia por parte de empleadores desencadenen en tragedias. En este contexto de la sociedad del riesgo, las normas de seguridad laboral, como las que regulan el uso de radiaciones o su empleo por parte de trabajadores, no son meramente administrativas; su incumplimiento constituye una potencial afección, tanto de bienes jurídicos individuales (la vida y la salud) como algunos que podrían considerarse bienes jurídicos colectivos (la seguridad en el entorno de trabajo).

El rol del Estado en la fiscalización de trabajos peligrosos también adquiere una dimensión penal cuando su inacción o negligencia permite la creación de riesgos. Esto es especialmente evidente en el caso del Hospital Vicente Corral Moscoso, donde la ausencia de control efectivo sobre las jornadas laborales y la exposición prolongada a radiaciones supone un riesgo potencial para la vida y salud de los tecnólogos médicos.

Desde una perspectiva que respeta y promueve derechos, la responsabilidad del Estado no se limita a establecer marcos normativos, sino que debe garantizar su cumplimiento efectivo. La omisión en la fiscalización debería derivar en responsabilidad penal para las autoridades encargadas de la supervisión. Aquí, la penalización no solo debería buscar castigar el daño causado (pues no se sabe cuándo se producirá), sino prevenir que la negligencia genere consecuencias irreversibles.

Uno de los ejes del derecho penal del riesgo es la tipificación de delitos de peligro abstracto, donde la ley sanciona conductas que no han producido un daño inmediato, pero que podría generar un riesgo significativo. El derecho penal, al sancionar estos comportamientos, busca evitar la potencial y futura consumación de un daño que, en estos casos, podría ser irreversible. La exposición prolongada a radiaciones sin la adecuada protección no solo viola las normativas administrativas, sino que representa una conducta penalmente relevante para la integridad física de los trabajadores.

A pesar de la ampliación del ámbito de actuación del derecho penal en la sociedad del riesgo, el principio de mínima intervención sigue siendo una directriz fundamental. Esto implica que la penalización de conductas de riesgo debe aplicarse únicamente cuando los mecanismos civiles o administrativos no sean suficientes para proteger los bienes jurídicos en juego. En el caso de los trabajos peligrosos, el incumplimiento de las normas de seguridad laboral no solo justifica la intervención penal cuando se afecta de manera grave la salud de los trabajadores, sino que se justifica incluso en situaciones donde se cree un peligro abstracto que, de materializarse, podría tener consecuencias devastadoras.

El art. 327 de la Constitución en su inciso segundo, prescribe expresamente que el incumplimiento de obligaciones en materia laboral será penalizado. De acuerdo con lo planteado en el presente trabajo, en la actual sociedad ecuatoriana del riesgo, la inobservancia de las obligaciones de seguridad en los trabajos peligrosos tiene todo lo que se requiere para ser uno de los aspectos en los que debe intervenir el derecho penal. Sin embargo, hasta la fecha no se ha dado el tratamiento, ni el estudio del caso que merece el derecho penal laboral, solamente se ha incorporado conductas que no tienen la más mínima relevancia lesiva.

Es así como, el derecho penal no puede esperar a que estos riesgos se concreten o que se produzca un daño para intervenir, sino que debe reconocer herramientas nuevas y actuales como la técnica de tipificación del peligro abstracto, para salvaguardar la real y efectiva vigencia de los derechos en la actual sociedad del riesgo. Esto lo debe hacer observando parámetros constitucionales y readaptando la concepción que tenemos de ciertos principios clásicos.

De esta forma, por ejemplo, se propondría tipificar como delitos de peligro abstracto la sola inobservancia de normas y reglamentos de seguridad en los trabajos peligrosos, y que se sancione administrativamente la misma conducta cuando se trate de trabajos normales. En caso de que, como consecuencia de la inobservancia de reglamentos en los trabajos normales, se ponga en peligro real y efectivo al bien jurídico individual (salud, vida, o integridad personal), se sancione penalmente como delito de peligro concreto. Si se produce un daño, se reaccionará conforme a las reglas que ya han estado establecidas en el COIP desde hace años.

Conclusiones

La sociedad contemporánea se enfrenta a desafíos críticos en la gestión de riesgos emergentes en un entorno globalizado y complejo. La sociedad del riesgo ha cambiado radicalmente la percepción y manejo de peligros, lo que ha llevado a una evolución del derecho penal hacia un enfoque preventivo y de gestión de riesgos, anticipándose a amenazas potenciales en lugar de reaccionar ante daños consumados.

