



Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

El Deber Objetivo de Cuidado como elemento de imputación en
los delitos de tránsito con resultado de muerte

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de
Abogado de la República del Ecuador

Autor: Juan Javier Aguilar Caivinagua

Director: Dr. Juan Carlos Salazar Icaza

Cuenca- Ecuador

2016

DEDICATORIA

A mi Papá y mi Mamá quienes me han apoyado a lo largo de toda mi formación académica.

A mis hermanos, quienes son parte esencial de mi vida.

AGRADECIMIENTOS

Al Dr. Juan Carlos Salazar Icaza y al Dr. Miguel Sarmiento Mora por haberme guiado en el desarrollo de esta tesis con su esmero y dedicación.

A la Universidad del Azuay por acogerme en la institución y formarme para llegar a ser un profesional.

A mis profesores universitarios y los tutores del Consultorio por inculcarme su conocimiento, orientación y experiencia.

ÍNDICE

ÍNDICE.....	II
DEDICATORIA.....	III
AGRADECIMIENTO.....	IV
INDICE.....	V
RESUMEN.....	VI
ABSTRACT.....	VII
INTRODUCCIÓN.....	VIII
CAPÍTULO I: LA CULPA Y EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO.....	1
1.1 LA ACCIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA EN LA TEORÍA DEL DELITO.....	2
1.1.1 LA ACCIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA EN LA RELACIÓN CAUSAL.....	3
1.1.2 LA ACCIÓN COMO UN CONCEPTO VALORATIVO.....	4
1.1.3 TESIS DE LA ACCIÓN COMO UN CONCEPTO NORMATIVO.....	4
1.1.4 LA ACCIÓN Y LA TIPICIDAD.....	6
1.1.5 CONCEPTO GENERAL DE LA ACCIÓN.....	8
1.2 LA TIPICIDAD.....	9
1.2.1 LA TIPICIDAD CUESTIONES GENERALES.....	9
1.2.2 CONCEPTO DE TIPICIDAD.....	9
1.3 LA TIPICIDAD OBJETIVA.....	17
1.3.1 ASPECTOS GENERALES.....	17
1.3.2 LA TIPICIDAD OBJETIVA.....	19
1.3.3 EL CAUSALISMO.....	19
1.3.4 LA TIPICIDAD OBJETIVA EN EL DELITO IMPRUDENTE.....	22
1.4 LA TIPICIDAD SUBJETIVA.....	23
1.4.1 LA TIPICIDAD SUBJETIVA EN EL DELITO IMPRUDENTE.....	25
1.5 EL DOLO Y LA CULPA.....	25
1.5.1 EL DOLO EVENTUAL Y LA CULPA.....	30
1.6 LA CULPA.....	34
1.7 NATURALEZA Y ESENCIA DE LA CULPA.....	38
1.8 LA TEORÍA DE LA PREVISIBILIDAD.....	39
1.9 LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD.....	43
1.9.1 CONCEPTO DE LA ACCIÓN.....	44
1.9.2 LA VOLUNTAD EN LOS DELITOS IMPRUDENTES.....	45
1.10 EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO.....	47
1.10.1 GENERALIDADES.....	47
1.10.2 EVOLUCIÓN DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO.....	50
1.10.3 CONTENIDO DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO.....	51
1.10.4 LA LESIÓN DE CUIDADO.....	54
1.10.5 EL DEBER SUBJETIVO DE CUIDADO.....	54
1.10.6 PODERES INDIVIDUALES.....	55
1.10.7 CONOCIMIENTOS ESPECIALES.....	57
1.10.8 EL HOMBRE MEDIO.....	58
1.10.9 EL RESULTADO.....	59

2	CAPÍTULO II: LA TEORÍA DEL RIESGO Y EL PRINCIPIO DE CONFIANZA FRENTE AL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO.....	61
2.1	LA TEORÍA DEL RIESGO.....	62
2.1.1	EL PELIGRO.....	62
2.1.2	LA SOCIEDAD DE RIESGO.....	65
2.1.3	EL RIESGO PERMITIDO.....	67
2.1.4	COMO SE DETERMINA EL RIESGO PERMITIDO.....	72
2.1.5	LA CREACIÓN DE UN RIESGO NO PERMITIDO.....	76
2.1.6	EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN POR FALTA DE REALIZACIÓN DE UN RIESGO NO PERMITIDO.....	83
2.1.7	EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS CASOS DE DISMINUCIÓN DEL RIESGO.....	86
2.2	EL PRINCIPIO DE CONFIANZA.....	88
2.3	EL RESULTADO.....	94
2.3.1	EL RESULTADO Y SU IMPUTACIÓN OBJETIVA.....	96
2.3.2	EL RESULTADO Y LA TEORÍA DE LA CAUSALIDAD.....	96
2.4	LA IMPUTACIÓN Y EL RIESGO CREADO.....	99
2.4.1	GENERALIDADES.....	99
2.4.2	LA IMPUTACIÓN Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	101
2.4.3	BREVES COMENTARIOS SOBRE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.....	103
2.4.4	ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA.....	117
2.5	IMPUTACIÓN A TÍTULO DE CULPA.....	119
2.5.1	LA PROBLEMÁTICA EN LA IMPUTACIÓN DE LOS DELITOS IMPRUDENTES EN MATERIA DE TRÁNSITO.....	120
3	CAPÍTULO III: DELITOS DE TRÁNSITO CON RESULTADO MUERTE.....	122
3.1	EL ILÍCITO DE TRÁNSITO Y SU ESTRUCTURA EN EL CÓDIGO INTEGRAL PENAL.....	123
3.1.1	LA INFRACCIÓN PENAL.....	123
3.1.2	EL ILÍCITO DE TRÁNSITO.....	130
3.1.3	EL DELITO DE TRÁNSITO.....	130
3.1.4	LOS ACCIDENTES DE TRÁNSITO.....	131
3.1.5	PRESUPUESTOS DE LOS ACCIDENTES DE TRÁNSITO.....	132
3.2	EL TIPO PENAL DEL ART. 377 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.....	136
3.3	CULPA DE LA VÍCTIMA.....	140
3.3.1	CON RELACIÓN AL ROL QUE DESEMPEÑAN LAS PERSONAS.....	141
3.3.2	LA COMPESACIÓN DE CULPAS.....	143
3.4	PROCESO PENAL EN LOS ILÍCITOS CAUSADOS POR LOS ACCIDENTES DE TRÁNSITO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	145
4	CONCLUSIONES.....	148
5	BIBLIOGRAFÍA.....	153


