



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**Principio de reserva de ley y delito imprudente:
la remisión a una norma extra penal**

Autoras:

**Amanda Nicole Molina Maurat
Nicole Valentina Rivas Rodas**

Director:

Christian Rafael Villavicencio Arce

Cuenca – Ecuador

2025

DEDICATORIA

A mis padres.
Esto se lo dedico a ustedes, porque son las personas que me han
guiado y apoyado a ser la persona que soy.
Mis triunfos son suyos.
-Amanda

A mi Papi Otto, por ser la voz que cree en mí incluso cuando dudo de
mí misma, por mirar mis logros con tanto orgullo que me hace
entender que soy capaz e inteligente, y que todo esfuerzo tiene un
propósito
Por tu confianza y por acompañarme en cada paso, porque sólo con
una palabra me sostienes. Esta tesis es para ti, porque te admiro y
algún día quisiera ser tanto como tú.
-Nicole

AGRADECIMIENTO

Primeramente, quiero agradecer a Dios, por permitirme llegar hasta aquí; a mi mami, por ser mi motivo; a mi papi, por ser mi impulso; a mi Mila, por ser mi guía; a mi Joaquis, por ser mi alegría; a mis abuelitos, por ser mi inspiración; a mi Nicolita, por ser mi fuerza; y a ti amor, por ser mi motor.

-Amanda

A Dios, por darme fortaleza, serenidad y sabiduría durante mi camino académico

A mis padres, Karla y Rafael, por permitirme estar aquí y guiarme en cada paso, por enseñarme, que la disciplina y el sacrificio siempre valen la pena. A mi familia, Rafa, Abby, Cecy, Otto, Jorge y Emma, por ser mi sostén y mi refugio diario.

A mis maestros, quienes con su conocimiento y experiencia forjaron impecablemente a una nueva profesional. En especial, a mi tutor de tesis, Rafael Villavicencio, cuya guía, paciencia y exigencia académica permitió que este trabajo alcance la calidad que deseaba. Gracias por acompañarme en cada etapa y por hacer que todo sea perfecto.

A mis mejores amigos Amanda y Santi, por convertir mi vida universitaria en la mejor época de mi vida, por las risas, el llanto, los consejos, el apoyo y los recuerdos que guardaré siempre conmigo.

A todos ustedes, gracias por ser parte de este logro.

-Nicole

RESUMEN

El presente trabajo de titulación analiza a tensión entre la remisión normativa a leyes extra penales en la figura del delito imprudente y las exigencias del principio de reserva de ley de ley, reconocido como unan garantía esencial dentro del Estado constitucional de derecho. A partir de una metodología cualitativa se analiza como el delito imprudente, el cual sanciona una conducta por el hecho de haber inobservado un deber objetivo de cuidado, suele depender de norma técnicas, administrativas o reglamentos, mismos que son ajenos al Código Orgánico Integral Penal. Asimismo, esta tensión se amplía al principio de legalidad, especialmente en su dimensión de *lex certa* o mandato de determinación, pues contenido de la ley se complementa con otras normas ya que los injustos penales no pueden ser determinados de manera cerrada o taxativa.

A lo largo del estudio, se incluye doctrina, jurisprudencia y normativa para determinar si el fenómeno de la remisión y a la vez, la técnica legislativa respeta las exigencias de cada uno de los principios enunciados garantizando seguridad jurídica a los ciudadanos, o si, por el contrario, se introducen elementos incompatibles con los mismos. Finalmente, se presentan recomendaciones orientadas a delimitar la aplicación de normas extra penales dentro del proceso penal, específicamente en el delito imprudente, proponiendo criterios que puedan fortalecer la certeza jurídica y eviten que se afecta a la esencia o al núcleo del tipo penal.

Palabras clave: Derecho penal, reserva de ley, legalidad, delito imprudente, remisión normativa.

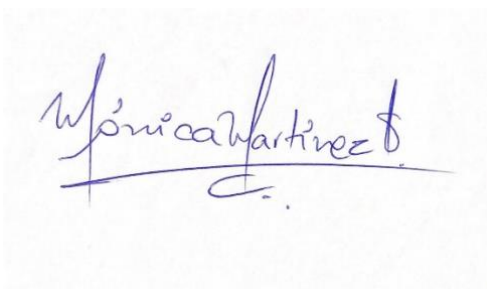
ABSTRACT

This thesis analyzes the tension between the normative reference to extra-criminal laws in the concept of reckless crime and the requirements of the principle of legal reservation, recognized as an essential guarantee within the constitutional rule of law. Using a qualitative methodology, it analyzes how reckless crime, which punishes conduct for failing to observe an objective duty of care, often depends on technical, administrative, or regulatory standards that are not part of the Comprehensive Organic Criminal Code. This tension also extends to the principle of legality, especially in its dimension of *lex certa*, or mandate of determination, since the content of the law is complemented by other rules, as criminal injustices cannot be determined in a closed or exhaustive manner.

Throughout the study, doctrine, jurisprudence, and regulations are included to determine whether the phenomenon of remission and, at the same time, legislative technique respect the requirements of each of the principles set forth, guaranteeing legal certainty for citizens, or whether, on the contrary, elements incompatible with them are introduced. Finally, recommendations are presented aimed at delimiting the application of extra-criminal rules within the criminal process, specifically in the case of reckless crimes, proposing criteria that can strengthen legal certainty and prevent the essence or core of the criminal type from being affected.

Keywords: Criminal law, legal reservation, legality, reckless crime, regulatory remission

Approved

A handwritten signature in blue ink, reading "Mónica Martínez Sojos" with a horizontal line underneath. The signature is written on a light-colored, slightly textured background.

Lcda. Mónica Martínez Sojos, PhD (C)

Cod. 29598

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
RESUMEN.....	iv
ABSTRACT.....	v
ÍNDICE.....	vi
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1. PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY.....	4
1.1. Antecedentes del principio de legalidad.....	4
1.2. Componentes del principio de legalidad.....	7
1.3. Contenido del principio de reserva de ley.....	10
1.4. Reserva de ley especial y su relación con la reserva de ley general.....	13
CAPÍTULO 2. EL DELITO IMPRUDENTE Y EL FENÓMENO DE LA REMISIÓN NORMATIVA.....	17
2.1. El delito imprudente y el deber objetivo de cuidado.....	17
2.2. Determinación de actos típicos.....	24
2.3. El problema de la remisión: concepto y clases.....	27
2.3.1. Concepto de remisión.....	27
2.3.2 Clases de remisión.....	27
2.3.2.1. Remisión legal o jurisprudencial.....	28
2.3.2.3. Remisión estática.....	28
2.3.2.4. Remisión expresa.....	29
2.3.2.5. Remisión tácita.....	29
2.3.2.6. Remisión a ciegas.....	29
2.4. Tensión entre el principio de reserva de ley, principio de legalidad y el fenómeno de la remisión a normas extra jurídicas.....	30
2.5. Riesgo permitido y los estándares sociales de conducta.....	35
2.6. Grupos de casos.....	37
2.7. Balance de las remisiones.....	40
CAPÍTULO 3. PROPUESTAS DE SOLUCIONES.....	44
CONCLUSIONES.....	48
REFERENCIAS.....	51

INTRODUCCIÓN

El Derecho penal ecuatoriano se sustenta en un conjunto de garantías que limitan el poder punitivo del Estado y aseguran la protección efectiva de los derechos fundamentales. Entre ellas, el principio de legalidad, consagrado en la Constitución de la República y desarrollado por el Código Orgánico Integral Penal (COIP), ocupa un lugar central, en tanto exige que únicamente la ley, en sentido formal y material, determine los comportamientos considerados delictivos, las penas y los elementos esenciales de la tipicidad. Dentro de este principio, la reserva de ley penal actúa como una garantía reforzada frente a cualquier forma de delegación normativa que permita a fuentes sub legales o extrajurídicas intervenir en la creación de tipos penales o en la definición de sus elementos configuradores.

Sin embargo, en el ámbito específico del delito imprudente, el sistema jurídico ecuatoriano, al igual que otros modelos penales comparados, ha adoptado una técnica legislativa que remite a normas extrapenales para delimitar el deber objetivo de cuidado. La infracción de este deber constituye el núcleo de la imputación imprudente, pero su concreción no suele encontrarse de manera exhaustiva en el texto penal, sino en reglamentos, normas técnicas, estándares sectoriales u otras disposiciones emitidas por autoridades administrativas. Esta situación genera una tensión evidente entre la función garantista del principio de reserva de ley y la necesidad de recurrir a conocimientos técnicos y normativas especializadas para definir conductas riesgosas o determinantes en el desarrollo de actividades complejas.

Esa tensión ha suscitado importantes interrogantes dogmáticas y prácticas: ¿es compatible la remisión a normas extrapenales con la exigencia constitucional de que la ley formal delimite los elementos esenciales del delito? ¿Cuándo una remisión cumple una función meramente integradora y cuándo, por el contrario, afecta la certeza jurídica al permitir que la tipicidad dependa de reglas no adoptadas por el legislador? ¿Qué límites deben imponerse para evitar delegaciones normativas que erosionen el principio de legalidad penal? Estas preguntas no solo poseen relevancia teórica, sino que inciden directamente en la labor de jueces, fiscales y defensores al momento de determinar si una conducta imprudente es penalmente relevante.

El objetivo general de esta investigación consiste en analizar la remisión normativa en el tipo imprudente a leyes extrapenales, frente a las exigencias del principio

de reserva de ley, con la finalidad de establecer en qué medida esta técnica legislativa resulta compatible con la estructura garantista del derecho penal ecuatoriano. Para ello, se plantean tres objetivos específicos:

1. Definir los conceptos base relativos al principio de reserva de ley, el delito imprudente y el principio de legalidad.
2. Explicar el impacto jurídico que produce la remisión a una norma extrapenal en la configuración del tipo imprudente.
3. Indicar recomendaciones frente a la problemática derivada de la remisión normativa en el ámbito imprudente.

En atención a los objetivos propuestos, la estructura de la investigación se articula de manera progresiva para permitir una comprensión rigurosa del problema jurídico analizado. El Capítulo 1 examina en profundidad el principio de reserva de ley como garantía estructural del orden penal ecuatoriano. Para ello, no solo se revisan los antecedentes del principio de legalidad y sus componentes esenciales, sino que también se desarrolla el contenido específico de la reserva de ley en materia penal y su relación con la reserva de ley especial. Este análisis permite evidenciar cómo la exigencia de ley formal constituye un límite sustantivo frente a eventuales delegaciones normativas hacia fuentes sub legales.

El Capítulo 2 se dedica al estudio sistemático del delito imprudente y a la forma en que su configuración normativa ha favorecido la utilización de remisiones a normas extrapenales. En este capítulo se analiza el deber objetivo de cuidado como elemento central de la imputación imprudente, la determinación de los actos típicos y la función que desempeñan las distintas clases de remisión en la concreción del tipo penal. Asimismo, se examina la tensión que dicha técnica genera respecto al principio de reserva de ley y al principio de legalidad, integrando criterios como el riesgo permitido, los estándares sociales de conducta, los grupos de casos y un balance general sobre las implicaciones dogmáticas de las remisiones. Todo ello permite valorar el impacto real que la incorporación de normas extrajurídicas produce en la tipicidad imprudente y en la seguridad jurídica.

Finalmente, el Capítulo 3 plantea propuestas de solución orientadas a brindar recomendaciones que se fundamentan en la necesidad de asegurar un equilibrio adecuado entre la funcionalidad del derecho penal y el cumplimiento estricto del principio de

reserva de ley, indispensable para preservar la legitimidad del sistema punitivo y garantizar la certeza normativa que exige un Estado constitucional de derechos y justicia.

CAPÍTULO 1. PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

1.1. Antecedentes del principio de legalidad

Un Estado de Derechos robusto y encaminado a la justicia, debe obligatoriamente establecer límites y restringir el poder estatal para proteger los derechos de los ciudadanos a través del mismo Derecho. Los derechos no son meras anunciaciones que divagan y adornan las nomas, sino que son facultades inherentes a una persona por el hecho de serlo y adscritos por una norma jurídica; eso no significa que el Estado es quien otorga los derechos, sino que es este quien debe garantizar su efectivo cumplimiento a través de los diferentes ordenamientos jurídicos promulgados. Ferrajoli (1999), entendía a los derechos como expectativas positivas (prestaciones) o negativas (omisión o abstención de realizar alguna conducta) que tienen los seres humanos. Estos, al estar recogidos en la carta magna de cada nación, se vuelven derechos fundamentales o constitucionales, lo que les hace exigibles a través de la propia Constitución, a través de las llamadas garantías.

En ese contexto, Silva Sánchez (2025) refiere que las garantías son “límites del poder punitivo del estado, además de reglas y principios que constituyen los criterios rectores de la legislación y de la aplicación judicial de las leyes penales”.

Las garantías constitucionales emplean un rol de protectores de los derechos de los ciudadanos reconocidos en la norma de rango constitucional y es aplicable frente a todos y cada uno de los poderes del Estado, así: en el Poder Ejecutivo, en cuanto a la planificación y ejecución de los proyectos de gobernabilidad; en el Poder Legislativo, en la creación de las normas; en el Poder Judicial, dentro de la administración de la justicia; en el Poder Electoral, respecto del pleno ejercicio de la participación y elección de dignidades; y finalmente en el Poder de Participación Ciudadana y Control Social, en la promoción de derechos de participación (Valencia & García, 2021).