Esta transformación plantea preguntas sobre la legitimidad y adecuación del derecho penal en nuevos ámbitos, como los delitos de peligro abstracto y la protección de bienes jurídicos colectivos. Es crucial reevaluar los principios político-criminales para equilibrar la seguridad y los derechos individuales, incluyendo alternativas como mecanismos reparatorios o administrativos. El objetivo ha sido legitimar y limitar el derecho penal del riesgo para que sea proporcional, justo y respete los principios democráticos y constitucionales.

Es así que se ha explorado los fundamentos de un derecho penal del riesgo legítimo en referencia a los bienes jurídicos y los delitos de peligro abstracto respondiendo a las tres grandes cuestiones penales: la función del derecho penal, la cuestión material del delito y la cuestión político-criminal. Estas cuestiones están vinculadas a la idea de bien jurídico, un concepto cuya interpretación ha variado históricamente. Se ha desarrollado la idea de que el bien jurídico tiene diferentes funciones analíticas: (i) una función político-criminal, (ii) una función dogmática, y (iii) una función teleológica.

Los bienes jurídicos colectivos reflejan intereses sociales emergentes y se caracterizan por la no exclusión en el uso, no rivalidad en el consumo, y no distributividad. La inclusión de bienes jurídicos colectivos responde a la evolución del Estado hacia un modelo social que enfrenta nuevos desafíos. Su legitimidad debe depender de su conexión con los derechos individuales. Sin embargo, la constitución también legitima otros tipos de bienes jurídicos colectivos, los supraindividuales, que no tienen conexión directa con derechos individuales. A estos últimos hay que contenerlos de forma más exhaustiva, evitando que se conviertan en fines en sí mismos y socaven los derechos individuales.

En este sentido, se ha puesto en evidencia que es difícil que un bien jurídico colectivo sea lesionado o puesto en peligro de manera concreta. En estos casos, se puede recurrir a delitos de peligro abstracto, que sancionan conductas por su peligrosidad general. La mínima intervención penal debe determinar cuándo una conducta es penalmente relevante respecto al peligro abstracto. En Ecuador, esto se maneja estableciendo umbrales específicos para ciertos delitos.

Se propone reformular el principio de lesividad para adaptarse a las necesidades actuales, permitiendo la penalización de peligrosidad *ex ante* en ciertos casos, bajo estrictas condiciones que respeten los derechos individuales. Tales límites deberían imponer, al menos, los siguientes requisitos:

1. Que la conducta peligrosa *ex ante* que el legislador define como prohibida esté claramente descrita en la norma penal. Cuando se pretenda hacer remisiones normativas para complementar la norma penal, se lo haga siempre y cuando sea absolutamente necesario.
2. Que el bien jurídico colectivo o el delito de peligro abstracto tenga una referencia directa o indirecta a un derecho individual. En el caso de los bienes jurídicos colectivos supraindividuales, que están legitimados por el constituyente, su implementación se hará de manera excepcional, respetando la orientación y los fines constitucionales, para no desnaturalizar el uso del derecho penal.
3. Que el tipo penal referente al bien jurídico colectivo no vulnere el principio de culpabilidad, ni invierta la carga de la prueba.
4. Que se respete el principio de mínima intervención penal, y se tome en cuenta para aspectos no sustanciales las alternativas no penales.

En concordancia con todo lo anteriormente mencionado, se ha analizado el delito de tráfico ilícito de migrantes en Ecuador. La discusión sobre su justificación penal en el Estado constitucional de derechos revela un conflicto fundamental entre la necesidad de protección de los derechos individuales y la intervención penal anticipada. La migración ilegal, aunque no siempre resulta en una violación directa de derechos individuales, implica un riesgo inherente para la salud, integridad, vida y libertad de los migrantes, dada la falta de supervisión estatal y la posible colaboración con organizaciones criminales.

Se ha podido identificar que el problema es mixto, con componentes normativos e interpretativos. Desde un enfoque normativo, la norma que tipifica este

delito es incompatible con la Constitución, especialmente con el derecho a migrar (art. 40), lo que genera tensión con la soberanía estatal, que en este contexto no justifica claramente una sanción penal. La redacción vaga del tipo penal, con múltiples conductas punibles sin especificar su afectación al bien jurídico, agrava el problema.