RESUMEN

Los accidentes de tránsito son los típicos delitos culposos en los cuales los conductores no salen a las calles con la intención de matar a nadie (como si ocurre en los delitos dolosos) pero al momento de producirse un resultado dañoso como es la muerte de una persona ya sea por imprudencia del conductor o por el actuar incorrecto de la propia víctima es necesario determinar responsabilidades en base a un punto de referencia que lo da el DEBER OBJETIVO DE CUIDADO y de esta manera se verifica si se cumple con el tipo penal culposo.

ABSTRACT

Traffic accidents are the typical non-intentional crimes, where drivers do not go out to the streets with the intention of killing anyone (as it occurs in intentional crimes); however, when a harmful outcome such as the death of a person either due to a reckless driver or an incorrect action of the victims occurs, it is necessary to determine responsibilities based on the point of reference that gives the OBJECTIVE CARE DUTY; and consequently, it is possible to verify if the culpable offense is met.




Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

INTRODUCCIÓN:

El normal desenvolvimiento en nuestras vidas de por sí conlleva un riesgo sobre todo en materia de tránsito viario y mientras no se cause una lesión a un bien jurídicamente protegido no le interesa al Derecho Penal, más si por dicha circunstancia ocurriese un resultado lesivo como es la muerte de una persona por un accidente de tránsito es preciso declarar la culpabilidad mediante la imputación de la responsabilidad a título culpa, salvo que con la intervención de otros elementos se demuestre otra figura delictiva.

Para este caso es necesario utilizar un presupuesto básico que permita determinar la responsabilidad, puesto que en los delitos culposos o imprudentes como lo denomina el profesor Welzel y Muñoz Conde, la acción típica generalmente no está determinada con exactitud por lo tanto es imperioso buscar un elemento de la acción típica que nos sirva como base para hacer un análisis de la acción y con ello determinar si existe responsabilidad este elemento es el **DEBER OBJETIVO DE CUIDADO**.

El Deber Objetivo de Cuidado ha sido un tema que se ha incorporado recientemente al Derecho Penal, pues el Estado ha visto la necesidad de imputar aquellos delitos que si bien no son cometidos con intención de causar daño sin embargo afectan bienes jurídicamente protegidos

Es necesario mencionar aspectos esenciales al enfocar esta clase de delitos primeramente la forma como se realizó la acción constituye el núcleo del delito imprudente y la problemática surge en cuanto al análisis del elemento del deber de cuidado requerido socialmente, es decir en base al deber de cuidado que debía haber realizado y con ello determinar responsabilidades de las acciones a título de culpa, puesto que la imputabilidad en este tipo de delitos no radica en el resultado o en el daño que se ha producido sino en el análisis de la acción realizada en relación a la creación de un riesgo no permitido y en

segundo lugar una simple evaluación del hecho basado siempre en el resultado con una simple relación causalidad lleva a erradas conclusiones por parte de nuestros juzgadores, no con esto se está rechazando esta teoría si no que la causalidad es solo un presupuesto mínimo de la imputación pero no el único. De ahí que surge la necesidad de este trabajo de investigación en considerar al DEBER OBJETIVO DE CUIDADO como uno de los elementos de imputación en los delitos de tránsito con resultado de muerte.

CAPÍTULO I.

LA CULPA Y EL DEBER DE CUIDADO.

1.- LA CULPA Y EL DEBER DE CUIDADO. -

1.1.- LA ACCIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA EN LA TEORÍA DEL DELITO.

Comenzare mi exposición con una cita de Autoridad, una cita extraída de una obra de la Dogmática española que es la obra “El Manual del Derecho Penal, Parte General”, de Dr. José Antón Onega quien manifestó sobre la importancia de la acción en la teoría jurídica del delito y en la consideración del derecho penal de acto, en contraposición del derecho penal de autor, al afirmar que:

“el concepto de acción es central en la teoría del delito. El hombre no delinque en cuanto es, sino en cuanto obra” (Antón José, 1949, p. 159).