En definitiva, se habla de garantías constitucionales cuando los enunciados normativos se equiparan a derechos fundamentales. Ello implica la existencia de un órgano especializado (en el caso ecuatoriano la Corte Constitucional) encargado de supervisar que esas garantías sean respetadas tanto por el legislador como por los órganos jurisdiccionales, de ahí que estas son plenamente justiciables. Y son justiciables porque cuando una disposición legal o una sentencia contraviene alguna de estas garantías, el órgano competente procederá a declarar su nulidad. No obstante, dicho órgano, en algunas ocasiones aplica la figura de la “interpretación conforme”; la cual consiste en emitir

sentencias interpretativas, en donde se establece la forma en la que la norma debe ser interpretada por los juzgadores para que cuando estos la apliquen no vulneren los derechos o garantías de las personas. Este mecanismo se aplica en virtud del principio de conservación de preceptos, cuyo fin es evitar vacíos normativos sin anular disposiciones legales. Sin embargo, parte de la doctrina critica esta figura, pues considera que se trata de una injerencia indebida en la función legislativa por parte de los tribunales constitucionales (Silva, 2025)

Ahora bien, se reconoce el derecho al debido proceso en el art 76 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), del cual se desprenden varias garantías. En lo que resulta relevante dentro del presente trabajo, corresponde abordar el principio de legalidad, recogido en numeral 3 del artículo en mención:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

El jurista Felipe Rodríguez (2021) afirma que estudiar el principio de legalidad, implica también estudiar a la ley penal como la única fuente formal del Derecho Penal, y esta reserva de ley se extiende al concepto de delitos y penas. A partir de este enunciado se distinguen dos reglas: 1) los tipos penales solo se crean mediante ley de rango constitucional, mas no mediante normas infra constitucionales como reglamentos u ordenanzas; y. 2) a una conducta humana solo se le puede imponer una sanción cuando esta esté prevista solo delito en una ley vigente y anterior a la realización del acto.

Principalmente, el principio de legalidad protege a los ciudadanos del propio Derecho Penal con el objetivo de evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley, o basándose en una ley imprecisa o retroactiva. A partir de esto es que se considera a este principio como un postulado del Estado de Derecho que garantiza, frente al *ius punendi*, la exigencia de que este se ejercite cuando hay una ley previa al hecho, la cual de manera

obligatoria debe contener la conducta punible y su sanción (Roxin, 1997). Además, Polaino Navarrete (2015) manifiesta que “en Derecho – por antonomasia-, en Derecho Penal está permitido todo aquello que no está prohibido”; de lo que se entendería que en cierta parte este principio además de ser garantía de la seguridad jurídica, es un reconocimiento de libertad a los ciudadanos.

En este sentido, el principio de legalidad se convierte en la máxima fundamental del Estado de Derecho, por lo que resulta imposible que un modelo democrático pueda renunciar u omitir este principio. “La idea es arrebatarte al Rey la facultad de administrar Justicia sin ley y, en este sentido, imponérsela al Rey, o dicho de otro modo, el principio de legalidad es hacer que la ley sea la Reina de todo Rey”. (Rodríguez, 2021).

El origen de este principio según Ulpiano y Paulo se remonta en Roma, en el Digesto 60, 16, 131.1, 224; más adelante este se perdió en el Derecho germánico ya que la costumbre le ganó terreno a la ley; sin embargo, en el Derecho canónico se recupera nuevamente por su contenido en los decretales de Graciano y en los decretales papales. Más adelante, alrededor del año de 1215, su reconocimiento se establecía en el artículo 39 de la Magna Charta Inglesa, otorgada por Juan sin Tierra, el cual determinaba que ningún hombre libre podía ser penado *nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae* (excepto por el juicio legal de sus pares o por la ley de la tierra). Luego, en 1532 con el Emperador Carlos V, en la *Magna Criminalis* si bien se reconoce al principio de legalidad como un principio fundamental, también se admite a la analogía como criterio accesorio (Polaino, 2015).

Posteriormente, en el siglo XVIII, en inicios del Estado moderno, en donde el principio de legalidad se recoge Constituciones como por ejemplo en la de Josephina de 1787 de José II de Austria; y en Declaraciones Internacionales como en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, además en la Declaración de Virginia de 1776, o en la de Filadelfia de 1774 (Rodríguez, 2021). Sin embargo, en 1935 el régimen nazi acabó con el principio de legalidad, pues en el artículo 2 del *Strafgesetzbuch* disponía que el delito no es solo la conducta comprendida en un tipo penal, sino que deberá ser castigado la persona que merezca una pena según la idea básica de una ley penal o según el sano sentimiento del pueblo (Porciúncula, 2014). Con el paso de los años, este enunciado sería enterrado después de la Segunda Guerra Mundial, pues Alemania al convertirse en una República Federal, restableció este principio como uno fundamental (Rodríguez, 2021).

Pese a los antecedentes históricos previamente mencionados, su formulación clásica en latín “*nullum crimen, nulla poena, sine lege*”, nace de la obra del jurista alemán Feuerbach, denominada “*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*” (Manual de Derecho Penal común vigente en Alemania), en donde plasma por primera vez este principio como un mandato que actúa como una barrera frente al abuso del poder punitivo, pues limita la arbitrariedad del poder estatal. Sin embargo, a lo largo de los años ha sufrido algunos cambios en su formulación, convirtiéndose en “*nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege poenale certa, scripta et stricta*”, lo que significa que no hay delito ni pena sin una ley penal previa, taxativa, escrita y no aplicada analógicamente (Silva, 2025).

1.2. Componentes del principio de legalidad

De la formulación antes indicada, acerca del principio de legalidad se desprenden cuatro sub-principios, mandatos, componentes o extensiones del mismo:

La primera de ellas, *lex scripta*: el profesor Jakobs (1997) manifiesta que “ley en sentido del principio de legalidad es toda norma jurídica escrita”. Lo que quiere decir que la determinación de la punibilidad debe realizarse mediante ley y no mediante reglas válidas para cada caso. Asimismo, aclara que si bien la punibilidad debe estar determinada a través de reglas generales, no se alude a la generalidad de la ley como garantía de una solución acertada, sino a una generalidad como instrumento para evitar la arbitrariedad. De la premisa anterior se entendería que el derecho consuetudinario queda excluido en la fundamentación de la punibilidad.

A continuación, *lex certa* o mandato de determinación: se exige la formulación clara y precisa del injusto penal y su respectiva sanción. En este mismo sentido, “las leyes penales deben ser claras y taxativas, no ambiguas o indeterminadas” (Silva, 2025) para garantizar el derecho de la seguridad jurídica.

Ahora bien, el principio de tipicidad constituye una concreción del mandato de determinación. Se refiere a que la taxatividad es una exigencia que se debe tomar en cuenta al momento de definir un definir las figuras del delito. Pese a ello, la realidad es que en la descripción del supuesto de hecho dichas figuras no todos los elementos son iguales de taxativos. Si bien se utilizan elementos descriptivos, los cuales son más

determinados; también se incluyen elementos normativos, los cuales están sujetos a una valoración tanto jurídica como social (Silva, 2025).

Por tanto, es un principio que vincula directamente al órgano judicial; sin embargo, en ello se plantea un dilema, puesto que existen ocasiones en las que el juzgador se ve obligado a realizar bien una interpretación extensiva, o bien una interpretación más oscura. Frente a esta postura, Moreno afirma que existe la posibilidad de una interpretación no taxativa de una ley taxativa (Moreno, 2001). Esto, debido a que la sociedad evoluciona aceleradamente y una determinación plena de las leyes se vuelve de difícil ejecución; en ello, la jurisprudencia constitucional ha referido que en el lenguaje ordinario es inevitable un considerado grado de vaguedad, añadiendo que el legislador por el mandato de optimización puede adaptar una ley (que incluye términos vagos) a las realidades diversas (Carbonell, 1995). De ello, “no se trata de que las leyes sean absolutamente taxativas, sino que alcancen la máxima determinación posible”. (Silva, 2025).

En otras palabras, el mandato de determinación se deriva de la vinculación del juez al texto legal y es una garantía para los ciudadanos, pues todos se benefician de la precisión, evitando la arbitrariedad y garantizando el derecho a la igualdad. En definitiva, el mandato de determinación tiene tres destinatarios: el legislador, puesto que le obliga a promulgar leyes lo más taxativas posibles; el juez, ya que le impone tergiversar leyes taxativas a través de interpretaciones oscuras; y, la doctrina, le obliga a exponer las construcciones dogmáticas de *lege lata* y *de lege ferenda* (de derecho vigente y de ley que hay que legislar en el futuro) (Silva, 2025).

Sin embargo, se debe tomar en cuenta que, dentro de la teoría de la imputación, en la Parte General si se permiten complementaciones de los preceptos legales si no los contradicen, es decir que incluso se pueden incluir regulaciones a modo de sugerencia; a diferencia de la Parte Especial, aquí solo están permitidas complementaciones que amplíen el ámbito de lo punible o que se correspondan con los preceptos legales; en fin, se debe proporcionar todo el material disponible para la formación del sistema (Jakobs, 1997).

A continuación, *lex praevia* o irretroactividad de las disposiciones desfavorables: este mandato les otorga a las personas la seguridad de que sus conductas sean sancionadas solo por infracciones que se encuentren tipificadas “antes” del cometimiento de las

mismas (Sentencia 1364-17-EP/23, 2023). Pese a que toda ley vigente es aplicable, se prohíbe la aplicación de una ley perjudicial a hechos anteriores a su entrada en vigor; siendo esta, una garantía nuclear de la legalidad. En este punto, es oportuno diferenciar la vigencia de la eficacia temporal de las leyes. Una ley entra en vigor posterior de que ha sido promulgada y publicada en el Registro Oficial; mientras que, la eficacia temporal hace referencia a la fracción de tiempo en la que se deben producir los hechos a los que se aplica la ley. Sin embargo, la eficacia no solo incide en el periodo posterior de la entrada en vigor de una ley, sino esta puede aplicarse a hechos anteriores cuando sucede otra ley más gravosa. Por ello, tampoco es correcto decir que la eficacia de una ley cesa cuando esta es derogada, pues puede cesar antes, cuando la ley posterior es más favorable (Silva, 2025).

Y, por último, el contenido del mandato de *lex stricta*: Se prohíbe recurrir a la analogía en los tipos penales y en las penas en la actividad jurisdiccional. Lo que significa que el juez tiene la prohibición de convertirse en legislador, aplicando a un hecho un marco legal que no ha sido pensado para este (Sentencia 1364-17-EP/23, 2023). Sin embargo, las normas jurídicas en ciertos casos recogen enunciados que son generales. De modo que el juez debe obligatoriamente debe interpretar la ley para adecuarla al caso en concreto. Una de las formas de esta operación lógica-sistemática es la analogía, la cual consiste en “trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza de los casos” (Roxin, 1997). Asimismo, para Esser y Burkhardt (1995), la analogía es un “método de complementación jurídica por parte del juez para llenar el contenido de lagunas legales, no planeadas”.

La problemática surge cuando el llenado de estas lagunas se debe realizar en el Derecho Penal, debido a que, por la aplicación de los principios de legalidad y reserva de ley, el requisito de la *lex stricta* arrastra consigo la prohibición de la analogía. En el Derecho Penal, las interpretaciones analógicas están prohibidas. Sin embargo, la analogía *in bonam partem* está permitida puesto que consiste en un análisis más favorable al condenado; mientras que, resulta obvio que la analogía *in malam partem* está prohibida y no se acepta bajo ningún punto de vista ya que perjudica al condenado y a su vez, viola el principio de *lex stricta* (Ferrajoli, 1995). Por ejemplo, si desde Holanda ingresa una sustancia que no se encuentra contemplada ni reconocida en la tabla de estupefacientes, y el juzgador decide sancionar por analogía argumentando que dicho componente es equivalente a otro ya listado, se estaría vulnerando el principio de legalidad. Esto se debe

a que el Código Orgánico Integral Penal únicamente sanciona aquellas sustancias expresamente incorporadas en la tabla oficial. En tal escenario, el juez no puede acudir a una interpretación analógica, puesto que esta resultaría in malam partem y, en consecuencia, en perjuicio del procesado. Lo jurídicamente correcto es aplicar una interpretación estricta, respetando los límites impuestos por la norma penal.

Finalmente, cabe destacar que el principio de legalidad resulta fundamental para el correcto y efectivo ejercicio de la democracia dentro del Estado. Por un lado, implica que solo el órgano legislativo puede tipificar infracciones; y además es un límite al poder punitivo del Estado, puesto que el juzgamiento de aplicación de las sanciones, solo es legítimo si se realiza conforme a leyes que han sido reguladas o tipificadas previo al acto que se impute.

1.3. Contenido del principio de reserva de ley

De los anunciados anteriores, es evidente que existe una relación directa entre el principio de legalidad y el principio de reserva de ley. La Corte Constitucional del Ecuador (Sentencia 1364-17-EP/23, 2023) manifiesta que el principio de legalidad presenta una doble dimensión:

Por un lado, una dimensión formal, que alude a la garantía de reserva de ley. Esta garantía demanda que las infracciones y sus sanciones consten por escrito en una norma con rango de ley (*lex scripta*). Esta garantía también se encuentra establecida en el artículo 132 de la Constitución. -numeral 2-:

Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos: 2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Por otra parte, una dimensión de carácter material, que alude al mandato de tipicidad. Este mandato otorga a las personas previsibilidad y seguridad de que sus conductas solo podrán ser sancionadas por infracciones que se encuentran tipificadas de manera previa al acto imputado (*lex praevia*); a través de una

formulación clara y precisa del injusto penal y su respectiva sanción (*lex certa*) y exclusivamente por aquellos supuestos establecidos de manera taxativa en la ley, sin que sea admisible una interpretación extensiva o aplicación analógica de los tipos penales y las penas (*lex stricta*). (Sentencia 1364-17-EP/23, 2023b).

También es importante enunciar el saber del doctrinario Felipe Rodríguez (2021), quien manifiesta que el principio de legalidad formal implica prohibir la punición de una conducta que no esté prevista expresamente como conducta ilícita en una ley, al momento de su cometimiento. Y por otro lado, el principio de legalidad material consiste en considerar a delitos solo a aquellas conductas que son socialmente peligrosas. Es decir, este autor vincula el principio de legalidad material con el principio de lesividad y de mínima intervención penal.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 1969), en su artículo 30 recoge una reserva de ley general, válida para todo el ordenamiento jurídico. Este principio “general” de reserva de ley se denomina como tal porque se diferencia de otros principios específicos, justamente por su generalidad. Por ejemplo, en el derecho penal rige una reserva de ley específica: el principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*).

La reserva de ley general supone que ciertos asuntos, debido a su relevancia en derechos fundamentales, la organización del estado o libertades públicas, solo pueden ser regulados por normas con rango de ley, quedando excluida su regulación a través de reglamentos o decretos. Además, exige una autorización legal, previa, formal y expresa para toda injerencia estatal que restrinja o afecte derechos fundamentales (Pérez, 2015).