Desde un enfoque interpretativo, los jueces y la doctrina han abordado el delito como una vulneración a las leyes migratorias y la seguridad del Estado, pero esta interpretación no resuelve adecuadamente cómo tales leyes y seguridad estatal se ven directamente afectadas en todos los casos. Esta ambigüedad genera confusión sobre cuál es el bien jurídico que se busca proteger y si este se está lesionando o amenazando de manera concreta.

El argumento central es que, en un Estado constitucional de derechos, el sistema jurídico debe priorizar la protección de los derechos de las personas, no subordinarse a la soberanía estatal. Por tanto, la justificación del delito de tráfico ilícito de migrantes debe basarse en el peligro abstracto que esta conducta representa, es decir, en la probabilidad de que tales acciones pongan en riesgo bienes jurídicos valiosos, incluso si en cada caso concreto no se materializa dicho peligro.

Por otra parte, se ha analizado el caso de los trabajadores expuestos a radiación ionizante, donde las normativas técnicas para proteger sus derechos existen, pero su aplicación efectiva y supervisión administrativa son deficientes. Esto es relevante porque estamos frente a un contexto en el que no se puede saber a ciencia cierta cuándo se producirá el resultado. Un ámbito especialmente crítico porque los efectos de la radiación ionizante pueden manifestarse de manera impredecible, a corto, mediano o largo plazo. Las enfermedades relacionadas con la radiación, que van desde dermatitis hasta cáncer y muerte, no solo afectan gravemente la salud de los trabajadores sino que también pueden surgir mucho después de la exposición inicial. Este riesgo latente y continuo exige una respuesta que no solo reaccione a los daños ya causados, sino que también intervenga frente a la exposición innecesaria y peligrosa desde el principio.

Así, el derecho penal no puede esperar a que estos riesgos se concreten o que se produzca un daño para intervenir, sino que debe reconocer herramientas nuevas y actuales como la técnica de tipificación del peligro abstracto, para salvaguardar la real y efectiva vigencia de los derechos en la actual sociedad del riesgo. Esto lo debe hacer observando parámetros constitucionales y readaptando la concepción que tenemos de ciertos principios clásicos.

En definitiva, y dando respuesta a la pregunta de investigación planteada al principio de este trabajo, la justificación para incluir el peligro abstracto y los bienes jurídicos colectivos en la legislación penal ecuatoriana reside en la necesidad de anticiparse a riesgos inherentes de la sociedad contemporánea, caracterizada por la globalización y la complejidad de las amenazas. La sociedad del riesgo exige que el derecho penal no solo reaccione ante daños ya consumados, sino que también intervenga preventivamente ante potenciales peligros que pueden poner en riesgo derechos constitucionales clave, como la vida, la salud y la libertad.

Aunque el trabajo ha sido fructífero, la discusión de los bienes jurídicos y el riesgo es un tema inacabado, al menos en el Ecuador, debido a que existen más casos por estudiar. Hay temas que merecen ser ampliados como la posibilidad de conciliar el enfoque ecocéntrico del legislador ecuatoriano en cuanto a la naturaleza y sus derechos, con la protección del futuro sostenible de las personas. También es necesario ampliar el estudio a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su fundamento penal frente a la vulneración o peligro de bienes jurídicos colectivos e individuales.

Bibliografía

- Aven, Terje, & Renn Ortwin. *Risk Management and Governance, Concepts, Guidelines and Applications*. Heidelberg: Springer, 2010.
- Ávila, Ramiro. *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos*. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A., 2013.
- Araujo, María Paulina. *Consultor penal - COIP*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019. <http://bit.ly/40wpV60>.
- Alexi, Robert. *El concepto y validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.
- Alonso, Mercedes. “Bienes jurídicos colectivos y delitos de lesión: lo primero, el bien jurídico”. En *Un modelo integral de Derecho penal, libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, coordinado por Vicente Valiente Ivañez y Guillermo Ramírez, 393-404. Madrid: AEBOE, 2022.
- Atilio Falcone, Roberto. “Los delitos relativos al tráfico de drogas como delitos de peligro”. *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro – III* (2008): 251-82.
- Bacigalupo, Enrique. *Manual de derecho penal*, 2.^a reimp. Bogotá: Temis, 1996.
- . *Teoría y práctica del Derecho penal*, t. 1. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Badel, Aníbal E., Juan S. Rico-Mesa, María C. Gaviria, Daniela Arango-Isaza, y César A. Hernández Chica. “Radiación ionizante: Revisión de tema y recomendaciones para la práctica”. *Revista Colombiana de Cardiología* 25, n.º 3 (2018): 222-9. <https://doi.org/10.1016/j.rccar.2017.10.008>.
- Beck, Ulrich. *Ulrich Beck, Pioneer in Cosmopolitan Sociology and Risk Society*. Cham: Springer, 2014.
- . *La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.
- . “Retorno a la teoría de la sociedad del riesgo”. *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, n.º 30 (2000): 9-20, <https://bit.ly/3XaR0to>.
- . “Risk Society Revisited: Theory, Politics and Research Programmes”. En *The risk society and beyond*, editado por Barbara Adam, Ulrich Beck and Joost Van Loon, 211-29. London: SAGE, 2000.
- . “Living in the world risk society”. *Economy and Society* 35, n.º 3 (2006): 329-45. <https://bit.ly/3ZxRiMm>.