Es por eso que la acción constituye tradicionalmente el *elemento fundamental* común a todo delito, respecto del cual se predicen todos los restantes caracteres esencialmente constitutivos de la infracción penal, como atributos calificativos de la misma. En efecto la acción entendida en sentido jurídico penal como sinónimo de conducta humana: (acción u omisión) es el primer elemento esencial del delito: *sin acción, no hay delito posible*.

Tal consideración ha alcanzado su máxima consagración positiva, y se da bajo el vocablo latino que reza “*nullun crimen sine actione*” (o “*sine conducta*”) y que recibe en la dogmática penal la convencional denominación del “principio de hecho” o con mayor precisión terminológica “principio de la acción de la conducta”.

1.1.1.- LA ACCIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA EN UNA RELACIÓN CAUSAL. -

La acción en sentido estricto consiste en un movimiento corporal de un individuo de la cual la parte psíquica opera sobre los nervios motores determinando un movimiento muscular manifestándose de esta manera la voluntad del sujeto actuante.

La acción es una modalidad característica de la mayoría de los delitos que se manifiesta como un movimiento humano voluntario entendida como un hacer perceptible sensorialmente que causa un resultado dañoso para bienes jurídicamente protegidos, en otras palabras la acción puede ser entendida como una categoría jurídica como la base de la imputación y como elemento valoración de la tipicidad; y solo de relevancia cuando solo ingresa a la esfera de valoración de los tipos penales.

En materia penal la conducta humana es el punto de partida de toda reacción jurídico penal en donde la acción es el elemento fundamental del delito que asume un carácter valorativo de primer grado, que no prejuzga la antijuricidad ni la culpabilidad de la propia conducta.

Conviene considerar que el hombre provisto de conciencia y voluntad actúa en su normal desenvolvimiento diario para conseguir determinados fines, es por eso que **ACCIÓN es el comportamiento humano orientado hacia una finalidad.**

Siempre se hace énfasis en mencionar a la voluntad puesto que el Derecho Penal solo se ocupa de acciones voluntarias, no habrá acción penalmente relevante cuando falte la voluntad.

1.1.2.- TESIS DE LA ACCIÓN COMO UN CONCEPTO VALORATIVO. -

La consideración de la acción como un concepto valorativo fue mantenida por posiciones doctrinales radicales y extremas por ejemplo autores como Bining, Donna, etc., quienes sostienen que el concepto de acción penal es producto del legislador, que valora y conmina abstractamente con una pena, tratándose en consecuencia de una noción distinta de la acción real.

Donna entiende: “que la acción representa para el derecho penal un concepto valorizado en relación con el sustancial contraste a la norma jurídica que contiene la delimitación del acto con relevancia típica” (p. 565)

Para este autor el concepto natural de acción fracasa ante el derecho penal porque en los ámbitos de la culpa y de la omisión se tiene en cuenta la no realización de la acción esperada, lo que evidencia la necesidad de una delimitación puramente valorizada del concepto penal de la acción.

1.1.3.- TESIS DE LA ACCIÓN COMO CONCEPTO NORMATIVO. -

La doctrina española ha resaltado la naturaleza o configuración normativa que corresponde a la acción dentro de la teoría del delito: la acción –se argumenta- ha de estar prevista por la norma penal a efectos de su posterior relevancia, lo cual concede un carácter esencialmente normativo. Esta línea de pensamiento explica el carácter normativo aludiendo a la relativización que el concepto y sus caracteres experimentan por la virtud del principio de legalidad.

El principio de legalidad constituye la única fuente creadora del derecho penal, y en cuanto tal inspira la configuración típica del concepto de delito y la totalidad de los elementos integrantes del mismo.

El núcleo de la cuestión delimitadora del carácter normativo de la acción se centra en la apreciación del sentido y el alcance de la valoración correspondiente

Por su parte el profesor Eduardo Motealegre Lynett nos dice:

que el carácter normativo de la acción permite además, desde las perspectivas de la peculiaridades de la tipicidad configuradoras de los tipos legales de delito, reconocer en el concepto de acción tanto la diversidad de formas de conductas

humanas, activa y omisiva, como la pluralidad de formas de comportamientos que dan lugar a la producción de resultados materiales, o bien se caracterizan por la ausencia de resultado externo conformándose con la pura exteriorización activa u omisiva de la voluntad personal en el mundo externo, suscitando la concreción de un tipo de injusto susceptible de un juicio de reproche de culpabilidad a título de dolo o de culpa (Motealegre Eduardo, 2007, pp. 199).

En por eso que vuelvo a citar al profesor Eduardo Motealegre Lynett y en concordancia con el Dr. Wilhelm Gallas sostienen lo siguiente:

“que toda acción penal ha de ser típica: *nada hay en el derecho penal a nivel pretípico*, por cuanto el comportamiento no descrito en los tipos legales carece de significación en el ámbito axiológico del derecho penal.” (Eduardo Motealegre, 2007, pp. 199).

En resumen, de pocas palabras normativismo y valoración corren a la par en el seno de la acción: al carácter normativo favorece la valorización de primer grado, y sin esta valoración no puede operar las posteriores valoraciones como la antijuricidad y la culpabilidad.

Beling (1906) “De esta forma el carácter valorativo de la acción se deduce además de la naturaleza jurídica del concepto de delito, que es todo orgánico que exige perfecta armonía entre los diversos componentes, que no pueden ser ciertamente desvinculados entre sí en términos totales y absolutos que proclamen una completa desconexión”. (p. 365).