Esta autorización previa, al tener la obligación de ser dada por una ley en sentido formal, vuelve a la reserva de ley más robusta, tratándose de una “reserva de parlamento”, que en el caso ecuatoriano se traduce a “reserva de asamblea” y es exigible cuando la actuación estatal consiste en la injerencia de un derecho fundamental (Silva, 2025).

En Ecuador, el principio de reserva de ley tiene un rango constitucional. Así, en su art. 120 numeral 6 le otorga a la Asamblea Nacional la competencia para expedir, codificar, reformar, derogar e o interpretar leyes con carácter generalmente obligatorias. Asimismo, la reserva de ley recogida en el art. 132 y 133 de la CRE; El primero determina que La Asamblea Nacional es el órgano encargado para aprobar como leyes a normas de

interés común, en donde obligatoriamente se debe regular mediante ley (en lo que nos interesa dentro del presente trabajo) al tratarse de derechos y garantías constitucionales; en el caso de tipificar infracciones y determinar las sanciones que correspondan: entre otros. En la misma línea, el art. 133 distingue dos clases de leyes: orgánicas y ordinarias. De manera taxativa, leyes orgánicas serán las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución; las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales; las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados; y, las relativas al régimen de los partidos políticos y al sistema electoral. En cambio, las leyes ordinarias tienen un carácter residual, lo que quiere decir que la materia que no esté determinada en este enlistamiento será regulada como ley ordinaria. Claro está que, las leyes orgánicas, por el hecho de regular los derechos fundamentales, prevalecerán sobre cualquier ley ordinaria. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Sin embargo, la Constitución en el último inciso de este artículo le da aún más fuerza a esta reserva de ley, pues además de encargar la función legislativa a un solo órgano (Asamblea Nacional), le ordena que, para expedir, reformar, derogar o interpretar leyes con carácter orgánico, será necesario cumplir con una mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea. Lo que quiere decir que, se necesita del voto favorable de la mitad más uno de los asambleístas que integran la asamblea.

De la premisa anterior nace la interrogante ¿hasta qué punto la exigencia de una ley orgánica es una verdadera expresión de democracia? El autor Silva Sánchez (2025) manifiesta que depende del concepto de democracia que se maneje en el país. En Ecuador, se mira a la democracia desde un carácter legalista-mayoritaria, pues como ya se mencionó en apartados anteriores para expedir, derogar o reformar leyes orgánicas es requerida una mayoría absoluta.

Por otro lado, Ferrajoli (1995) diferencia: a) principio de “mera legalidad”, que lo relaciona con la reserva de ley; es un mandato formal dirigido al juez, en donde este puede calificar como delitos a aquellos comportamientos considerados así por la ley; b) principio de “estricta legalidad”, es un mandato de carácter material, dirigido al legislador, en donde le obliga a crear leyes taxativas, precisas y a describir como delictivos a hechos, mas no a características ni modos de vida de los ciudadanos. Esta última la denomina “reserva absoluta de ley”.

Esta segunda perspectiva es la que permite comprender al principio de legalidad como una reserva de ley específica aplicada al Derecho Penal Material. Kuhlen (1989), destaca que, si se considera al principio de legalidad como una reserva de ley específica, entonces el destinatario también es el juez. Pues como ya se mencionó, la reserva de ley significa que ninguna autoridad estatal puede afectar derechos fundamentales, y dentro de un proceso penal esa autoridad es el juez. Además, el autor agrega que cuando la Constitución determina que un hecho solo puede ser penado cuando este se encuentre tipificado, se deja en claro que aquí la facultad del juez es penar hechos, mientras que la facultad del legislador es determinar delitos y penas (Feijoo, 2001). Además, es erróneo considerar que el principio de legalidad está destinado en ciertos casos solo al legislador. Este siempre está destinado al juez y al legislador cuando corresponda; pues, el principio de legalidad penal al ser entendido como una reserva de ley, constituye un mandato a los demás poderes del estado de respetar al legislador, y al mismo tiempo, un mandato al legislador de respetar la constitución.

1.4. Reserva de ley especial y su relación con la reserva de ley general

Ambas reservas de ley, es decir, tanto la general como la especial, le exigen al Estado una autorización legal para restringir los derechos fundamentales de las personas. Esta ley, como ya se mencionó en apartados anteriores, debe ser previa al hecho, pero además debe ser clara, determinada y estricta. Es por esta razón que para el Derecho Penal el principio de legalidad es un principio específico de la reserva de ley.

Al considerar al principio de legalidad como una reserva de ley, el mandato de proporcionalidad se vuelve uno más de los componentes o extensiones de este principio. Esto debido a que una reserva de ley debe cumplir no solo las exigencias de *lex praevia* y *lex scripta*, sino, además debe cumplir con exigencias subjetivas como el ser determinada, estricta y proporcional. De esta manera, el mandato de proporcionalidad debe nacer de la misma fuente que de los otros componentes o exigencias, es decir, del principio específico de reserva de ley o principio de legalidad.

Una vez enunciados ambos principios, es menester determinar el ámbito de aplicación de cada uno: El principio general de reserva de ley se aplica en todos los ámbitos jurídicos, incluyendo el Derecho Penal, pero en este, en virtud del principio *lex*

specialis únicamente en aquellas situaciones que no estén reguladas por el principio de legalidad (Perez, 2015). De ahí que en ciertos aspectos en el Derecho Penal no es suficiente la esfera de protección del principio de legalidad.

Si bien la determinación de regulaciones penales está protegida por el principio de legalidad, estas determinaciones no solo se basan en lo formal, es decir, no solo basta con que esa regulación integre formalmente el derecho penal; sino esa determinación se fija por criterios sustantivos que se basan en el carácter penal-*material* de esas regulaciones; lo que conduce a que el principio de legalidad reduzca su área de aplicación.

Basarse en el carácter penal-*material* de las regulaciones para considerarlas cubiertas por el principio de legalidad, significa en dichas regulaciones se incluya una “punibilidad”, entendida como toda aquella regulación propia del derecho penal *material*. Es por ello que se excluye del ámbito de protección del principio de legalidad a preceptos como por ejemplo la prescripción de la acción penal, que si bien integra formalmente el derecho penal, no contiene una “punibilidad” como tal para que sea regulada dentro del derecho penal material y por tanto cubierta por el *nullum crimen*. Pero ello no significa que el derecho penal adjetivo o formal queda desamparado, sino queda abarcado por el principio de reserva general (Perez, 2015).

Ahora, ¿es posible aplicar el principio de legalidad en el Derecho Procesal Penal? Si bien se ha mencionado que de ambos principios, es decir, tanto del principio general de reserva de ley, así como del principio específico, nacen los mismos corolarios (*lex certa*, *lex praevia*, *lex scripta*, *lex stricta*, y además el mandato de proporcionalidad), cuando estos se derivan del principio de legalidad, tendrán un mayor poder garantizador que cuando se deriven del principio general de reserva de ley.

En primer lugar, porque que en las leyes penales materiales hay una menor flexibilidad; lo que significa que, en otros ámbitos del derecho, debido a la evolución variada y veloz de los derechos fundamentales se requiere que los organismos judiciales actúen de manera rápida y flexible, adecuando esas normas a la realidad; lo que en el derecho penal material sería inadmisibles, pues las exigencias de determinación, analogía, retroactividad y determinación tienen una densidad mayor y por tanto, el juez debe limitarse y actuar de manera más formalizada, propia de la reacción penal (Perez, 2015).

Además, cuando se tratan de leyes relativas al derecho penal, las exigencias para dichas leyes serán mas fuertes por el hecho de que restringen derechos fundamentales como por ejemplo la libertad ambulatoria o incluso el derecho a la vida en países en los que se regula a la pena de muerte como una sanción frente al cometimiento de una infracción grave. La fundamentación de este enunciado radica en que los derechos fundamentales que derivan del Derecho penal material son las más graves que regulan los ordenamientos jurídicos, pues ninguna injerencia estatal puede reputarse tan grave como la pena impuesta al condenado.

En definitiva, el fundamento de la intensidad de las garantías penales radica en que en el derecho penal: i) se imponen penas privativas de libertad, admintiendo la posibilidad de que en en donde no se imponen penas privativas de libertad, pudiera ser más flexible la garantía; ii) se imponen dichas penas a personas físicas, y por tanto afectan a su dignidad personal; iii) se imponen penas, así sin mas, esto debe conducir a justificar a que es lo propio de toda pena (Silva, 2025).

Por tanto, la reserva de ley específica del Derecho penal material es un principio diferente al principio general de reserva de ley; la primera de ellas es mas estricta y además tiene un campo de aplicación específico: el Derecho penal material. Por lo tanto, no es correcto inferir que por el hecho de que en el principio de legalidad los mandatos de ley previa, escrita, cierta y estricta son más fuertes o estrictos son los que deben aplicarse también en el derecho procesal penal. Este último, al ser un campo en donde las injerencias estatales no son tan gravosas, no corresponde sobrepasar los límites y regularse por el principio específico de reserva de ley; pues el principio general de reserva de ley es suficiente para aplicarlo al resto del ordenamiento jurídico.

Está claro que no es necesario recurrir al principio de legalidad penal para lograr una efectiva protección de los derechos del individuo frente a ciertas injerencias del Estado. Cuando se dice que las exigencias de determinación, retroactividad y analogía son mas fuertes cuando derivan del principio de legalidad penal, no significa que fuera del derecho penal material son débiles. Los mandatos y prohibiciones que derivan del principio de general de reserva de ley son lo suficientemente fuertes para proteger derechos fundamentales de manera efectiva en ámbitos que no corresponden al Derecho penal material. Además, del principio general de reserva de ley también deben inferirse prohibiciones y mandatos fuertes respecto de las exigencias necesarias para las leyes que

restrinjan derechos fundamentales y a la vez que genere una defensa contra la arbitrariedad de todos los poderes del Estado (Silva, 2025).

Ahora bien, como ya se mencionó en líneas anteriores, el principio de legalidad opera en lo que respecta el derecho penal material, y por lo tanto, sus exigencias son más fuertes y menos flexibles. Sin embargo, sucede un problema en particular en los delitos imprudentes. Esta problemática nace a partir de que al hablar de los delitos imprudentes implica posicionarse dentro de un Derecho Penal Material; sin embargo, al hablar de los delitos imprudentes también implica analizar un deber objetivo de ciudadano que no está determinado o conceptualizado en la norma (a pesar de que obligatoriamente debe cumplir con el principio de taxatividad), por lo que es inevitable remitirse a normas extra penales para entender su alcance.

CAPÍTULO 2. EL DELITO IMPRUDENTE Y EL FENÓMENO DE LA REMISIÓN NORMATIVA

2.1. El delito imprudente y el deber objetivo de cuidado

A lo largo de los años la estructuración dogmática del delito se ha visto afectada por varias corrientes del conocimiento. A pesar de no ser tema del presente estudio, es menester mencionar que la teoría del delito, es relativamente nueva, puesto que, en los orígenes del Derecho no se profundizó en el área penal, sino que, el derecho romano se dedicó más a la rama civil, y por ello, el verdadero florecimiento de las normas penales se da en el siglo XVIII en Europa. (Salazar, 2021)

A partir de aquello, empiezan a resonar autores como Cesare Marchese di Beccaria, padre de la escuela clásica del derecho penal; Hans Welzel, padre de la escuela finalista; Wilhelm Windelband fundador de la escuela neokantista, corriente en la que asimismo figuran autores como Adolf Merkel y Gustav Radbruch; o Roxin y Jakobs que son autores relevantes para la escuela funcionalista. (Salazar, 2021)

En Ecuador, el enfoque que recibe el COIP es de la escuela finalista, pues al hablar de delito, se refiere a un acto típico, antijurídico y atribuible; así, en su artículo 18.- “Infracción penal.- Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código” (Código Orgánico Integral Penal, 2014). Salazar (2021) manifiesta que en cada uno de estos elementos debe verse reflejado en la materialidad del hecho, convirtiéndose en una especie de escalón; por ejemplo, no va a ser necesario continuar con la antijuricidad, si no existe la tipicidad, lo que ocasiona que el injusto se disuelva. De la misma manera, afirma el autor que cada elemento es gobernado por la libertad del ser humano, como un individuo que puede decidir sobre sus actos.

En este contexto, de los cuatro elementos enunciados en líneas anteriores, se profundizará en el segundo, la tipicidad. Esta hace referencia a la conducta humana que se adecúa al tipo o al hecho criminoso; mientras que el tipo es la descripción objetiva y subjetiva de la conducta. En palabras de Salazar (2021), el tipo es una figura abstracta, que necesariamente viene acompañada de una carga valorativa, por el hecho de establecer qué conducta es antinormativa.

En base a ello, se debe aplicar el precepto de Ángel Ossorio (2008), en el Alma de la Toga: “las palabras pesan como diamantes”, puesto que, para establecer que conducta es antinormativa, es imprescindible la delimitación correcta por parte del jurista del supuesto de hecho en el tipo; ello, a su vez, es un requisito indispensable para el cumplimiento del principio de legalidad, y el efectivo cumplimiento de seguridad jurídica (Salazar, 2021).

Ahora bien, Salazar (2021) siguiendo la doctrina finalista, sostiene que el tipo va a estar compuesto principalmente por dos espectros, el Objetivo y el Subjetivo. El espectro Objetivo está compuesto por los elementos normativos y descriptivos del tipo penal; y el espectro Subjetivo hace referencia a la intencionalidad de la conducta del sujeto activo, buscando entender si actuó de manera intencional o no (Rodríguez, 2021). Es decir, que del espectro subjetivo del tipo, se diferencia el dolo de la culpa. Entendiendo al primero de ellos como la voluntad consciente de cometer un injusto, según Salazar (2021); y la culpa o imprudencia entendida como la violación al deber objetivo de cuidado. De aquí la denominación y diferenciación de los delitos dolosos y delitos culposos o imprudentes.

Así las cosas, los delitos culposos comparten con los dolosos los mismos elementos generales: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La diferencia aparece en la estructura del tipo, particularmente en su parte subjetiva, donde se describe la infracción de la norma. De acuerdo con ello, solo son sancionables aquellos perjuicios evitables sobre bienes jurídicos. Estos pueden dividirse en dos categorías: la primera: los que se realizan con plena conciencia y voluntad de causar daño (dolo); y la segunda: los que, aunque conducen a un resultado lesivo, no lo buscan directamente, sino que lo producen por la falta de cuidado (culpa). Es así que, tanto el delito culposo como el doloso son simplemente diferentes manifestaciones de un elemento común a ambos: la tipicidad (Maurach et al., 1995). El jurista en mención, afirma que cada tipo penal culposo se corresponde con un tipo doloso que prevé una sanción más grave. Los primeros se consideran ilícitos de menor gravedad, pues reflejan una afectación menos intensa del bien jurídico.