- Beviá, Jordi Gimeno, y José Vicente. “Fines del proceso y persona jurídica: algunas consideraciones y propuestas a la luz del caso Volkswagen”. *Revista penal* 37 (2016): 99-109.
- Boudia Soraya, y Jas Nathalie. “Introduction: Risk and ‘Risk Society’ in Historical Perspective”. *History and Technology* 23, n.º 4 (2007): 317-31. <https://doi.org/10.1080/07341510701527393>.
- Bustos, Juan, Hernán Hormazábal. *Lecciones de derecho penal*, vol. 1. Madrid: Trotta, 1997.
- . *Lecciones de Derecho penal*, vol. 2. Madrid: editorial Trotta, 1999.
- Bustos Ramírez, Juan. “Los bienes jurídicos colectivos”. *Revista de Derecho Penal*, n.º 27 (2019): 465-76. <https://bit.ly/407RaDw>.
- Cancio, Manuel, y Mercedes Pérez. “Capítulo IV. Principios del Derecho Penal (III)”. En *Manual de introducción al Derecho penal*. Coordinado por Juan Antonio Lascuráin, 91-117. Madrid: Imprenta nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019.
- Caro, Dino Carlos. “Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos”. *Themis: Revista de derecho*, n.º 37 (1998): 195-208. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5109687>.
- Calahorrano, Edison. “El delito de tráfico ilícito de migrantes desde el principio de proporcionalidad: Un análisis comparado de los casos chileno, español y ecuatoriano”. *Revista Republicana*, 29 (2020): 47-68. <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2020.v29.a86>.
- Cascón, Adriana. “Riesgos asociados con las radiaciones ionizantes”. *Revista argentina de cardiología* 77, n.º 2 (2009): 123-8.
- Cerezo Mir, José. “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”. *Revista de Derecho Penal Y Criminología* n.º 10 (2002): 47-72. <https://bit.ly/3GZwgO6>.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu. “Algunas cuestiones sobre el injusto típico en los ‘delitos de peligro’”. *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro – I* (2007): 81-118.
- . *El delito imprudente, criterios de imputación del resultado 2da ed.* Montevideo: B de F, 2005.
- Cordero Quinzacara, Eduardo, “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal”. *Revista de derecho* 25, n.º 2 (2012): 131-57. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200006>.

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación general núm. 23 (2016) sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. 27 de abril de 2016.
- Corte IDH. “Sentencia de 09 de junio de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Spoltore Vs. Argentina*. 9 de junio de 2020. <https://bit.ly/3TjZeOY>.
- . “Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas)”. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. 27 de noviembre de 1998. <https://bit.ly/48WrL34>.
- . “Sentencia de 15 de julio de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus Familiares vs. Brasil*. 15 de julio de 2020. <https://bit.ly/48TOCw7>.
- Chávarro, Luis Alfonso. “Riesgo e incertidumbre como características de la sociedad actual: ideas, percepciones y representaciones”. *Revista Reflexiones* 97, n.º 1 (2018): 65-75. <https://doi.org/10.15517/rr.v97i1.31509>.
- Diez Ripolles, José Luis. “El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”. *Jueces para la democracia*, n.º 30 (1997): 10-9. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174728>.
- . “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”. *Boletín mexicano de Derecho comparado*, n.º 10 (2002): 63-97.
- Ecuador Asamblea Nacional. *Informe para primer debate del “Proyecto de Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Asamblea Nacional, 2012. <https://bit.ly/3yvH6be>.
- . *Informe para segundo debate del “Proyecto de Código Orgánico Integral Penal”*. Quito: Asamblea Nacional, 2013. <https://bit.ly/3COrjqA>.
- . *Texto aprobado por el Pleno de la Asamblea*. Quito: Asamblea Nacional, 2013. <https://bit.ly/3etO1Lj>.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia”. En *Juicio n.º 53-20-IN/21*. 1 de diciembre de 2021. <https://bit.ly/3GsD9Iz>.
- . “Sentencia”. En *Juicio 67-23-IN/24*. 5 de febrero de 2024, 26. <https://bit.ly/48jCKmY>.
- . “Sentencia”. En *Proceso n.º 093-14-SEP-CC*. 4 de junio de 2014. <https://bit.ly/3FD9EDq>.