En síntesis, el carácter “normativo-legal” es imprescindible al concepto penal de la acción, de conformidad con el principio de legalidad: la única acción relevante en derecho penal es aquella que realiza un tipo legal.

1.1.4.- LA ACCIÓN Y LA TIPICIDAD. -

La “acción” y la “tipicidad” son nociones jurídicos-penales teóricamente separables, que en cuanto tales pueden analizarse por separado, al menos en el plano didáctico. Ahora bien, ciertamente ambas se reclaman entre sí, en cuanto la tipicidad no puede vivir sin referencia a una acción, y la acción carece de relevancia penal si no es típica, en el ámbito del Derecho Penal.

Eduardo Motealegre (2007), “ha quedado en relieve que es preciso constatar la naturaleza típica de la acción para que pueda llegar a asumir significación en el orden valorativo jurídico-penal: solo la acción típica es susceptible de una desvaloración punitiva” (p. 201).

Desde este punto de vista, en su diferencia conceptual las nociones de “acción” y la “tipicidad” se muestran, en el plano del significado dogmático jurídico-penal, como inseparables desde el punto de vista material, aunque para efectos sistemáticos pueden ser delimitados. Pero no con ello se puede llevar a la errónea supravaloración de la función a la asignada a la tipicidad, por las siguientes razones:

1. Por un lado, es verdad que la acción solo alcanza relevancia penal en cuanto es descrita en un tipo legal. La acción abarca todas las formas imaginables de la manifestación externa de la voluntad humana, tanto en las modalidades de acción y omisión como de actividad y resultado, y en general cuando son susceptibles de constatación desde los distintos puntos de vista de la valoración normativa contenida en la disposición legal.
2. Por otro lado, se ha sostenido por largo tiempo que la esencia del concepto de acción se halla constituido por una realidad “del ser” (óntica), derivado de la voluntad humana, y en tanto no creado por el derecho. La acción es esencialmente

externa manifestación de la voluntad personal en el mundo externo susceptible de valoración por el ordenamiento jurídico en virtud de su inadecuación social. En esencia, la acción entraña un contenido substancial de expresión de la voluntad persona, con significación social.

Por lo tanto, la tipicidad representa una importante función de valoración, pero NO una función creadora o constitutiva.

Zaffaroni al respecto pudo decir: “que el derecho penal no crea una conducta humana, sino que limita a valorarlas”. (p. 25).

En este sentido la existencia de la acción y de su concepto, precede en todo caso necesariamente de la valoración de la norma penal. Desde este punto de vista la tipicidad de una acción de nada aporta desde el punto de vista sustantivo: la acción es lo que es con independencia de que sea típica, o dicho en otras palabras: la tipicidad no crea conductas, pero si determina su desvaloración, al determinar selectivamente aquellas modalidades de acción que asumen relevancia en el derecho penal por virtud de su incidencia, a nivel de lesión o puesta en peligro, sobre los bienes jurídicos protegidos.

1.1.5.- CONCEPTO GENERAL DE LA ACCIÓN. -

Tomemos en consideración el concepto que nos da el profesor Alfonso Raúl Peña Cabrera en su obra Derecho Penal:

“Es todo aquel comportamiento proveniente de la voluntad humana, la cual implica siempre una finalidad pre-concebida, la determinación conductiva conforme a sentido que se manifiesta en la exteriorización de esa voluntad en el mundo exterior, partir de concretos estados de lesión o percepción de riesgos concretos en la esfera de intangibilidad de los interés jurídico merecedores de tutela penal”. (pp.322).

También viene a bien considerar el concepto de acción dado por el profesor, Francisco Muñoz Conde:

“Se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad siempre implica una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin u objetivo determinado”. (p. 215).

Cuando nos referimos al contenido de la “voluntad” es siempre algo que se quiere, es decir un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin. Llamamos “acto voluntario” según Javier Hervada a aquella acción que procede de la voluntad del conocimiento del fin. La voluntad actúa con la inteligencia, y la inteligencia conoce el fin, por lo que fin mueve la voluntad.

Es por eso que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin. Para Welzel, el Derecho Penal no puede prohibir acciones sin finalidad, ya que no se trataría de acciones humanas.

1.2.- LA TIPICIDAD. -

1.2.1.- CUESTIONES GENERALES DE LA TIPICIDAD. -

Se entiende por delito como toda una conducta que el legislador sanciona con una pena. Normalmente la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad constituyen los elementos estructurales del delito, pero el punto de partida para considerar si una conducta humana es delictiva es la acción y la TIPICIDAD, pues solo el hecho típico, es decir, el descrito en el tipo penal puede servir como base para futuras valoraciones.

La falta de tipicidad de una conducta impide que se puedan imponer consecuencias jurídicas previstas en la ley penal. Se debe dejar en claro que la tipicidad no solo permite delimitar la conducta permitida de la prohibida, sino también diferenciar las distintas formas de la conducta prohibida en orden de sus consecuencias jurídicas.

1.2.2.- CONCEPTO DE TIPICIDAD. -

Para llegar a un concepto acertado de la tipicidad es necesario analizar la naturaleza jurídica de la Tipicidad.