Ahora bien, las normas jurídicas siempre buscan proteger un bien jurídico específico a través de una norma general: “No debéis lesionar ni poner en peligro bienes jurídicos”; el hecho de que los delitos culposos sean sancionados con una penalidad

menor que los delitos dolosos, no significa que para estos deba existir una norma especial, por ejemplo “debéis evitar perjuicios culposos de bienes jurídicos”, pues el apartado general es suficiente sancionando tan solo la puesta en peligro del bien jurídico protegido y la lesión culposa (Maurach et al., 1995).

En el COIP la culpa, esta recogida en el artículo 27, mismo que determina: “Actúa con culpa persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código” (Código Orgánico Integral Penal, 2014). Por tanto, la afirmación de Maurach (1995), es correcta: “La pena por culpa solo es aplicable cuando la ley ordena expresamente la punibilidad del hecho frente a la comisión culposa”.

De esta manera, punibilidad del hecho culposo se funda en el “poder actuar de otro modo” (Maurach et al., 1995). Así, Maurach (1995), manifiesta que en los delitos culposos la ejecución de una acción infringe un deber objetivo de cuidado, en el cual, el resultado pudo haberse evitado mediante una ejecución distinta a la acción inicial. El jurista determina que el daño a un bien jurídico es evitable cuando la acción que lo origina puede direccionarse de forma distinta y por ende tomar un rumbo diferente. En ello, el uso de los medios adecuados permite impedir la realización del tipo; quien actúa de esta manera cumple con el deber objetivo de cuidado y a la vez, protege el bien jurídico protegido; en cambio quien lo descuida y causa un daño al bien jurídico protegido demuestra que esta era objetivamente evitable si se utilizaban los medios necesarios (Engisch, 1930).

Asimismo, Engisch (1930) manifiesta que en los hechos culposos, la norma que ordena evitar el perjuicio del bien jurídico sólo se infringe cuando el autor omite las medidas de cuidado necesarias. Por ello, no se requiere formular mandatos especiales sobre cómo actuar con cuidado, sino constatar si el daño al bien jurídico era objetivamente evitable y si el autor omitió la diligencia necesaria para impedirlo

Por otro lado, el dolo y la culpa son elementos excluyentes entre sí, es decir, que la ausencia de dolo no implica automáticamente la existencia de la culpa, sino que esta última debe demostrarse de manera independiente. Solo en ese caso, si los presupuestos de la culpa se acreditan sin objeciones, puede sancionarse al autor, aunque exista una

sospecha de solo que no alcance a probarse. En este contexto, el delito culposo o imprudente no es ni puede entenderse como un tipo residual (Maurach et al., 1995).

En tal sentido, corresponde en este apartado, introducir el contenido del delito imprudente. En palabras sencillas, Donna (2009) sostiene que la manifestación de voluntad en el delito imprudente, no está dirigida a la realización de un delito, dicho de otro modo, el justiciable busca un objetivo penalmente irrelevante pero infringe un deber objetivo de cuidado, lo que genera un incremento desaprobado del riesgo y con ello el resultado lesivo. Merkel (2004), lo explica detalladamente de esta manera:

La realización culposa de un delito, no es, ciertamente, una realización querida por él, pero sí una realización resultante de inadvertencia o de indiferencia en el cumplimiento de las obligaciones. El hecho aquí tiene sus raíces en una determinación de la voluntad que se caracteriza porque, si bien es cierto que con ella no se lesionan los intereses protegidos por el Derecho ni sus pretensiones, también lo es que no se han querido evitar, como se debía dicha lesión. Pero el derecho no se satisface, en general, con la condición negativa de que nosotros no queramos tal lesión, sino que pide también que dirijamos de un modo positivo nuestra voluntad para evitar aquella.

La lesión al deber objetivo de cuidado es una figura peculiar de los delitos imprudentes, que fue tratada por primera vez por Engisch en la década de 1930. Pues solo cuando se ha comprobado la inobservancia al cuidado objetivo, y por ello se da el desvalor del resultado, entonces se puede reprochar la lesión al justiciable (Barja, 2018). No obstante, Welzel sostiene que la previsibilidad individual es una característica para la reprochabilidad del resultado lesivo final, es decir, para que el resultado lesivo sea reprochable al justiciable, este debía poder prever el resultado según la medida de capacidad de su conocimiento (Rodríguez, 2021). Así pues, Jescheck (2003) afirma que:

Solamente cuando se ha contrastado el aspecto objetivo del hecho imprudente (tipo de injusto) pueden seguirse preguntando si el mandato general de cuidado y previsión también hubiese podido ser cumplido por el autor individual, según su inteligencia y formación, su habilidad y capacitación, su experiencia de la vida y su posición social (tipo de culpabilidad).

Empero, Jakobs (2006) afirma que la violación al deber objetivo de cuidado debe ser analizada desde el rol, y por ello, debe ser determinada en cada caso, por la ley, la ciencia o la técnica. Se podría decir que en el delito imprudente para determinar si existió una violación al deber objetivo de cuidado se debe analizar con mayor técnica la interpretación fáctica del hecho por parte del juez, enfocándose en el deber objetivo de cuidado que se demanda en la conducta y el que fue aplicado (Salazar, 2021).

Dicho esto, va a existir una imposibilidad de determinar una regla absoluta y universal con respecto a la violación al deber objetivo de cuidado, consecuentemente como se menciono anteriormente, debe ser definido en el caso concreto (Salazar, 2021). Así pues, Cerezo Mir (2004) sostiene que:

El cuidado objetivamente debido está determinado en ocasiones en disposiciones de carácter administrativo, como las mencionadas y otras referentes al desempeño de ciertas profesiones. El ejercicio de las actividades profesionales está sometido asimismo a ciertas reglas técnicas (*lex artis*), que fijan el cuidado objetivamente debido en el desempeño de la profesión. [...] En las actividades sociales en que no se han establecido o desarrollado normas de cuidado, o en las situaciones atípicas, es preciso determinar el cuidado objetivamente debido mediante el criterio de la conducta que observaría en esta situación concreta una persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social.

En opinión de Welzel (1993), “El juez ha de investigar entonces cuál es el cuidado requerido en el ámbito de relación para el autor en su situación concreta, y luego a través de una comparación entre esta conducta con la relación real del autor, determinar si era adecuada o no”.

En definitiva, en el delito imprudente, el justiciable no tiene en su mente el afectar a un bien jurídico protegido, su finalidad es irrelevante para el Derecho, sin embargo, afecta a un bien jurídico por un debido escogimiento de medios para dicho fin que producen un incremento de riesgo y este riesgo se ve reflejado en el resultado (Salazar, 2021).

Otra cuestión relevante de los delitos imprudentes, es la distinción entre delitos imprudentes conscientes e inconscientes. Jescheck-Weigend (2003) afirmaban que en la imprudencia inconsciente (*negligentia*), el autor no ha pensado en la realización del

injusto, si no que se configura debido a la desatención al cuidado debido; mientras que en la imprudencia consciente (luxuria), el autor a pesar de que se percata de la presencia del peligro que podría afectar al bien jurídico protegido, confía en que no se producirá el injusto, ya sea porque no valora la entidad del peligro o porque sobrevalora su capacidad individual.

En otros términos, Roxin (1997) plantea que “quien actúa con imprudencia inconsciente ‘no advierte la realización del tipo’, a consecuencia de su falta de observancia del cuidado debido, mientras que el sujeto que obra con imprudencia consciente ‘considera posible que realice el tipo legal’, pero no obstante ‘actúa con la confianza de que no lo realizará’”. Se debe señalar que al realizar dicha distinción surge un primordial problema, debido a que, en la imprudencia consciente se vuelve muy complejo trazar la frontera entre la imprudencia y el dolo eventual; y sucede lo mismo en la imprudencia inconsciente, pues es complicado establecer los límites que separan la imprudencia y el caso fortuito (Donna, 2009).

Ante este planteamiento, se debe tener en cuenta dos cuestiones importantes planteadas por Jescheck-Weigend (2003): el deber de cuidado interno y el deber de cuidado externo.

- 1) El deber de cuidado interno exige reconocer la existencia de un peligro y valorar aproximadamente su gravedad, ya que esto es fundamental para actuar con prudencia. Justamente por este deber de identificar el riesgo es posible sancionar la culpa inconsciente, la cual implica no prever imprudentemente un resultado peligroso. En este caso, la sanción se debe a la violación de la norma de cuidado que obliga a percibir y anticipar el riesgo.
- 2) El deber de cuidado externo este deber implica actuar externamente conforme a la norma de cuidado que ha sido previamente reconocida. Dado que supone su previa advertencia, sólo puede atribuirse subjetivamente en los casos de culpa consciente. Por ello, cuando se trata de conductas igualmente riesgosas, la culpa consciente se considera de mayor gravedad que la inconsciente. Esto da lugar a tres manifestaciones principales: Deber de omitir acciones peligrosas.
 - a. Deber de omitir acciones peligrosas. Haciendo referencia a aquellas acciones que debido a su alto riesgo, no van a poder ser realizadas sin cometer una lesión al deber objetivo de cuidado, y es por ello que deben

omitirse dichas acciones. Jescheck-Weigned (2003) también hace mención a la impericia profesional, no refiriéndose a la impericia del profesional, es decir, la impericia que la comete un profesional, sino que se refiere a la ejecución de una determinada conducta sin poseer los conocimientos o precauciones exigidos en el ámbito profesional al que dicha conducta corresponde, verbigracia, un médico general no puede realizar una cirugía cardiovascular, porque no está especializado en el procedimiento.

- b. Deber de preparación e información previa. Siguiendo la misma línea, debemos entender que para realizar ciertas conductas que pueden resultar peligrosas, se debe hacer un análisis previo, preparatorio e informativo. Basándose en el mismo ejemplo mencionado anteriormente, el médico deberá conocer el historial médico del paciente para evitar cualquier riesgo.
- c. Deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas. En la actualidad, existen muchas situaciones que a pesar de su elevado peligro, generan un gran beneficio para la sociedad, y es por ello casi imposible evitar realizarlas, por esta razón no se encajan dentro del apartado anterior (deber de omitir acciones peligrosas), sino que, se debe exigir realizarlas con la máxima atención y cuidado, y así evitar cualquier lesión.

En base a ello, Stratenwerth (2005) advierte que “aunque también en la acción imprudente revela un lado externo y uno interno, es recomendable no dividir las circunstancias del hecho en un tipo objetivo y subjetivo. La voluntad de realización del autor imprudente no se dirige al resultado típico, de modo que la relevancia penal de esa voluntad no resulta directamente de su contenido, sino recién a partir de una comparación con la conducta debida”.

En conclusión será el juez el encargado de analizar el caso concreto y determinar si el indebido escogimiento de medios, violentando un deber objetivo de cuidado, se ve reflejado en el resultado. A todo esto se le debe agregar que la doctrina considera los tipos imprudentes como tipos abiertos, y por ello, Welzel (1956) afirma que “en los delitos culposos la acción del tipo no está determinada”, y es por eso que, nace una clasificación

según la determinación de los actos típicos, que según Rodríguez (2021), se clasificaría en: tipos cerrados, tipos abiertos y tipos penales en blanco.

2.2. Determinación de actos típicos

Tomando como punto de partida el tipo penal, se aborda el planteamiento de Zaffaroni (1981), quien define el tipo penal como un “instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominante descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes”.

En otras palabras, el juicio de tipicidad permite verificar la adecuación de una conducta al supuesto normativo descrito en el tipo penal, constituyendo un presupuesto esencial en cualquier sistema jurídico, en tanto delimita cuáles comportamientos adquieren relevancia penal al ser calificados como delitos. Esta función de individualización normativa implica la descripción de conductas prohibidas u obligatorias. Sin embargo, dicha descripción legislativa rara vez resulta exhaustiva, dado que, al referirse a conductas humanas, existen múltiples variables que escapan al conocimiento completo de la ciencia. Por ello, el legislador puede recurrir, de forma excepcional, a mecanismos complementarios que permitan integrar o completar la formulación típica (Zaffaroni, 1981).

Del mismo modo, ha de tenerse en cuenta que se sostiene comúnmente que toda norma jurídica presenta una estructura compuesta por dos elementos fundamentales: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Considerando que el supuesto de hecho se configura como la conducta delictiva; y el deber de imponer la pena es por lo tanto su consecuencia jurídica (Zaffaroni, 1981).

A partir de aquello, surge la necesidad de la determinación de los actos típicos. Pese a que no es relevante para el presente estudio la clasificación completa mencionada en la conclusión del apartado anterior, es menester mencionar y puntualizar cada una de ellas para lograr abordar el tema con nitidez.

Primeramente están los tipos cerrados, que según Rodríguez (2021) son aquellos que se encuentran completos, en otras palabras, son aquellos en los que se encuentran dentro del propio tipo todos los elementos típicos, tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, requeridos para que se configure el tipo, sin necesidad de una

remisión. Como por ejemplo el artículo 144 del COIP (Código Orgánico Integral Penal, 2014), que manda: “La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años.”, en este ejemplo, el supuesto de hecho se identifica en la expresión “la persona que mate a otra”, mientras que la consecuencia jurídica se encuentra en la fórmula “será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años”. Esta formulación refleja de manera clara que nos encontramos frente a un tipo penal cerrado.

Igualmente, en los tipos abiertos, se encuentra dentro del mismo tipo todos sus elementos típicos, sin la necesidad de una remisión, no obstante, surge un problema en su vocabulario, pues no es del todo exacto, sino al contrario, suele ser vaga, general o indeterminada, lo que da paso a una interpretación extensiva, ya sea de lo que significa el verbo rector o del alcance lingüístico de los elementos objetivos. Un ejemplo lo encontramos en el artículo 140 del COIP (Código Orgánico Integral Penal, 2014), en su numeral 5: “La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de veintiséis a treinta años, si concurre alguna de las siguientes circunstancias: [...] 5. Utilizar medio o medios capaces de causar grandes estragos.”, en este tipo penal, tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica se encuentran expresados de forma explícita. No obstante, se advierte una problemática interpretativa en la utilización del término “grandes estragos”, ya que el mismo carece de una definición precisa en el texto legal. Esta indeterminación genera un margen de discrecionalidad en su aplicación, quedando su interpretación sujeta al criterio del juzgador en cada caso concreto (Rodríguez, 2021).