- . “Sentencia”. En *Proceso n.º 062-14-SEP-CC*. 9 de abril de 2014.
<https://bit.ly/3JT8q9r>.
- . “Sentencia”. En *Proceso n.º 057-17-SEP-CC*. 8 de marzo de 2017.
- . “Sentencia”. En *Proceso 016-13-SEP-CC*. 16 de mayo de 2013.
<https://bit.ly/40EcOPx>.
- . “Sentencia”. En *Proceso n.º 13-17-CN/19*. 4 de septiembre de 2019.
<https://bit.ly/3lAgJxD>.
- . “Sentencia”. En *Proceso N. 375-17-SEP-CC*. 22 de noviembre de 2017.
<https://bit.ly/40qxVol>.
- . “Sentencia”. En *Proceso n.º 048-17-SEP-CC*. 22 de febrero de 2017.
- . “Sentencia”. En *Proceso n.º 057-17-SEP-CC*. 8 de marzo de 2017.
- . “Sentencia”. En *Proceso n.º 057-17-SEP-CC*. 8 de marzo de 2017.
- . “Sentencia”. En *Proceso n.º 146-14-SEP-CC*. 01 de octubre de 2014.
- . “Sentencia”. En *Proceso n.º 375-17-SEP-CC*. 22 de noviembre del 2017.
- . “Sentencia”. En *Proceso n.º 1292-19-EP/21*. 15 de diciembre de 2021.
- . “Sentencia”. En *Proceso n.º 057-17-SEP-CC*. 08 de marzo de 2017.
- . “Sentencia”. En *Proceso n.º 093-14-SEP-CC*. 4 de junio de 2014.
- . “Sentencia”, En *Proceso n.º 057-17-SEP-CC*. 8 de marzo de 2017.
- Ecuador Corte Nacional de Justicia de Ecuador. “Sentencia”. En *Juicio n.º 0482-2013*. 7 de julio de 2014.
- . “Sentencia”. En *Juicio n.º 19-2012*. 14 de febrero de 2013.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- . *Código Penal*. Suplemento del Registro Oficial 147, de 22 de enero 1971.
- . *Ley Orgánica de Movilidad Humana*. Registro Oficial del Ecuador N. 938, Suplemento, 6 de febrero de 2017.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, Suplemento, 20 de octubre de 2008.
- . *Ley Orgánica de salud*. Registro Oficial del Ecuador 423, Suplemento, 22 de diciembre de 2006.
- . *Ley Orgánica del Servicio Público*. Registro Oficial del Ecuador 294, Suplemento, 6 de octubre de 2010.
- Ecuador Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables. *Acuerdo n.º MERNNR-MERNNR-2022-0011-AM (Norma técnica para las actividades de*

licenciamiento y operación en radiología intervencionista, radiodiagnóstico médico, odontológico y veterinario). Registro Oficial 11, Cuarto Suplemento, 25 de febrero de 2022.

- Ecuador Presidencia de la República. *Proyecto de ley del Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Presidencia de la República, 2011. <https://bit.ly/3yyT9Vj>.
- Ecuador Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito. “Sentencia”. En *Juicio n.º 17282-2015-05685*. 2015.
- Ecuador Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Cuenca. “Sentencia”. En *Juicio n.º 01283-2016-04319*. 2016.
- Ecuador Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito. “Sentencia”. En *Juicio n.º 17283-2019-00295*. 2019.
- Encalada Hidalgo, Pablo. *Teoría constitucional del delito: análisis aplicado al Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015.
- Faicán, Danilo. “El derecho a migrar frontera del tráfico ilegal de migrantes”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016.
- Ferrajoli, Luigi. “El principio de lesividad como garantía penal”. *Nuevo Foro Penal* 8, n.º 49 (2012): 100-14.
- . *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- Feijoo Sánchez, Bernardo. “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico”. *Indret*, n.º 2 (2008): 1-16. <https://indret.com/sobre-la-tesis-de-la-teoria-del-bien-juridico/>.
- . “Seguridad colectiva y peligro abstracto, sobre la normativización del peligro”, En *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro - I, director Edgardo Alberto Donna*, 147-96. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- García Acosta, Virginia. “El riesgo como construcción social y la construcción social de riesgos”. *Desacatos*, n.º 19 (2005): 11-24. <https://bit.ly/3GOvDbr>.
- García Caverro, Percy. *Derecho Penal*. Lima: Ideas solución editorial, 2019.
- Giddens, Anthony. *Un mundo desbocado, Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Traducción de Pedro Cifuentes. Madrid: Santillana, 2000.
- . “Risk and responsibility”. *The modern law review* 62, n.º 1 (1999): 1-10.
- Gil, Enrique. “Riesgo, incertidumbre y medios de comunicación”. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n.º 16 (2006): 103-14. <https://raco.cat/index.php/RCSP/article/view/130739>.