Naturaleza Jurídica de la Tipicidad:

- La tipicidad se deriva del principio de legalidad *nullun crimen sine lege*, esto es, solo las conductas determinadas en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales.
- La norma penal como mecanismo de control social formal, entre uno de los aspectos está el llamado principio de *mínima intervención* o de *ultima ratio*, según este principio el Derecho Penal solo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, es decir, cuando el problema o conflicto social no pueda resolverse con los otros sistemas de control extrapenales.
- Una norma penal al describir la conducta delictuosa no lo hace con exactitud describiendo los más mínimos detalles si no lo hace a través de una *hipótesis abstracta*, esto con la finalidad de poder englobar todos aquellos comportamientos que tengan características esenciales comunes, por lo tanto solo aquellas conductas más intolerables o más lesivas para los bienes jurídicamente protegidos son descritos en una norma penal.

Para un mejor entendimiento me permito citar al tratadista Francisco Muñoz Conde (2012):

“La norma penal es un conjunto de expectativas. Al sancionar una conducta, el legislador la está valorando negativamente, prohibiéndola y esperando con ello que los ciudadanos se abstengan de realizarla. Si alguien realiza la conducta prohibida frustra esa expectativa y se hace acreedor de la sanción prevista en la norma.” (p.42). (Lo subrayado es mío).

Por lo que, para que un ciudadano adecue su conducta a lo que esta descrito en el ordenamiento jurídico penal, es necesario que el tipo penal describa en forma precisa, comprensible la conducta exigida o prohibida.

Lo anterior se complementa en la idea de Novoa Monreal, (2008) en el sentido de que:

“el tipo penal selecciona comportamientos humanos, los valora, a fin de servir de molde múltiple que aparte a las que no coinciden con sus figuras específicas, en tal virtud solo las que guardan **congruencia exacta** con alguna forma reúne las características de ser típica.” (p.33).

Este concepto tiene vital importancia porque una conducta pasa a constituir un delito solo y cuando cumpla todos y cada uno de los elementos tanto objetivos como subjetivos que describe un tipo penal.

Precisiones terminológicas. -

Durante el estudio de este tema suelen presentarse confusiones en cuanto a los conceptos de “**TIPO PENAL**”, “**JUICIO DE TIPICIDAD**”, es necesario dar un análisis a estos dos conceptos porque son la ante sala para poder dar un concepto de “**TIPICIDAD**” lo cual se harán las siguientes observaciones:

Concepto de TIPO PENAL. -

El origen del concepto de tipo penal con su actual contenido podemos situarlo a partir de Beling en la dogmática penal alemana.

El profesor Alejandro Navas (2008) lo define de esta manera al tipo como: “la descripción abstracta, clara, precisa y comprensible de la conducta humana, realizada por el cuerpo legislativo del Estado, como primer elemento del hecho punible y mecanismo de control social formal” (p. 20).

En base a esto se puede caracterizar funcionalmente al **tipo** como la descripción abstracta que hace el legislador de una conducta humana prohibida asignándole una pena. El carácter de abstracto permite dar una descripción general y de esta manera poder englobar una amplia gama de comportamientos, lo que se busca es que los destinatarios de la norma puedan adecuar su actuar conforme a lo exigido por el ordenamiento jurídico.

Existen autores como Carlos Creus que al momento de referirse a la funcionalidad del “tipo penal” la detallan como: “la descripción que da la ley penal por medio de la cual, entre **las múltiples conductas antijurídicas** prevista en el ordenamiento en general, se eligen las que merecen una pena”. (p. 567). (Lo negrita es mío).

Este autor afirma que el tipo cumple la función del transporte del ordenamiento general al ordenamiento específicamente penal pero lo realiza mediante una valoración de la conducta a la que se suma a la ya realizada por el ordenamiento y se le asigna una pena en este caso se hace énfasis que para realizar esa valoración es sobre conductas que ya están jurídicamente desvaloradas, es decir que ya son antijurídicas.

Pero no con esto el autor afirma en ningún momento se opone al carácter “autónomo” del tipo que sea previo al de la antijuricidad, como se ha aceptado tradicionalmente, esto es:

1. La acción como en cuanto a la fase fáctica;
2. El tipo como descripción penal de la conducta prohibida a la que se le asigna una pena.
3. La antijuricidad y la culpabilidad dentro de los moldes que el mismo tipo ha vaciado sobre los modelos de conducta prohibida.

Nada de esto impide que desde el punto de vista práctico, cuando nos enfrentemos a la aplicación de la ley penal a un caso concreto, podamos analizar primeramente el carácter de que nos permite resolver previamente la antijuricidad de la conducta realizada por el autor para concluir después, en la negación de la antijuricidad, porque esa conducta se adapta a la descripción que hace el tipo penal pero no reúne los demás caracteres requeridos por el derecho penal para ser antijurídica por ejemplo que no ataco a un bien jurídicamente protegido o porque el ataque se produjo en situaciones que están permitidas por la propia ley como la legítima defensa.

Hay que destacar que no puede considerarse que la tipicidad y la antijuricidad formen parte de una sola valoración, en donde la tipicidad es una valoración positiva y la antijuricidad la parte negativa.