A pesar de que, anteriormente se mencionó la importancia y necesidad de una delimitación correcta del tipo, nos encontramos frente a un reto dogmático cuando hablamos de tipos penales en blanco. En síntesis, los tipos penales en blanco son aquellos que se remiten a otra norma de manera obligatoria, caso contrario, el tipo se encuentra incompleto. Jescheck (2003) manifiesta que:

La teoría de los tipos abiertos sostiene que en el Derecho penal, existen tipos de los que no pueden deducirse completamente, sino tan solo parte, los elementos del injusto del delito correspondiente. La integración de los que se encuentran ausentes debe ser llevada a cabo por medio de componentes positivos de la antijuricidad que se encuentran fuera del tipo. Los tipos abiertos son definidos como aquellas disposiciones penales en las que falta una imagen rectora de carácter objetivo para completar el tipo, de modo que en la práctica no puede tener

lugar de la mano del texto legal una diferenciación entre el comportamiento prohibido y permitido.

Es relevante señalar que Donna (2009), en su obra *Derecho Penal - Parte General*, clasifica a los tipos imprudentes dentro de la categoría de tipos abiertos, en atención a la falta de una descripción detallada del contenido de la conducta típica en estos casos. Sin embargo, al analizar con mayor profundidad la estructura de estos tipos, y conforme a la explicación doctrinal previamente desarrollada, resulta más adecuado ubicarlos dentro de la categoría de tipos penales en blanco. Esto se debe a que, en los tipos imprudentes, el contenido normativo de la conducta, esto es el deber de cuidado cuya infracción constituye el núcleo del injusto penal, no se encuentra definido expresamente en la norma penal, sino que debe ser completado a través de criterios extrapenales, como normas técnicas, reglamentos administrativos o estándares profesionales. En este sentido, la imputación del injusto imprudente exige recurrir a fuentes normativas externas para determinar cuál era el comportamiento debido en la situación concreta, lo que evidencia una estructura propia de los tipos penales en blanco, más que de los abiertos en sentido estricto.

En este sentido, Welzel (1956) menciona que “en los delitos culposos la acción del tipo no está determinada. Sus tipos son, por eso, ‘abiertos’ o ‘con necesidad de complementación’, ya que el juez tiene que completarlos para el caso concreto conforme a un criterio rector general”. Cabe añadir que Corcoy (1989), define a los tipos abiertos como aquellos que contienen un deber jurídico, y que no evidencia una descripción de la conducta prohibida; y por ello, aquel deber jurídico va a ser objeto de un juicio de valoración por parte del juez en el caso concreto.

Asimismo, Muñoz Conde (2019) señala que la construcción del tipo imprudente presenta una dificultad fundamental, consistente en la necesidad de identificar un punto de referencia que permita contrastar la conducta efectivamente realizada con la valoración que determina si es prudente o imprudente. Las reglas de cuidado, en este contexto, se entienden como generalizaciones normativas que deben aplicarse al caso concreto, resultando indispensables para que el juzgador complete el tipo penal y determine si ha existido o no una actuación imprudente.

La necesidad de una remisión en los delitos imprudentes, se da debido a que es imposible para el legislador describir dentro de la norma la variedad de manifestaciones que pueden resultar de una acción, mismas que constituyan una violación al deber objetivo de cuidado, y aquí va a ser el juez quien realice una valoración en el caso concreto para determinar si existió o no dicha infracción al deber objetivo de cuidado (Donna, 2009).

La distinción planteada en este apartado se pondrá en duda, por líneas inferiores porque incluso los tipos cerrados necesitan remisiones.

2.3. El problema de la remisión: concepto y clases

2.3.1. Concepto de remisión

La remisión es un elemento intrínseco a la definición de los estándares de conducta jurídico penales; a su vez, está unida a la institución del delito imprudente. Por lo tanto, la remisión no es un fenómeno puntual aplicable solo a las leyes penales en blanco, sino que se trata de un fenómeno global que influye sobre toda la definición del injusto penal (Pastor, 2019)

Además de ello, la remisión es un elemento esencial en la construcción de la norma jurídico penal. Esta esencialidad no nace de una necesidad práctica, sino que nace del vínculo del juez y el legislador con las valoraciones sociales actuales. Según Robles (2004) por una parte, el legislador debe plasmar en el ordenamiento jurídico las valoraciones sociales actuales sin contradecirlas; y, por otra, el juez al ser co-configurador del derecho penal debe respetar dichas valoraciones.

2.3.2 Clases de remisión

En el libro Riesgo permitido y principio de legalidad de la jurista Nuria Pastor (2019) se pueden diferenciar ciertas clases de remisiones, de las cuales si bien la jurista no determina expresamente que significa o a que se refiere cada una, es posible inferir del texto el contenido de cada una:

2.3.2.1. Remisión legal o jurisprudencial

Significa acudir a un cuerpo normativo con rango de ley o a criterios jurisprudenciales para complementar la ley penal. Es decir, la conducta prohibida no está descrita totalmente en la ley penal, sino que se debe remitir a otra ley o una interpretación judicial para completar su contenido. En el presente caso, el legislador lo que hace es adoptar como legislación propia el cuerpo normativo externo con rango de ley. Verbigracia, el COIP (Código Orgánico Integral Penal, 2014) en su artículo 17 determina que en materia de tránsito se tomarán en cuenta los preceptos administrativos contenidos en la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial; en definitiva, esta es una norma con rango ley a la que el COIP se remite para completar diferentes injustos penales.

2.3.2.2. Remisión dinámica

Se configura cuando la ley penal se remite a normas externas que pueden cambiar con el tiempo, y al hacerlo, el tipo penal se modifica automáticamente. Pastor afirma que son aquellas vinculadas al peligro de la pérdida del control del Derecho penal puesto que lo punible no depende solo de la ley penal sino de la evolución o de esa norma externa. Verbigracia, el COIP (Código Orgánico Integral Penal, 2014) en su artículo 227 determina que son sustancias catalogadas sujetas a fiscalización aquellas que consten en la normativa correspondiente; para ello se debe remitir a la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio Económico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de las Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización, sin embargo, si se modifica esa ley, ya sea añadiendo o quitando sustancias, el tipo penal absorbe esos cambios y se modifica automáticamente sin necesidad de reformarlo.

2.3.2.3. Remisión estática

Consiste en remitirse a otra norma, pero sólo al momento de su formulación o al momento de dictarse la ley. En este sentido, a pesar de que la norma externa se modifique después, el tipo penal queda anclado a la redacción que tenía cuando esa ley fue dictada. Está claro que esta clase de remisión puede ser inservible con el paso del tiempo; pues, aunque pueda parecer adecuada, con el paso del tiempo aquella norma a la que se remitió puede que contenga estándares de conducta superados por la sociedad actual. Verbigracia, el COIP (Código Orgánico Integral Penal, 2014) en su artículo

220 sanciona a la persona por el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización cuando cumple o incumple los requisitos previstos en la normativa vigente que regula tales sustancias.

2.3.2.4. Remisión expresa

Se hace referencia a que la ley penal indica de manera clara y precisa cual es la norma complementaria a la que se remite. Por lo tanto, el ciudadano conoce exactamente a qué disposición acudir para entender el mandato de prohibición. Verbigracia, el mismo ejemplo citado en la remisión legal.

2.3.2.5. Remisión tácita

Se origina cuando la norma penal no menciona expresamente la disposición extra penal a la que se debe remitir, pero la presupone para que el tipo tenga sentido. Verbigracia, el COIP (Código Orgánico Integral Penal, 2014) en su artículo 245 sanciona a la persona que invada las áreas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas; para entender que comprenden dichas áreas se debe remitir al Código Orgánico del Ambiente. A pesar de que la norma penal no ordena remitirse a tal código, se supone que se debe hacerlo para comprender el tipo penal.

2.3.2.6. Remisión a ciegas

Se configura cuando la ley penal acude a normas o cuerpos privados sin posibilidad de o voluntad de control del contenido de dichos cuerpos normativos. En otras palabras, la ley penal no se reserva una facultad de control sobre los contenidos de la autorregulación privada y se otorga a cuerpos normativos la construcción del contenido de norma penal, los cuales, a pesar de tener un fin legítimo, no están en armonía con el establecido en el Derecho penal. Verbigracia, en el delito imprudente, en los casos de los profesionales de la salud, se debe remitir a la *lex artis* para determinar su culpabilidad en el caso concreto. En dichos cuerpos normativos no se puede ejercer un control sobre su contenido.

2.4. Tensión entre el principio de reserva de ley, principio de legalidad y el fenómeno de la remisión a normas extra jurídicas

En el fenómeno de las leyes penales en blanco el juzgador acude a la remisión expresa a otras instancias para alcanzar su definición más completa. Esta técnica, a pesar de que sirve para mantener un equilibrio de la ley penal en el tiempo y de esta manera encajarla a los cambios de la sociedad, ha creado una controversia desde el contenido del principio de legalidad y la reserva de ley (Silva, 1993a). Schünemann (1987) expone un ejemplo claro: la remisión a las leyes de la técnica, en donde la ley o el intérprete de ésta se remiten a reglas técnicas definidas por sectores especializados. El jurista alemán rechaza de manera total esta clase de remisión, pues a su parecer se trata de un Derecho penal a la carte, lo que significa que el destinatario de la norma penal puede definir su contenido según su interés propio.

En base a lo anteriormente expuesto, se entendería que esta problemática surge a partir de la autorregulación, pues en palabras de Nuria Pastor (2019): “En medida en que el Derecho penal otorga relevancia a los cuerpos normativo fruto de la autorregulación, se produce un fenómeno de remisión”. La jurista afirma que el legislador al delegar al destinatario de la norma (en todo o parte) la definición del injusto penal, existe la amenaza de que las empresas o sectores que se autorregulan creen normas que les favorezcan. Este favorecimiento, va más allá de la mera imposibilidad de imputación de responsabilidad penal a una persona jurídica; lo preocupante sucede en dos momentos: el primero, cuando la ley penal no se reserva la facultad de ejercer un control sobre el contenido de esta autorregulación privada; y el segundo, cuando la ley penal encomienda a diferentes instituciones el control de los programas de cumplimiento en lugar de encomendar esta tarea a la jurisprudencia para que realice un examen jurídico penal efectivo.

En Ecuador, el plan de cumplimiento se refiere al conjunto de medidas adoptadas por las empresas para cumplir con las leyes y regulaciones aplicables, así como con los estándares éticos y normas internas de la organización. Aunque no existe una definición legal específica del programa de cumplimiento en Ecuador, su práctica se basa en principios similares a los de otros países, como la prevención de delitos y el fomento de una cultura de integridad y transparencia en las organizaciones. (Argudo et al., 2024)

En la misma línea, Pastor (2019) manifiesta que el examen de control de dichos programas queda en manos de Agencias que no tienen un criterio material claro de examen; de esta manera, por un lado, la concurrencia de responsabilidad penal de la persona jurídica se deja en manos de una instancia no judicial; y al mismo tiempo, no se tiene la certeza de que las mencionadas agencias analicen los elementos penales importantes de los programas de cumplimiento. De esta manera, en esta clase de remisión el juzgador se remite a instancias que generan sus propios cuerpos normativos guiándose por un fin diferente al de la norma penal, aquí se trataría de una remisión a ciegas.

Ahora bien, dentro del presente trabajo corresponde hablar sobre el delito imprudente. En este sentido, Pastor también se pronuncia y manifiesta que en el delito imprudente existe una remisión a un deber objetivo de cuidado que no está definido en la ley, sino fuera de esta. Dicha situación provocó que los delitos imprudentes sean considerados tipos abiertos, pues el hecho de no determinar un significado de falta de cuidado ocasiona que el juez acuda a una norma externa para determinar la existencia de un actuar imprudente o no (Robles, 2019). En ello, Welzel (1961) sostiene que, en esta clase de delitos, remitirse a un “cuidado necesario” significa integrar criterios de conducta externos a la ley penal que se derivan de las valoraciones sociales.

Lo cierto es que calificar a los delitos imprudentes como tipos abiertos, deja en tela de duda el contenido del principio de reserva de ley a quien la entienda desde una perspectiva absoluta; Feijoo (2001) sostiene que “la ley penal positiva ni define ni puede definir exhaustivamente el injusto imprudente en términos autónomos, sino que solamente puede hacerlo rigiéndose por estándares de conducta generados por instancias externas”, lo que ha generado, a la vez, una reformulación del principio de legalidad.

En este contexto, al referirse a una adecuación social de la conducta, o al partícipe cuidadoso de un sector de actividad, se trata de una remisión a un orden social, así lo expresa Nuria Pastor (2019). Sin embargo, lo que la jurista destaca dentro de este punto es que aún cuando en la fundamentación de la imputación de responsabilidad por imprudencia se aparte de un “cuidado objetivo”, los estándares de conducta siempre serán obligatorios. Este apartado lo ejemplifica con el caso de un médico cirujano, en donde se deberá analizar si sus capacidades especiales modifican el cuidado objetivo, pero en ese análisis obligatoriamente deben estar presentes estándares de conducta que determinen la manera en como se debe o se debió haber practicado la cirugía.

Ahora bien, Silva Sánchez (2018) manifiesta que es necesario reconocer que en toda ley penal hay que remitirse a estándares de conducta determinadas por fuentes externas a tal ley; la mencionada fuente externa no es más que la valoración social de la conducta. Enunciada esta postura, es claro que no se debe mirar al legislador como un ente aislado para crear una definición íntegra del injusto; sino al contrario, se debe mirar al legislador como una instancia vinculada estrechamente a las valoraciones sociales vigentes en la sociedad. Para Robles (2012), esto significa que se deja de lado la visión meramente formal del delito, en donde lo único que interesa es la legitimidad formal de la ley y se adopta una concepción material del delito, en donde el juez es un co-configurador de la norma penal. La ley penal al no poder determinar el injusto de manera completa, es el juez quien debe completarlo integrando supuestos de las valoraciones sociales. Así pues, se entendería que las valoraciones sociales rigen tanto para el legislador como para el juez (Pastor, 2019).