- Goite, Mayda, y Arnel Medina. “El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico y trata de personas y otras figuras afines: Una visión desde Cuba en el Siglo XXI”. *Revista Mundi Migratios* 2, n.º 1 (2014): 131-89.
- González, Fernando. “El alcance del Estado constitucional de derechos y justicia del artículo 1 de la Constitución del 2008”. *Revista Iuris* (14) (2013). <https://publicaciones.ucuenca.edu.ec/ojs/index.php/iuris/article/view/74>.
- Guamán, Adoración. “Derechos humanos y empresas transnacionales las debilidades del tercer pilar derivadas de las normas de promoción de inversiones: El caso Chevron como paradigma de la necesidad del Binding Treaty”. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho* 39 (2019): 113-35.
- Hassemer, Winfried, y Francisco Muñoz Conde. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- . *Persona, mundo y responsabilidad*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Bogotá: Themis, 1999.
- . “Rasgos y crisis del derecho penal moderno”. Traducido por Elena Larrauri, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1992): 235-50.
- . “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”. *Doctrina penal teoría y práctica en las Ciencias penales* (1989): 274-85.
- . “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”. *Nuevo foro penal*, n.º 51 (1991): 17-30.
- Hefendehl, Roland. “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”. *Anales de Derecho* 19 (2001): 147-58, <http://bit.ly/3jDPD7M>.
- Hernández, Hernando. “Aspectos polémicos sobre el objeto material del delito de lavado de activos (delitos fuente)”. *Justicia* 22, n.º 32 (2017): 118-38, <https://doi.org/10.17081/just.23.32.2908>.
- . “Delitos, contravenciones penales e infracciones administrativas: Un rastreo doctrinal y jurisprudencial”, *Dos mil tres mil: Revista de la facultad de Derecho y Ciencias políticas* 4, n.º 14 (2012): 61-92.
- Herzog, Felix, “Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo”. En *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Coordinado por Luis Alberto Arroyo Zapatero, Adán Nieto Martín, Ulfrid Neumann, 249-58. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

- Henao de Yepes, Luisa. “Delitos y contravenciones (informe derivado de investigación)”. *Nuevo Foro Penal* 52 (1991): 171-89.
- Hirsch, Hans Joachim. “Sistemática y límites de los delitos de peligro”. *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro - II* (2008): 9-35.
- Hormazabal, Hernan. *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho, el objeto protegido por la norma penal*. Santiago de Chile: Editorial jurídica Conosur, 1992.
- . “Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”. *Revista de derecho* 24 (2003): 125-34. <https://bit.ly/3DeCIjx>.
- Hudson, Barbara. *Justice in the Risk Society*. London: SAGE Publications Ltd., 2003.
- Jakobs, Günther. *Dogmática del Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004.
- . *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio y Bernardo Feijóo. Madrid: Civitas, 1996.
- . *Derecho penal parte general Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a ed., traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- . “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”. En *el funcionalismo en el derecho penal*, coordinado por Eduardo Montealegre, 39-57. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- . *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Traducido por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003.
- Jiménez, María José. “Sociedad del riesgo e intervención penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2014): 1-25.
- Kindhäuser, Urs. “Derecho penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo”. *Cuadernos de derecho penal* (2014): 13-26. <https://doi.org/10.22518/20271743.322>.
- . “Estructura y legitimación de los delitos de peligro en el derecho penal”. *InDret* (2009): 1-19.
- . “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico”. En *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, 441-52. Madrid: BOE, 1995.