“La tipicidad y antijuricidad no pueden confundirse. Aunque la tipicidad es un indicio de antijuricidad, puede darse el caso que una conducta típica no sea antijurídica. Esto ocurre cuando se dan las llamadas causas de justificación, es decir situaciones en que la lesión de bien jurídico se halla legitimada, justificada por el propio orden jurídico.” (Albán Ernesto, 1997. p. 165).

Como ya se mencionó en líneas anteriores que el tipo cumple la función de describir la acción seleccionada para imponerle una pena, pero es necesario el mecanismo por el cual lo realiza:

El tipo formula, en primer lugar, la enunciación de los elementos de la acción que el juez puede llegar a conocer mediante la constatación de su existencia. Dentro de esa enunciación encontramos el *núcleo de la acción* constituido por un verbo que indica la conducta y sus *circunstancias*. Lógicamente, el tipo es indispensable con el núcleo, pero no sin la circunstancia, que puede o no estar presentes. La circunstancia puede referirse al lugar de la acción, el modo de realizarlo o los medios que se emplean para realizarlas y el núcleo está constituido por un verbo en infinitivo.

Concepto de JUICIO DE TIPICIDAD:

Se entiende por juicio de tipicidad al proceso mediante el cual el jurista realiza un análisis para determinar si una determinada acción coincide o no con la descripción típica de la norma. (Cumple con el tipo).

CONCEPTO DE TIPICIDAD:

Es la resultante positiva del “juicio de tipicidad”.

Según esto,

“la tipicidad designa la adecuación, subordinación o encuadramiento **objetivo** de la acción ejecutada a la descripción del delito contenido en el texto legal, y representa la primera limitación que experimenta aquella para llegar a constituir delito”. (Peña Alonso. 2012, p 349).

En mi opinión la tipicidad debe ser entendida como la *caracterización de la conducta que realiza el sujeto y se adecua o cumple con lo que describe una ley penal,*

Al respecto Francisco Muñoz Conde en su obra “Teoría General del delito”, define a la tipicidad como:

“La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal” (p. 31).

Por lo tanto, la conducta delictiva, para ser tal, debe estar descrita en un tipo penal o en una disposición penal que establezca sus elementos constitutivos.

En síntesis, la acción típica o adecuada a un tipo penal quiere decir, que esta acción es prohibida por la norma. El tipo penal es un instrumento conceptual para identificar el comportamiento prohibido.

La tipicidad tiene relación con la norma jurídica creada por el legislador, donde se describen los elementos de la conducta penalmente relevantes.

Como dispone el Art 25 del Código Orgánico Integral Penal:

“**Tipicidad.** - Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes”

La tipicidad nos dice si la conducta (acción u omisión), ha significado una lesión, o una puesta en peligro, de un bien jurídicamente protegido, pero no nos dice aún, si aquella es un injusto penal que requiera ser alcanzado por una pena, puesto que constituye como ya había mencionado como el primer presupuesto de punición.

La teoría del delito se ha fundado en su creación en base al delito doloso considerando al delito imprudente como residual es por eso que algunos tratadistas como Corcoy Bidasolo (1989) nos dice lo siguiente: “El tipo imprudente es residual, sin estructura dogmática propia, construido a partir de modificaciones puntuales del tipo doloso” (p.34)

De ahí que al hablar del tipo penal se manifiesta que es la descripción clara precisa de la conducta humana pero el problema surge en la vaguedad de la determinación de la conducta prohibida en el tipo imprudente que llevo a muchos tratadista a hablar de un tipo penal abierto, que ha provocado a los juzgadores que hayan determinado su contenido (deber objetivo de cuidado) en franca violación al principio de legalidad o violentando los criterios de responsabilidad subjetiva que se funda el Derecho Penal.

Edgardo Donna (1999) afirma lo siguiente con respecto al principio de legalidad: “...en nada vulnera este principio las circunstancias de que los delitos culposos imprudentes, según su visión emparentada con los autores alemanes, son denominados “tipos abiertos” en la medida de que el juez o el intérprete determina la acción imprudente contemplando la acción del injusto”. (p. 105).

Los tipos abiertos, se sostiene que son aquellos que expresan un deber jurídico, no resultan una descripción de la conducta prohibida y ese deber jurídico ha de ser objeto de

un juicio de valoración por parte del señor juez en el caso en concreto, de modo que a las reglas generales que deben aplicarse en el caso en concreto necesitan una operación intelectual por parte del juez y del interprete para que cierre el tipo determinando de esta manera si hubo o no imprudencia.

Zaffaroni Eugenio (1980) nos dice: "...que la característica esencial del tipo culposo y lo que diferencia del doloso, es la forma de individualizar la conducta humana prohibida, mientras que en el doloso la conducta se ciñe a una descripción, en el culposo esta permanece indeterminada y determinable en el caso en concreto". (p. 384).

La norma penal puede prohibir comportamientos en atención al fin que persigue el autor sobre todo si su finalidad se dirige inmediatamente a lesionar bienes jurídicos protegidos (delito doloso), es decir se busca un resultado, en cambio la prohibición de la norma en el delito imprudente de ningún modo es equiparable a una prohibición de causar un resultado, sino que desaprueba la actuación contraria al cuidado, con respecto a la cual se deriva aquel con un alto grado de probabilidad, en otras palabras no se desvalora la finalidad sino las consecuencias de su actuación, por el peligro intolerable de lesión que amenaza producirse cuando se realiza un grupo de factores de riesgo.