En base al postulado anterior, es que se debe entender al principio de legalidad en términos sencillos, pues su capacidad para que sea una fuente de seguridad jurídica es limitada (Paredes, 1995). Así, Alcácer (2010) afirma que “el mero texto de la ley y la previsibilidad semántica que de este deriva no genera la garantía de tipicidad vinculada al principio de determinación”. Para que se cumpla el mandato de determinación deben estar presentes tres elementos: la ley positiva, los principios y los criterios interpretativos; recordando que estos últimos son aportados por la dogmática (Alcácer, 2010). De esta manera, cambia por completo la visión de *lex stricta* y *lex scripta*, pues ni los principios ni los criterios interpretativos están determinados por escrito en la ley (Lascurain, 2009)

En este sentido, la ley positiva en sí misma no brinda seguridad jurídica vinculada al principio de legalidad, sino necesita estar complementada por la dogmática. En otras palabras, la ley positiva en su grado de seguridad es baja, pues ofrece al destinatario una orientación ambigua o imprecisa, la cual se puede resolver solo con aportaciones dogmáticas (Kaminski, 1992). En ello se aclara que este problema surge desde la concepción clásica del principio de legalidad, en donde el juez era un ente autómatas que solo esperaba la definición completa del Derecho para aplicarlo; ahora, este patrón de que ley es igual a derecho, y juez es igual a la boca que pronuncia las palabras de la ley, ha sido abatido, pues como ya se mencionó en líneas anteriores el juez es considerado un co-configurador de la norma.

Por lo tanto, la ley positiva solo solo sirve para definir el marco jurídico-positivo del injusto (Kubiciel, 2013); siendo este último una aportación pura de la dogmática según Silva Sánchez (2010), y obligatoriamente habrá que aceptar el alto grado de indeterminación de la ley escrita (Doval, 1999). En este sentido, se debe que prestar atención a lo manifestado por Gimbernat (1976), quien refiere que mientras más débil sea el desarrollo de la dogmática, mayor será la incertidumbre en las decisiones judiciales, pues la condena o la absolución se ven atadas al azar o a factores imposibles de controlar. Cuando no se delimitan con precisión los alcances de un tipo penal ni se establece dogmáticamente su marco de aplicación, la determinación de la sanción o la impunidad deja de ser un proceso riguroso, convirtiéndose prácticamente en una cuestión de suerte. En la misma línea, Kubiciel (Kubiciel, 2013) afirma que “con la sola ley, sin dogmática, no es posible construir ni la norma penal ni los criterios de imputación de la responsabilidad por la infracción de dicha norma”.

De modo que, en el caso de las leyes penales en blanco la ley positiva debe verse complementada por el fenómeno de la remisión, ya sea a normas penales o extra penales. Sin embargo, todo tipo penal (incluidas las leyes penales en blanco), debe ser complementado con los estándares sociales de conducta que rigen a una sociedad (Silva, 1993b).

Ahora bien, el delito imprudente al ser considerado un tipo penal abierto significa que obligatoriamente necesita remitirse a otras normas para entender correctamente “el deber objetivo de cuidado”; hasta aquí no habría dificultad alguna en afirmar que el principio de legalidad en su variante concreta de *lex certa*, esto es del mandato de determinación, no está siendo violentado. Sin embargo, habría que distinguir que aun cuando no se afirme la vulneración del principio de legalidad, de ello no se infiere que no se vulnere el principio de reserva de ley, máxime en el problema de la remisión, en específico: ¿Qué pasa cuando dicha remisión es hacia cuerpos normativos privados? Como ya se mencionó en las primeras líneas, Schünemann (1987) advierte que este tipo de remisión se trata de un Derecho penal a la carte, lo que significa que el destinatario de la norma penal define el contenido de la misma según su interés propio.

El principio de reserva de ley claramente está siendo vulnerado pues la remisión que se hace es a una norma la cual no es dictada por el legislador, por lo que ya no sería exclusivamente la “ley” la que define el contenido del delito, sino que se deja espacio a

otras normas de rango inferior, y además de aquello, ese cuerpo normativo al cual se remite está hecho bajo intereses particulares, lo que implicaría un peligro de “perversión de la ley penal” según Nuria Pastor (2019). De hecho, en el capítulo 1, precisamente en el apartado 1.3 en lo que respecta el contenido de la reserva de ley, Perez Barberá (2015) ya se ha pronunciado al respecto y ha manifestado que la reserva de ley general supone que ciertos asuntos, debido a su relevancia en derechos fundamentales, la organización del estado o libertades públicas, sólo pueden ser regulados por normas con rango de ley, quedando excluida su regulación a través de reglamentos o decretos. Además, exige una autorización legal, previa, formal y expresa para toda injerencia estatal que restrinja o afecte derechos fundamentales.

Esta autorización previa, al tener la obligación de ser dada por una ley en sentido formal, vuelve a la reserva de ley más robusta, tratándose de una “reserva de parlamento” (Perez, 2015), que en el caso ecuatoriano se traduce a “reserva de asamblea”. Se plantea entonces el problema en la remisión a cuerpos normativos privados; esta “reserva de asamblea” o reserva de ley está siendo violentada en sus artículos 120, 132 y 133 de la CRE; este particular nace en primer lugar porque la Asamblea Nacional debe ser el único orgánico legislativo con la competencia para expedir, codificar, reformar, derogar o interpretar leyes con carácter generalmente obligatorias; sin embargo en este caso en concreto, los particulares son los que definen el contenido del delito, pero más allá de lo enunciado, la reserva de ley se ve violentada en el sentido de que estos particulares, no cuentan con una mayoría absoluta para su aprobación, siendo obvio que estas regulaciones no constituyen ley orgánica.

A pesar de lo ya manifestado, pareciera que la propia Constitución es la que no refiere de manera clara cual es ente o el órgano competente para tipificar delitos. En ello, analizamos cuidadosamente el artículo 76 numeral 3 de la CRE (Constitución de la República del Ecuador, 2008):

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; [...]

Este ordenamiento jurídico, debería especificar que la tipificación de la infracción ya sea penal, administrativa o de otra naturaleza debe ser realizada por el organismo competente, es decir, la Asamblea Nacional, guardando armonía con los artículos ya enunciados anteriormente. En ello, surge la interrogante entonces, ¿Es este problema una cuestión de una anomia?.

En fin, es menester afirmar que, consecuencia del fenómeno de la remisión es la privatización de la competencia legislativa al destinatario de la norma. En ello, Schünemann (1987) indica que el hecho de remitirse a cuerpos normativos privados no es admisible puesto que es un desplazamiento de la competencia legislativa a grupos privados que se rigen bajo sus propios intereses, lo que pone en tela de duda el alcance del contenido del principio de reserva de ley.

2.5. Riesgo permitido y los estándares sociales de conducta

Dado que, en el proceso de la construcción de la norma penal, se exige una remisión a estándares de conducta, es necesario explicar cuales son esos estándares de conducta y cómo estos están definidos. Para ello, es menester afirmar en primer lugar que, el riesgo permitido y los estándares sociales de conducta son conceptos que se encuentran interconectados dentro de la construcción del injusto penal.

Se debe entender a la institución del riesgo permitido como un criterio que determina que ciertas conductas, por el hecho de pertenecer al ámbito de las conductas arriesgadas permitidas, quedan fuera del tipo, “siendo la no pertenencia al riesgo permitido condición necesaria pero no suficiente de la desaprobación jurídico- penal” (Pastor, 2019). Además, el riesgo permitido es “el primer filtro en el análisis de de desaprobación juridico-penal de la conducta”, filtro cuyo contenido lo definen estándares abstractos, descontextualizados” (Pastor, 2019). En palabras de Pastor (2019), el riesgo permitido es un canal a través del cual las valoraciones sociales se introducen en el juicio de desaprobación penal y ello arrastra consigo una limitación material a la decisión específica jurídico penal sobre la desaprobación de la conducta. Así pues, si se constata su concurrencia, la conducta queda expulsada del Derecho Penal.

El riesgo permitido es una categoría del delito en donde existe una relación entre la valoración jurídico penal y la valoración extrapenal (Pastor, 2019). Aquí, la autora manifiesta que, el decidir la permisibilidad de una conducta bajo ciertas condiciones se nutre de fuentes externas a la ley penal, más concretamente, de las valoraciones sociales. Estas últimas se caracterizan por ser juicios abstractos que determinan la corrección de las acciones en la vida social. Además, las valoraciones sociales y los estándares de conducta que de ellas emanan son valoraciones descontextualizadas o abstractas. Asimismo afirma que, los estándares de conducta socialmente vigentes hacen referencia a estándares generales, abstractos, los cuales pueden ser comunes a toda la sociedad o, ser especiales en un determinado sector o actividad.

Ahora bien, cuando se aplica este concepto a sectores específicos, la definición de los estándares debe recurrir a normas de conducta que concretan la expectativa social. Tomando el ejemplo de la medicina, se invoca a la *lex artis* para definir estos estándares de conducta que deben observarse, pero también se toman en cuenta los protocolos de actuación médica que indican el modo correcto de llevar a cabo ciertas operaciones o procedimientos en abstracto, por ejemplo, una operación cardíaca.

La doctrina ha utilizado históricamente diferentes términos para definir la medida de esta conducta permitida o del riesgo permitido, así lo explica Nuria Pastor (2019): Están en principio las denominadas “las reglas de la vida y las reglas del tráfico” por Von Kries y Von Hippel correspondientemente; además la expresión “medida del cuidado adecuado” por Miricka; y por último, la expresión de los autores Mezger y Graf zu Dohna, “la autorización reconocida fácilmente por la ley para realizar acciones valiosas a pesar de sus peligros inocuos”. La particularidad común a todas ellas es que delimitan que conductas peligrosas deben ser excluidas del juicio de desaprobación penal, ya que en ojos de la sociedad es lo correcto, y a su vez, son penalmente irrelevantes por considerarse dentro del riesgo normal.

Ahora bien, es menester entonces diferenciar el riesgo ordinario u obicuo (normal), del riesgo especial (anormal). Los riesgos normales u obicuos corresponden a aquellas actividades que, a pesar de su peligrosidad son actividades necesarias para la vida, y por lo tanto, deben considerarse permitidas. Y, en cuanto a los riesgos anormales, son aquellos que han superado el umbral del riesgo permitido y por ende es susceptible de la desaprobación jurídico penal.

En fin, es claro que Derecho penal debe solo censurar aquellas conductas que introducen un peligro socialmente desaprobado y evitable, mas no aquellas acciones cotidianas que, a pesar de su inherente riesgo, son necesarias para la vida en sociedad.

2.6. Grupos de casos

Festschrift für Lackner, Schünemann (1987) sostiene que es inadmisibles las remisiones a cuerpos normativos privados dentro del campo penal, fundamentalmente por dos cuestiones, por un lado, la privatización de la ley; y por otro lado el incumplimiento del mandato de publicación de las leyes.

Es necesario determinar que Schünemann (1987) entiende la privatización de la actividad legislativa como aquel desplazamiento de la competencia legislativa a grupos privados, puesto que, los grupos privados al momento de generar sus cuerpos normativos son motivados por sus intereses propios, es decir, se deja en manos del titular de la fuente del peligro la decisión sobre la medida permitida de los riesgos que el mismo genera, o como la misma Nuria Pastor (2019) lo manifiesta “encomendar las ovejas al lobo”. De esta manera, dicho desplazamiento contradice la idea básica de que el Derecho o bien es generado por el Estado o bien mediante la aceptación de todos los afectados, puesto que, va a ser aceptado únicamente por aquellos potenciales autores quienes no cargan con el peso del legislador de plasmar en sus regulaciones las valoraciones sociales vigentes.

Siguiendo la misma línea, Pastor (2019) sostiene que el verdadero problema de las remisiones es de carácter material, debido a que, se pierde el control de los contenidos de la norma penal, y por ende se genera una pérdida de autonomía del juicio jurídico-penal sobre la conducta. Es decir, el contenido de la norma deja de reflejar los estándares sociales de conducta, y únicamente refleja los intereses de dichos sectores, y esto se ve principalmente en las remisiones a “ciegas”, donde no existe la posibilidad de controlar los contenidos de dichos cuerpos normativos. A pesar de que resulte difícil de imaginar, esta situación puede agravarse aún más cuando las reglas técnicas generadas por un sector ni siquiera tengan una pretensión normativa, en otras palabras, no buscan ni siquiera determinar cuales son los estándares de conducta “correctos”.

Por otra parte, la pérdida de la autonomía del juicio jurídico-penal podría neutralizarse en parte mediante una remisión estática a un cuerpo normativo previamente examinado, en el cual se puede ver reflejado los estándares sociales de conducta, no

obstante, este tipo de remisiones no da buenos resultados a lo largo del tiempo, pues si bien, se puede considerar correcta la formulación al momento de la realización del cuerpo normativo, pero si se examina dicha remisión con el paso del tiempo puede que el cuerpo normativo ya no refleje los estándares de conducta adecuados (Pastor, 2019).

A su vez, a pesar de que se pueda considerar las remisiones dinámicas como una respuesta a este problema, no lo son. Esto es debido a que, el poder de definición se desplaza a instancias privadas sin condicionar la relevancia de la regulación privada a que esta última plasme correctamente los estándares sociales de conducta, en otras palabras, la remisión impide la construcción de la norma jurídico-penal de manera autónoma (Pastor, 2019).

A todo esto, Schünemann (1987) lo vincula con el incumplimiento del mandato de publicación expresando que los cuerpos normativos privados incumplen directamente dicho mandato. Sin embargo, Pastor (2019) sostiene que el mandato de publicación se limita a la ley penal y no se extiende a la norma penal, y por ende las remisiones no estarían incumpliendo el mandato de publicación, a menos que se realice una remisión total donde la ley penal carezca de un mínimo de contenido.

Para complementar el análisis anterior, se ha optado por incluir tres ejemplos representativos.