- Lascurain, Juan Antonio. “Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal”. *Revista chilena de Derecho* 22, n.º 2 (1995): 251-64.
- . “Bien jurídico y objeto protegible”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n.º 60 (2007): 119-63, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2863873>.
- Leyva, Manuel Alberto, y Larisbel Lugo. “El bien jurídico y las funciones del derecho penal”. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 36, n.º 100 (2015): 63-74. <https://doi.org/10.18601/01210483.v36n100.04>.
- León, Pablo Andrés. “El delito de obstrucción de la justicia: una visión crítica desde su reciente incorporación en la legislación ecuatoriana”. *Derecho Penal y Criminología* 44, n.º 116 (2023): 117-62. <https://doi.org/10.18601/01210483.v44n116.06>.
- . “Repensando la Legitimidad delictual del tráfico ilícito de migrantes en un Estado constitucional de derechos”. *Iuris Dictio* 32, n.º 12 (2023): 1-12. <https://doi.org/10.18272/iu.i32.2995>
- Luhmann, Niklas. *Soziologie des Risikos*. Berlin: de Gruyter, 1991.
- . “The Future Cannot Begin: Temporal Structures in Modern Society”. *Social Research* 43, n.º 1 (1976): 130-52. <http://www.jstor.org/stable/40970217>.
- Márquez, Rafael. *Teoría de la antijuridicidad*. México: UNAM, 2003.
- Mendoza, Blanca. “Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 52, n.º 1 (1999): 279-321.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General*, 10.^a ed. actualizada y revisada. Barcelona: Reppertor, 2016.
- . “Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi”. *Estudios Penales y Criminológicos* (1991): 203-16.
- . *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2.^a ed. Buenos Aires: B de F, 2003.
- Mora, Minor. “El riesgo laboral en tiempos de globalización”. *Estudios Sociológicos XXI*, n.º 3 (2003): 643-66. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=59806306>.
- Moccia, Sergio. “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: Entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales”. En *Política criminal y nuevo Derecho penal (Libro homenaje a Claus Roxin)*, editado por Jesús María Silva Sánchez, 113-44. Barcelona: JMB, 1997.

- Mythen, Gabe. *Ulrich Beck: A Critical Introduction to the Risk Society*. London: Pluto Press, 2004.
- Nino, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: UNAM, 1989.
- Núñez, Andrés. “Riesgo e incertidumbre en las sociedades tecnológicas complejas: Otra mirada sobre la energía nuclear”. *Cuadernos del Ateneo* 30 (2011): 44-56.
- Ortega, Juan Manuel. “El derecho en la sociedad del riesgo”. *Revista Misión Jurídica* 4, n.º 4 (2011): 75-84, <https://doi.org/10.25058/1794600X.36>.
- ONU Asamblea General. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. 15 de noviembre de 2000. RES 55/25, <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.
- Pawlik, Michael. “El delito ¿lesión de un bien jurídico?”. *InDret* (2016): 1-15.
- Presno, Miguel Ángel. “La expansión del derecho administrativo sancionador securitario: análisis constitucional de la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana”. *Derechos y obligaciones en el estado de derecho: actas del III Coloquio Binacional México-España* (2017): 37-61, <https://bit.ly/3Hh5v9i>.
- Pietrocola, Maurício, Ernani Rodrigues, Filipe Bercot, y Samuel Schnorr. “Science education in pandemic times: what can we learn from COVID-19 on science technology and risk society”. *EdArXiv* (2020): 1-30. <https://doi.org/10.35542/osf.io/chtgv>.
- Polaino Navarrete, Miguel. *Lecciones de derecho penal, parte general*, t. 1, 3.ª ed. Madrid: Tecnos, 2017.
- Polaino-Orts, Miguel. “Delitos contra la administración de justicia: Una introducción a la regulación de algunas figuras en el Código Penal español”. *Revista Oficial del Poder Judicial* (2010): 373-98. <https://doi.org/10.35292/ropj.v6i6/7.210>.
- Portilla, Guillermo. “La influencia de las Ciencias sociales en el Derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre elección de intereses penales”. En *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, coordinado por Luis Alberto Arroyo Zapatero, Adán Nieto Martín, y Ulfrid Neumann, 99-124. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