La doctrina mayoritaria considera que la tipicidad en el delito imprudente está constituida por la conducta descrita en el tipo penal y por la infracción del deber objetivo de cuidado en la realización de la misma y otros elementos que se analizaran con más detenimiento en el siguiente capítulo.

En nuestra legislación actual que está vigente desde 10 de agosto del 2014 lo define a la culpa de la siguiente manera:

Actúa con culpa la 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. (Lo subrayado y negrita es mío). (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, 2014, Art. 27)

Como se puede observar nuestro ordenamiento jurídico penal vigente tiene un carácter finalista porque dice lo que se debe sancionar es si se ha producido un “resultado dañoso” pero en lo delitos imprudentes el fin no es producir un resultado si no se debe valorar la actuación (desvalor de la acción) y si esta es un potencial puesta de peligro a los bienes jurídicamente protegidos, aunque no se produzca el resultado no deseado, es por ello que debería ser más bien de un carácter “funcionalista”.

Cuando se habla dentro de la descripción del tipo de “una violación del deber objetivo de cuidado” de ahí que surge la pregunta:

¿Qué se entiende por infringir el deber objetivo de cuidado?

Por eso de la importancia del estudio del tema que se ha planteado en el siguiente trabajo de investigación.

1.3.- LA TIPICIDAD OBJETIVA.

1.3.1.- ASPECTOS GENERALES. -

La determinación de la tipicidad de una conducta constituye un proceso complejo y más aún cuando se trata de un delito imprudente por lo que es necesario distinguir determinadas partes al interior de esta categoría del delito.

En primer lugar tenemos la **TIPICIDAD OBJETIVA**, la cual se encarga de determinar la incidencia social de la conducta en términos de una infracción penal. Una vez que se

ha determinado la parte objetiva, hay que pasar a la llamada **TIPICIDAD SUBJETIVA**, la cual está referida a las formas subjetivas de participación en el hecho: dolo o culpa

El reconocimiento de una diferenciación entre la tipicidad objetiva y la tipicidad subjetiva no debe llevar a la conclusión de que se trata de dos niveles autónomos con criterios propios de determinación dirigidos únicamente a permitir a imputar un hecho a una persona. La tipicidad objetiva y subjetiva se encuentran mutuamente condicionadas, pues “**el tipo objetivo es el objeto del tipo subjetivo**”. (García, Percy, 2012, p.383).

Por esta razón, tendría muy poco sentido hablar de una tipicidad objetiva sin presuponer el conocimiento del autor de los datos típicamente relevantes o determinar la tipicidad subjetiva sin reunir los requisitos mínimos para afirmar la relevancia objetiva del hecho. Ambos aspectos de la imputación solo adquieren un sentido completo cuando son contemplados de manera conjunta.

EL tipo penal en el delito imprudente de igual modo que en el delito doloso, tiene su fundamento en un bien jurídico que determina contenidos y límites, también en tipo penal culposo es posible encontrar en su estructura típica elementos objetivos y subjetivos, un sujeto activo, un comportamiento desvalorativo, un objeto materia y modos de comisión.

1.3.2.- LA TIPICIDAD OBJETIVA. -

Como ya manifesté en el párrafo anterior y de conformidad a la opinión dominante distingue en la tipicidad un tipo **objetivo** y uno **subjetivo**, asignándole al primero la determinación de:

1. Sujeto activo del delito,
2. La conducta típica y,
3. En el caso de delitos de resultado, el resultado que consuma el delito.

Antes de seguir abordando el tema de la tipicidad objetiva se hará un análisis de la evolución de las teorías que dieron origen como una ante sala al Deber Objetivo de Cuidado.

1.3.3.- EL CAUSALISMO. -

El causalismo ha sido estudiado por algunos doctrinarios, entre los cuales se destaca Frank Von Liszt y Ernst Von Beling, esta teoría causal se desarrolla en torno a la acción y omisión causal volitiva, siendo necesario el nexo causal entre la acción y el resultado producido, es decir, que se produzca la relación causa-efecto, independientemente de la finalidad de la conducta humana.

En el causalismo clásico consideraban tanto al delito doloso como el culposo que tenían una misma estructura, en ambos se evaluaba solamente en base de una relación causal. En un principio la lógica causalista determinaba la tipicidad de la acción y al autor de la infracción mediante la verificación de la realización de ciertos datos empíricos que se adecuaban en los elementos típicos, simplemente se tomaba en cuenta si el agente realizaba la conducta previsto en el tipo penal y si resultado dañoso se había producido y la antijuricidad era entendida como la contradicción entre la causalidad descrita en un tipo penal y el ordenamiento jurídico.

Según esta teoría clásica la acción era entendida como una exteriorización de la voluntad del autor mientras que el resultado se expresaba como una modificación del mundo exterior, todos estos aspectos tenían que estar vinculados por un nexo causal.

La primera teoría en esos tiempos posiblemente en ganar reconocimiento fue la teoría de “*equivalencias de condiciones*” formulada por *Bon Burí*, la cual decía “causa es toda condición del resultado” es decir, toda condición sin la cual el resultado no se hubiere dado (*conditio sine qua non*), en esta teoría se utilizaba la fórmula de la supresión mental,

según la cual una “condición es causa del resultado si suprimido mentalmente el resultado desaparece en concreto”.