En primer lugar, se aborda el caso de la *lex artis*, entendida como un estándar, es decir, “un tipo de norma que no indica qué se debe hacer, sino que prescribe cómo debería actuar el profesional: un ejercicio diligente, prudente y razonable que ha de definirse en cada caso y cada paciente” (Seoane, 2021). Es menester mencionar que, al hablar de *lex artis*, no se refiere a una norma escrita, sino que, es un criterio de valoración utilizado por los tribunales para determinar si el actuar del profesional fue correcto o no. En otras palabras, cuando el profesional ha incurrido en el incumplimiento de una norma tipificada en el COIP, corresponde al juez remitirse a la *lex artis* para evaluar si la acción u omisión del profesional se ajustó a los estándares adecuados en el caso concreto, dado que la norma, por sí sola, no proporciona criterios suficientes para la valoración judicial. En el caso ecuatoriano, se puede identificar varios tipos de *lex artis*, aplicables a campos determinados, que van a ser necesarios frente a artículos como el 146 del COIP, que manda:

Art. 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional.- La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

En el supuesto de un médico que administra una dosis incorrecta de anestesia, provocando la muerte de un paciente, corresponde al juez remitirse al manual de *lex artis*. Dicho manual permite identificar la conducta profesional adecuada en ese contexto, comparándola con la actuación del médico implicado, lo que proporciona los elementos necesarios para que el juez adopte una decisión fundamentada. De este modo, en el ejemplo presentado se configura una remisión de carácter propio; no obstante, cuando la *lex artis* contiene una disposición emitida por un colegio de profesionales, como es el caso del colegio de médicos, esta pasa a constituir una remisión de naturaleza privada.

El segundo caso se presenta en el ámbito de los delitos ambientales. Al abordar esta materia, es necesario considerar que la ley no delimita de manera precisa los criterios sobre contaminación, es decir, no establece con exactitud el momento en que se configura una situación contaminante ni cuándo el uso de ciertos químicos resulta perjudicial. En consecuencia, corresponde al juez remitirse a organismos o cuerpos especializados externos con el fin de obtener una comprensión integral del tipo penal aplicable. Verbigracia, en el COIP en su artículo 253 que manda:

Art. 253.- Contaminación del aire.- La persona que, contraviniendo la normativa vigente o por no adoptar las medidas exigidas en las normas, contamine el aire, la atmósfera o demás componentes del espacio aéreo en niveles tales que resulten daños graves a los recursos naturales, biodiversidad y salud humana, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

En este caso, el tipo penal no precisa el concepto de “daños graves”, ya que acciones cotidianas como fumar o conducir implican cierto grado de contaminación del aire. No obstante, surge la interrogante acerca de cuándo dicha contaminación alcanza el umbral de gravedad. Dado que la norma, por sí sola, no proporciona los criterios necesarios para responder a esta cuestión, resulta imprescindible que el juez recurra a una remisión a cuerpos o expertos especializados.

Como último ejemplo que se ha decidido proporcionar es con respecto a la corrupción privada incorporada recientemente por asamblea, donde determina que

Art. 320.1.- Actos de corrupción en el sector privado.- El director, gerente general, administrador, ejecutivo principal, accionistas, socios, representantes legales, apoderados, asesores, auditores, abogados patrocinadores o cualquier empleado que ejerza cargos de dirección en una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidas las entidades irregulares, que intencionalmente acepte, reciba o solicite donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material, omita o cometa un acto que permita favorecerse a sí mismo o a un tercero, en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años, y multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Del análisis efectuado se desprende que el legislador no ha definido con precisión los conceptos de “beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos”, lo cual implica una remisión a los mecanismos de compliance implementados por las entidades privadas para prevenir prácticas corruptas. En consecuencia, el juez debe valorar el caso concreto atendiendo a la finalidad de la norma, determinando si la conducta observada constituye un acto de corrupción privada o una acción sin incidencia en la imparcialidad profesional.

2.7. Balance de las remisiones

En su origen, el principio *nullum crimen, nula poena, sine lege*, se concebía como una regla cerrada o como un mandato que imponía límites estrictos a la potestad punitiva del legislador y del juez. Su función esencial era asegurar la previsibilidad del castigo y proteger a libertad individual, exigiendo que toda conducta punible estuviera descrita previamente, con precisión y por ley escrita (*lex praevia, certa, scripta y stricta*). Sin embargo, Silva Sánchez (2025) señala que, en la actualidad, el principio de legalidad ha sufrido una transformación, pues deja de ser una “garantía pétrea” es decir, deja de ser una regla rígida o absoluta, y pasa a ser vista como un principio flexible susceptible de

ponderación frente a otros valores constitucionales a partir de la evolución del Derecho penal internacional como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

En el artículo 7 del CEDH se reformula la idea del principio de legalidad al señalar:

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.
2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas. (Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950).

Es claro que ya no basta con que exista una ley previa y escrita, sino que se atiende también a la razonabilidad y justicia del contenido de la norma bajo los valores universales de la humanidad. Un claro ejemplo, son los juicios de Núremberg; el enjuiciamiento de los líderes nazis viola el principio de *lex praevia* puesto que los procesados fueron juzgados por crímenes que al momento de cometerse no estaban tipificados expresamente. Sin embargo, el tribunal de Nuremberg afirmó que tales conductas son contrarias a los principios generales del derecho, y en consecuencia los juicios fueron legítimos.

A partir de este enunciado, Silva Sánchez (2025) observa que la garantía de la legalidad, *lex certa* o mandato de determinación, deja de operar como regla absoluta y pasa a ser un principio aplicable en casos límites para evitar la impunidad en crímenes bárbaros. Es menester dejar en claro que, el principio de legalidad no pierde su función garantista, simplemente se flexibiliza para ser compatible con las exigencias de un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos universales.

Ahora bien, en cuanto al fenómeno de la remisión, en base a lo anteriormente expuesto y como ya se ha mencionado en el apartado 2.4 del presente trabajo, no hay dificultad en afirmar que el principio de legalidad en su variante concreta de *lex certa*, esto es del mandato de determinación, no está siendo violentado puesto que este se

concibe como un principio flexible que puede ceder en caso de colisión y no como una regla o un mandato cerrado.

Sin embargo, Luhmann (2003) añade que, mientras más avanza una sociedad, más compleja se vuelve, y a su vez, sus estructuras, lo que implica la creación de más ramas del conocimiento y por tanto múltiples especializaciones. En el Derecho penal, esta problemática acarrea la necesidad de recurrir a órganos técnicos o expertos, como los peritos, con el fin de que el juez pueda valorar la prueba que no es de su conocimiento común.

Nuria Pastor (2019) aclara este panorama y sostiene que se trata de una dependencia del Derecho penal a conocimientos expertos en varios ámbitos o situaciones de la vida, como por ejemplo la medicina, ingeniería, medio ambiente. Asimismo, afirma que la determinación de la tipicidad y del riesgo permitió no está en manos solo de la ley sino también en manos de estos criterios técnicos definidos por dichos expertos denominados peritos. Es aquí, donde la problemática se vuelve aún más grande, pues aunque no se vulnere el principio de legalidad, la decisión judicial puede verse condicionada por el saber técnico del perito, lo que podría generar un tipo de “delegación” de la jurisdicción.

Pues bien, aunque la remisión al saber técnico sea necesaria e innegable, puede derivar en una “remisión a ciegas” en el caso de que el juez acate el criterio del perito sin control alguno. En tal caso, la garantía de la jurisdicción, es decir, esa garantía de que solo el juez es quien tiene la facultad para juzgar, se vería debilitada, pues la decisión que él tome recaería sobre ese perito quien en realidad no posee una autoridad jurisdiccional sino solo cumple con el rol de coadyuvar en el proceso.

Por tanto, en sociedades complejas, la confiabilidad e imparcialidad del perito deben ser exigencias más rigurosas. Si el proceso depende de una prueba pericial, pues el control judicial sobre dicha prueba debe ser estricto e inflexible para garantizar un juicio justo. En otras palabras, en los casos de remisiones a ciegas, el juez debe ser más cuidadoso y activar el control de legalidad de manera más estricta. Por tanto, el juez, además de verificar la competencia del perito, debe asegurar de que sea independiente, objetivo e imparcial.

Más allá de aquello, es menester referirse al principio de reserva de ley. Este principio es uno de los pilares fundamentales en un Estado de derechos, pues recoge una concepción democrática de mayoría formalizada. Esto, como ya se ha mencionado en el capítulo primero, se refiere a que la facultad de crear, modificar, y derogar leyes le corresponde solo a la Asamblea Nacional, y que además, en el caso de leyes orgánicas se necesita de una mayoría absoluta de tal órgano. En tal sentido, ¿que sucede en el caso de la remisión, cuando el legislador deja en manos de órganos administrativos o técnicos la determinación de aspectos sustanciales del tipo penal? Sin duda alguna, constituye una violación al principio de reserva de ley como ya se advirtió en apartado 2.6. del presente trabajo.

En adición, según el criterio de Silva Sánchez (2025), se produce una desestatalización, descentralización y desformalización de los entes creadores del derecho. Esto se traduce en una “transferencia” del poder de legislar de la Asamblea a instancias no elegidas democráticamente. En palabras de Nuria Pastor (2019), “es como preguntarle al destinatario de la norma si quiere ser castigado o no”. Asimismo, Schünemann (1987), manifiesta que en este caso, los destinatarios de la norma se vuelven intérpretes de ella, y por lo tanto decisores de castigo. En este contexto, una remisión que permita que una norma administrativa o técnica defina el contenido del tipo penal, equivale a sustraer de la Asamblea su potestad exclusiva de legislar en materia penal, pues para asegurar que las leyes reflejen la democracia se necesita de una mayoría absoluta, misma que no es configurada por tales entes externos creadores de reglamentos, normas técnicas o protocolos.

CAPÍTULO 3. PROPUESTAS DE SOLUCIONES

Se ha abordado el principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal, junto con sus cuatro subprincipios: *lex praevia*, *lex certa*, *lex scripta* y *lex stricta*. A partir de dicho análisis, se ha advertido la existencia de una tensión particular en el subprincipio de *lex certa*, también denominado mandato de determinación, en la medida en que este exige precisión y claridad en la descripción de las conductas típicas y de las sanciones correspondientes.

No obstante, dicha tensión ha sido, en cierta medida, subsanada por la doctrina y la jurisprudencia, en busca de garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad de la norma penal. Pese a lo anterior, el principio de reserva de ley, íntimamente vinculado al principio de legalidad, ha revelado una nueva fuente de conflicto dentro del Derecho Penal, en especial en lo que respecta al fenómeno de la remisión normativa.

Dicha remisión, que constituye una técnica legislativa mediante la cual una norma penal se apoya en disposiciones externas para completar su contenido, plantea diversos problemas interpretativos y de validez constitucional. En efecto, la remisión puede presentarse de distintas formas, según se trate de una remisión expresa, tácita, estática o dinámica, lo cual determina el grado de compatibilidad de cada una de ellas con los límites impuestos por el principio de legalidad penal.

Generada esta problemática, consistente en la tensión existente entre el principio de legalidad, particularmente en su manifestación del mandato de determinación, y el principio de reserva de ley, se han identificado diversas propuestas de solución que, en el marco del presente trabajo, se han considerado pertinentes y razonablemente aplicables al ordenamiento jurídico penal.

La presente propuesta plantea una serie de soluciones que se abordan desde diferentes perspectivas:

1. Desde la perspectiva del fenómeno de la remisión
2. La inevitable remisión a los conocimientos especializados, y el creciente papel e importancia del perito, debido a la complejidad de la sociedad.
3. La distinción entre el mandato de determinación y el principio de reserva de ley.

En primer lugar, debe aceptarse que dicho fenómeno de la remisión es inevitable puesto que el contenido jurídico penal de cada norma no puede ser interpretado por el juez de manera autónoma; como Pastor (2019) menciona, el juez siempre tendrá la necesidad de remitirse a otros cuerpos normativos, dogmática, jurisprudencia, para comprender el alcance íntegro de la norma y de esta manera poder obtener un criterio frente al caso en concreto. Dicho esto, resulta necesario concebir al principio de legalidad, en lo que respecta a sus variantes de *lex praevia*, *certa*, *scrita* y *scripta* como normas tipo principio y no como normas tipo regla, como solían ser concebidos en sus orígenes, máxime haciendo referencia al mandato de determinación. Esto implica, tomando la definición de Alexy (2017) que, los principios serían mandatos de optimización y por lo tanto podrían adaptarse en la medida de lo posible, esto es importante concebir dada a la rigidez absoluta de estas garantías, resultaría insuficiente frente a una sociedad en constante transformación que impone al derecho la exigencia de adaptarse a contextos cambiantes. Sin embargo, esta flexibilización razonada del principio de legalidad no debe ser entendida como una amenaza a las garantías penales, sino más bien como una garantía más fuerte y efectiva en el presente; pues a nuestro criterio, el derecho, para proteger, debe adaptarse.

Ahora bien, la problemática resulta más grande de lo que parece, pues ya se ha dejado sentado que el fenómeno de la remisión a su vez, al acudir a normas extra penales; y las normas extra penales para llegar a su máxima concreción requieren de un conocimiento especializado, eso daría lugar a que solo quien domine el ámbito de conocimiento específico a discutir, sea quien de cuenta de si en el caso concreto existe o no una contravención a la prohibición penal. Este conocimiento especializado en los procesos judiciales se traduce en la presencia de los denominados peritos o simplemente de la prueba pericial, que por definición incorporan en el conocimiento del juez saberes especializados que este último jamás podría obtenerlos por si solo. Sin embargo, esto significa en la práctica y en el porvenir de los procesos judiciales que dado el constante y continuo avance de los conocimientos especializados y la complejidad de la sociedad, la praxis judicial se verá cada vez más supeditada a una prueba pericial. Entonces, a lo largo de este trabajo se ha cuestionado ¿cómo garantizar que la remisión a normas extra penales o a saberes técnicos no destruya el control judicial ni la garantía democrática? Pues bien, para ello se debe diferenciar lo uno de lo otro.