- Prittwitz, Cornelius. "Sociedad del riesgo y derecho penal". En *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, coordinado por Luis Alberto Arroyo Zapatero, Adán Nieto Martín, Ulfrid Neumann, 259-88. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.
- Prieto Sanchís, Luis. "Una Perspectiva Normativa Sobre El Bien jurídico". *Nuevo Foro Penal*, n.º 6 (2003): 46-91, <https://bit.ly/3X2ZWQx>.
- Ramírez, Carlos, y Marco Tello. *Criterios sobre inteligencia y aplicación de la ley: Materias penales*. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017.
- Roxin, Claus. *La evolución de la política criminal, en el Derecho penal y en el Proceso penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.
- . "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2013): 1-27, <https://bit.ly/319TWbu>.
- . *Derecho penal parte general*, t. 1: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2.ª ed., traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- Roeser, Sabine, Rafaela Hillerbrand, Per Sandin, y Martin Peterson, eds. *Handbook of Risk Theory: Epistemology, Decision Theory, Ethics, and Social Implications of Risk*. Netherlands: Springer, 2012.
- Romeo, Carlos María. "La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente". *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro – I* (2007): 29-60. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Rusca, Bruno. "Los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables: Nuevos argumentos en defensa de una teoría clásica". *Revista Chilena de Derecho* 49, n.º 1 (2022): 101-26. <https://doi.org/10.7764/R.491.5>.
- Sánchez, Carlos. "Bien jurídico y principio de lesividad, bases históricas y conceptuales sobre el objeto de protección de la norma penal". *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica*, n.º 5 (2013): 436-509. <https://bit.ly/40g8lmL>.
- Silva Sánchez, Jesús. *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed. revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001.
- Silva, José. "La educación superior desde la teoría de los bienes públicos: ¿Con o sin ánimo de lucro?". *Sophia* 9 (2013): 129-46.

- Silva, Augusto. “¿Y si todos lo hicieramos? Consideraciones acerca de la (in)capacidad de resonancia del derecho penal con la figura de la acumulacion”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 56 (2003): 433-70. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1217139>.
- Soler, Sebastián. *Derecho Penal argentino*, t. 1. Actualizado por Guillermo Fierro, 10.^a ed. Buenos Aires: TEA, 1992.
- Smithson, Michael. “The Many Faces and Masks of Uncertainty”. En *Uncertainty and Risk Multidisciplinary Perspective*, editado por Gabriele Bammer y Michael Smithson, 13-25. London: Earthscan, 2008.
- Shibuya, Kazuhiko. “A New World in Motion”. En *The Rise of Artificial Intelligence and Big Data in Pandemic Societ*, 209-33. Singapore: Springer, 2022. https://doi.org/10.1007/978-981-19-0950-4_9.
- Spangenberg, Mario. “El Derecho penal del riesgo globalizado. Desafíos para un Derecho penal legítimo y trasnacionalmente efectivo”, *Revista de Derecho (UCUDAL)*, n.º 15 (2017): 257-76. <http://dx.doi.org/10.22235/rd.v1i15.1377>.
- Storini, Claudia. “Delitos de peligro y 'delitos' administrativos: la configuración de un derecho penal como prima o sola ratio”. En *Código Orgánico Integral Penal: Hacia su mejor comprensión y aplicación*, compilado por Ramiro Ávila Santamaría, 135-45. Quito: Corporación Editora Nacional, 2015.
- Schroeder, Friedrich-Christian. “Nuevas tendencias en los delitos de peligro abstracto”. *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro* 1 (2007): 119-24.
- Touma Endara, Jorge. “La expansión penal en el Ecuador: ¿Un salto al vacío?”. *Revista electrónica Aportes Andinos*, n.º 32 (2013): 46-53. <http://hdl.handle.net/10644/4405>.
- Vásconez, Víctor. “La extensiva interpretación del tipo penal de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización: El Caso N° 18282-2018-00726”. *Revista Facultad de Jurisprudencia* 1, n.º 9 (2020): 483-526. <https://doi.org/10.26807/rfj.vi9.129>.
- Vega Arrieta, Harold. “El análisis gramatical del tipo penal”. *Justicia* 29 (2016): 53-71. <https://doi.org/10.17081/just.21.29.1233>.
- Welzel, Hans. *Derecho penal parte general*. Traducido por Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.
- Yacobucci, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: Ábaco, 1998.
- Zaffaroni, Eugenio. *Derecho penal parte general*, 2.^a ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002.

- . *Tratado de Derecho penal parte general I*. Buenos Aires: EDIAR, 1998.
- . *Tratado de Derecho penal parte general II*. Buenos Aires: EDIAR, 2005.
- . *Derecho penal humano y poder en el siglo XXI*. Managua: INEJ, 2016.