En principio, como advierte Luhmann (2003), el conocimiento técnico y científico se fragmenta y se especializa, alejándose del saber común del juez; ello obliga a reconocer que el juzgador necesita de peritos para valorar correctamente los hechos, en especial cuando se trata de pruebas de las cuales depende la ratificación o la inervación del estado de inocencia de una persona. Sin embargo, el hecho de aceptar esta necesidad no significa que el juez deba renunciar a su función de garante del proceso y de su legalidad. Por lo tanto, la solución, no es la mera flexibilización de la ley, sino se trata de intensificar el control judicial sobre aquel conocimiento técnico al que se remite. En otras palabras, si bien el juez no puede prescindir del saber técnico, tampoco puede delegar ciegamente su función jurisdiccional. Siguiendo a Frisch (2004), el juez debe preguntarse si la información que le proporciona el perito es una opinión compartida por la comunidad científica o profesional del sector, o si, por el contrario, se trata de una opinión individual y aislada. Entonces, de manera obligatoria, el juzgador debe preguntarse la teología que obedece esta normativa a la cual se remite, es decir, debe preguntarse cuál es su fin. Para absolver o castigar, se debe examinar si la *lex artis* es un estándar normativo o es una regla práctica que ha generado determinado sector para limitar su responsabilidad.

Este filtro judicial es el que legitima la remisión y solo a través de este control judicial razonado, el poder judicial puede reafirmar su papel como garante del derecho y no solo como un receptor pasivo del saber experto. En este sentido, el control judicial se plantea como un mecanismo de equilibrio, en principio porque evita la arbitrariedad técnica, y después porque mantiene su potestad jurisdiccional. Mientras más a ciegas sea la remisión, el juez debe ser más cuidadoso, y aún mas rigurosa la garantía de que el perito solo obedezca a la imparcialidad. De esta manera, la intervención del perito no sustituye la labor del juez, sino solo enriquece y fortalece el conocimiento del juez para que este resuelva en base a su racionalidad crítica. En fin, se insiste que, mientras más a ciegas sea la remisión, el juez debe aplicar un mayor control de legalidad sobre esa prueba, pues el juicio depende aquella y lo que se busca es un juicio justo para cada caso.

Es posible subsanar el fenómeno de la remisión comprendiendo al mandato de determinación como una norma tipo principio, justamente por el hecho de ser una norma tipo principio, existe una flexibilización que no tiene una norma tipo regla, afirmando que no viola el principio de legalidad en su versión concreta. Sin embargo, el mandato de

determinación, dada la comprensión de este último como una norma tipo principio y por lo tanto como un mandato de optimización, se debe afirmar en cambio, que si existe una tensión con el principio de reserva de ley.

En ello, claro está que las remisiones a normas extra penales tensionan dicha garantía, pues dichas normas no emanan de órganos legislativos investidos de representación democrática plena, específicamente por el simple hecho de que no cumplen con una mayoría absoluta para modificar, crear o derogar normas, a diferencia de la Asamblea Nacional, quien es la única autoridad facultada para tales actos. No obstante, esta tensión se reduce cuando las tales normas provienen de grupos o entidades que actúan como representantes de un sector determinado, profesional o técnico. Dicho de otro modo, diferente es el panorama cuando esta normativa es creada por un grupo de personas, que ocuparían el papel de “representantes” del sector determinado, quienes pueden manifestar y determinar aquellas conductas socialmente correctas dentro de dicho sector. Claro es el ejemplo que se ha postulado en el apartado anterior, en donde se diferencia la remisión propia de la privada. Es ahí donde el juzgador debe tomar atención a cada remisión y en cada caso en concreto.

La diferencia entre una remisión legítima y una ilegítima radica precisamente en este grado de representatividad y control judicial que se ha mencionado. Es por ello, que el juez tiene la labor de examinar en cada caso tanto la procedencia, con la finalidad de examinar cada norma a la que se remite, asegurando que el principio de reserva de ley ni el de legalidad se vean afectados por el fenómeno de la remisión.

CONCLUSIONES

1.- Todos los tipos penales son en cierta forma tipos abiertos, los cuales su contenido requiere ser complementado por normas extra penales.

Esto no significa que se viole el principio de legalidad, específicamente en su variante de *lex certa*, pues si bien es verdad que todos los injustos penales deben ser determinados de manera clara y precisa, cabe destacar que al momento de definirlos se utilizan elementos descriptivos (los cuales son más determinados) y elementos normativos (sujetos a una valoración tanto jurídica como social), por lo tanto, remitirse a normas extra penales resulta inevitable.

2.- Se ha dicho que, los delitos imprudentes sancionan una conducta por el hecho de haber inobservado un deber objetivo de cuidado que no está determinado en la norma penal.

En ello, el juez se ve en la obligación de acudir a normas externas, específicamente a estándares sociales de conducta, los cuales, si bien no definen el injusto, si determinan el modo de realizar un acto. Estos estándares abstractos deben relacionarse con la institución del riesgo permitido, el cual determina la permisión de actividades peligrosas y, por tanto, la expulsión de la conducta del Derecho Penal.

3.- El principio de legalidad, determinadamente en su variante de *lex certa*, es un principio y no una regla ni un mandato cerrado.

Como ya se ha expuesto, la variante *lex certa* o mandato de determinación, exige que la ley penal sea clara y taxativa; sin embargo, la realidad es que las leyes no pueden ser absolutamente taxativas, sino que se espera la máxima determinación posible. Es por esta razón, que se debe entender al principio de legalidad, en su variante de *lex certa* como un mandato de optimización. Este está dirigido al juez para que interprete la ley y busque su máxima claridad; a la doctrina, para que construya la dogmática; y, al legislador para que cree leyes lo más taxativas posible.

4.- Lo grave sucede cuando la remisión es hacia cuerpos normativos privados.

Se trata de un derecho penal a la carte, es decir, es una norma creada por los destinatarios de la misma y no se ejerce control alguno sobre ella, surgiendo así una

“remisión a ciegas”. En ello, el fenómeno de la remisión ocasiona una dependencia del juez respecto de conocimientos especializados de los peritos dentro de un proceso. Sin embargo, el juez es quien debe intensificar el control judicial sobre aquel conocimiento técnico al que se remite; además de asegurarse de la imparcialidad del perito, debe analizar a profundidad la norma extra penal a la cual se remite y preguntarse la teleología que obedece dicha normativa. Además, el juzgador no debe ser un mero receptor pasivo de este saber experto, sino esto simplemente debe enriquecer y fortalecer su conocimiento para que pueda resolver bajo el parámetro de la racionalidad.

5.- En cuanto al principio de legalidad ya se ha dicho que no habría problema alguno. Sin embargo, respecto del contenido principio de reserva de ley, lo afecta, pero se puede subsanar.

Si bien la norma extra penal no emana del órgano legislativo facultado para crear, derogar o modificar leyes (Asamblea Nacional), ni cumple con una “reserva de asamblea” (mayoría absoluta), se entiende que sería en cierta medida admisible cuando tales normas provienen de grupos o entidades que actúan como representantes de un sector determinado, profesional o técnico que vienen a determinar aquellas conductas sociales correctas dentro de dicho sector.

Otra alternativa para armonizar esta tensión es comprender a la *lex artis* como una “*questio facti*” y no como una “*questio iuris*”. Es decir, se debe concebir a la *lex artis* como una cuestión de hecho (sujeta a prueba), mas no como una ley en sentido formal. De forma más clara, el juez debe aplicar la *lex artis* como un hecho social verificable mediante la prueba pericial y no como derecho; por ejemplo, el protocolo médico o una guía técnica profesional.

Esta aproximación revela un proceso de dos niveles: el primero, es el nivel normativo, en donde la ley penal establece el mandato jurídico en términos amplios, que en el caso del delito imprudente, el “deber objetivo de cuidado” configura un elemento normativo en blanco; Y por otro lado, el segundo nivel, es el fáctico valorativo, en el cual la *lex artis* es entendida como un hecho, que describe como se debería comportar el profesional en ese ámbito.

Entonces, el juzgador no aplica la *lex artis* como una ley formal, sino que valora a través de la sana crítica un estándar fáctico (*lex artis*) para completar in elemento normativo (en este caso “deber de cuidado”) que la ley penal la recoge en blanco.

La realidad es que la *lex artis* no es una ley formal, por tanto, no hay una violación directa del principio de reserva de ley, específicamente en su artículo 132, ya que la Asamblea Nacional no está delegando su potestad legislativa. Es así, que el juez debe considerar a la *lex artis* como un hecho sujeto a prueba, y no como una ley; lo que nos lleva a la última conclusión.

6.- Mientras más a ciegas sea la remisión, el control de legalidad que ejerza el juez sobre esa prueba debe ser mas estricto.

Ello reduce el riesgo de que el contenido del tipo penal se vea determinado por los mismos destinatarios a los cuales está dirigida dicha norma, esto garantiza que el proceso sea justo y no se trate de una privatización o perversión del derecho penal.

REFERENCIAS

- Alcácer, R. (2010). El derecho a la legalidad penal y los límites de la actuación del Tribunal Constitucional. In *Constitución y principios del derecho penal: Algunas bases constitucionales*. Tirant lo Blanch.
- Alexy, R. (2017). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Argudo, C., Abad, K., & Palacios, C. (2024). Programas de cumplimiento como atenuante y eximente de responsabilidad penal para personas jurídicas: análisis comparativo. *Iuris Dictio*, 34, 16. <https://doi.org/10.18272/iu.i34.3281>
- Arriaga, E. (2003). La Teoría de Niklas Luhmann. *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, 10.
- Barja, J. (2018). *Derecho Penal. Parte General* (2nd ed.). Civitas.
- Carbonell, J. (1995). *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. (Segunda). Tirant lo Blanch.
- Cerezo, J. (2004). *Curso de Derecho Penal Español. Parte general: Introducción* (6ª ED). Tecnos.
- Código Orgánico Integral Penal (2014).
- Constitución de la República del Ecuador (2008).
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969).
- Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).
- Corcoy, M. (1989). *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. PPU.
- Donna, E. (2009). *Derecho Penal. Parte General. : Vol. v*. Rubinzal - Culzoni Editores.
- Doval, A. (1999). *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Tirant lo Blanch.
- Engisch, K. (1930). *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Liebmann.
- Eser, A., & Burkhardt, B. (1995). *Derecho Penal: cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*. Colex.
- Feijoo, B. (2001). *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del "fin de protección de la norma de cuidado"*. U. M. Bosch Editor.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Trotta, S. A.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y Garantías: La Ley del más débil* (Primera). Editorial Trotta. <https://www.te.gob.mx/formulario/media/files/4cd91799f6a2a69.pdf>
- Frisch, W. (2004). La teoría de la imputación objetivo del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático . In *Desvalorar e Imputar: Sobre la imputación objetiva en Derecho Penal*. Atelier.
- Gimbernat, E. (1976). *Tiene futuro la dogmática jurídico - penal?, en: Estudios de Derecho penal*. Tecnos.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación*. (Segunda). Marical Pons.
- Jakobs, G. (2006). *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*. Editorial Porrúa.
- Jescheck, H.-H., & Weigend, T. (2003). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (5th ed.). Editorial Comares .
- Kaminski, R. (1992). *Der objektive Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts*. Duncker & Humblot.
- Kubiciel, M. (2013). *Die Wissenschaft Vom Besonderen Teil Des Strafrechts*. Vittorio Klostermann.
- Kuhlen, L. (1989). *La interpretación conforme a la Constitución de las Leyes Penales*. Marcial Pons.
- Lascurain, J. (2009). *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*. Aranzadi.
- Maurach, R., Gössel, K., & Zipf, H. (1995). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

- Merkel, A. (2004). *Derecho Penal Parte General*. Editorial BdeF.
- Moreso, J. (2001). Principio de legalidad y causas de justificación: (sobre el alcance de la taxatividad). *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 24, 525. <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.19>
- Muñoz, F., & García, M. (2019). *Derecho Penal. Parte general* (N.º: 10). Editorial Tirant lo Blanch.
- Ossorio, Á. (2008). *El Alma de la Toga*. Editorial Reus.
- Paredes, J. (1995). El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico - penal de las actividades peligrosas). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.
- Pastor, N. (2019). *Riesgo permitido y principio de legalidad*. Atelier.
- Perez, G. (2015). *En Letra. Derecho Penal*. Leandro Alberto Dias.
- Polaino, M. (2015). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Ara Editores.
- Porciúncula, J. (2014). *Lo "Objetivo" y lo "Subjetivo" en el Tipo Penal. Hacia la "exteriorización de lo interno."* Universitat de Barcelona.
- Robles, R. (2004). *Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo*. Atelier.
- Robles, R. (2012). Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal. In *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Atelier.
- Robles, R. (2019). Normas de conducta. *Indret*.
- Rodríguez, F. (2021). *Curso de Derecho Penal - Parte General. Teoría del Delito: Vol. Tomo II (Segunda)*. Cevallos .
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General* (D. Luzon, M. Diaz, & J. Remesal, Eds.; Vol. 1). Civitas, S. A.
- Salazar, J. (2021). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Edino.
- Schünemann, B. (1987). Die Regel der Technik im Strafrecht. In *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. De Gruyter*.
- Sentencia 1364-17-EP/23 (2023).
- Sentencia 1364-17-EP/23 (2023).
- Seoane Rodríguez, J. A. (2021). lex artis como estándar de la práctica clínica. *Folia Humanística*, 2(6), 1–23. <https://doi.org/10.30860/0081>
- Silva, J. (1993a). Competencia indirecta de las comunidades autónomas en materia penal. *La Ley*.
- Silva, J. (1993b). Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes penales en blanco. *Estudios Penales y Criminológicos*.
- Silva, J. (2010). *Aproximación del Derecho Penal contemporáneo*. Editorial B de F.
- Silva, J. (2018). *Malum passionis: mitigar el dolor del derecho penal*. Atelier.
- Silva, J. (2025). *Derecho Penal - Parte General* (Primera). Civitas.
- Stratenwerth, G. (2005). *Derecho Penal. Parte General* (4th ed.). Hammurabi.
- Valencia, I., & García, A. (2021). Importancia de las garantías Constitucionales del rrdenamiento jurídico ecuatoriano sobre protección y promoción de los derechos. *Alternativas*, 22(2), 33–43. <https://doi.org/10.23878/alternativas.v22i2.361>
- Welzel, H. (1956). *Derecho penal. Parte general*. Roque Depalma Editor.
- Welzel, H. (1961). *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*. CFM.
- Welzel, H. (1993). *Derecho Penal alemán* (11th ed.). Jurídica de Chile.
- Zaffaroni, E. (1981). *Tratado de Derecho Penal Parte General: Vol. I*. EDIAR Sociedad Anonima, Editora, Comercial, Industrial y Financiera.