Pero toda esta teoría tenía graves defectos o puntos discutibles a considerar como lo dice Percy García quien toma las ideas de Mir Puig:

En primer lugar, la fórmula de la supresión mental llevaba a una remisión en la medida que todo resultado podía remontarse a sus causas anteriores hasta llegar incluso a inicios de los tiempos. Este método no ofrecía realmente un mayor conocimiento sobre la causalidad, pues su utilización presuponía conocimiento del carácter causal de una condición. (García, Percy, 2012, p.383).

Por otro lado la teoría de la equivalencias de condiciones fallaba en los casos de **causalidad hipotética** (por ejemplo cuando otro hubiere matado igualmente a la víctima) y en los casos **de causalidad alternativa** (por ejemplo, si C fue envenado separadamente por A y B, produciéndole la muerte por el veneno de A que fue ingerido primero, pero igualmente el veneno de B lo haría matado).

Por lo tanto esta teoría en nada aportaba en **determinar objetivamente** la responsabilidad de la infracción a una persona, puesto que la relevancia penal no viene dando por la constatación de modificaciones indeseadas en el mundo exterior, además no se distinguía a nivel de injusto entre hechos punibles culposos o dolosos ambos tenían la misma estructura y elementos, empero, la distinción recién se lo realizaba al nivel de la culpabilidad y era entendida esta como un proceso psicológico de carácter volitivo que vincula al sujeto con el hecho, sólo si podía fundarse en un “querer defectuoso”, solo podía imputarse un hecho previsto con anterioridad por el sujeto.

Para tratar de superar estos defectos de la teoría de la “equivalencia de las condiciones” la doctrina penal intento resolver mediante las teorías individualizadoras, posiblemente

la que adquirió mayor aceptación fue la “*teoría de la causa adecuada*” creada por Von Kries, lo curioso de este autor es que no era jurista sino médico, para él lo más importante era que “solo es **causa** en sentido jurídico penal una conducta que posee una tendencia a provocar un resultado típico”, manifestando al mismo tiempo que las otras condiciones simplemente pasan desapercibidas por ser irrelevantes.

Para reforzar lo dicho en esta teoría de la “causa adecuada”, Percy García (2012) nos dice:

...la teoría de la causa **adecuada**, queda claro que no se trata de una más de una teoría causal, sino de una teoría jurídica, pues no establecía cuando es algo causal del resultado, si no que condición es jurídicamente relevante. No se trata de determinar simplemente que el agente realizó una condición del resultado, sino que la producción del resultado se le puede atribuir objetivamente. (p.404)

A partir de una **lógica valorativa** el doctrinario Honig con su planteamiento de la llamada “susceptibilidad objetiva de ser tomado como fin”, llegó a la conclusión de que el resultado lesivo no puede atribuirse a toda acción causal, sino aquellas acciones que pueden ser susceptibles objetivamente de producir el resultado, con este planteamiento comenzó a perfilarse la llamada teoría de la imputación objetiva porque constituía en una limitante valorativa de la relación causalidad.

Lo importante de mencionar la teoría de la “causa adecuada” es porque el deber objetivo de cuidado es un desarrollo de esta teoría.

Engisch contribuyó a la determinación del elemento del deber de cuidado necesario basado en la “teoría de la adecuación” construyendo una teoría normativa (normativa se refiere que dentro del tipo encontramos elementos que complementa el mismo como una valoración del orden social, moral, jurídico, etc.) que sirve para determinar si un comportamiento es subsumible en un tipo de resultado.

1.3.4.- LA TIPICIDAD OBJETIVA EN EL DELITO IMPRUDENTE. -

La acción típica en los delitos imprudentes no está determinada con precisión en algunas legislaciones se habla en que por “imprudencia” causare este u otro resultado, en otras legislaciones como la muestra en su Art. 27 del Código Orgánico Integral Penal se dice “...el que infringe el deber de cuidado...produjera un resultado dañoso...”, pero en definitiva esa descripción del tipo culposo no es de todos modos exacta, es por eso que algunos tratadistas como Welzel lo consideran un **tipo abierto**.

“En los delitos culposos la acción del tipo no está determinada legalmente. Sus tipos son, por eso, “abiertos” o “con necesidad de complementación”, ya que el juez tiene que complementarlos para el caso concreto conforme a un criterio rector general”. (Welzel Hans, 1987, p. 187.)

Pero como saber cuándo una determinada acción coincide con la descripción que hace el tipo penal para determinar que constituye un delito imprudente sobre todo cuando existe una vaguedad en la descripción del tipo, al respecto Francisco Muñoz Conde en su obra “Teoría General de Delito”, nos da de cierta manera una posible solución:

“Lo que hay que hacer es buscar un punto de referencia con el que comparar la acción realizada, para ver si ha sido realizada imprudentemente. Este punto de referencia lo da el *deber objetivo de cuidado*”. (p.56).

Por lo tanto, la tipicidad objetiva del delito imprudente está constituida por la conducta descrita en el tipo legal y por la infracción de un deber objetivo de cuidado en la realización de la misma, este deber de cuidado en un ligero análisis se utiliza un parámetro objetivo que impone la evaluación del cuidado exigido a un hombre prudente o una persona razonable que habría empleado en la misma situación del autor. (Hombre medio).

Este elemento se determina de acuerdo a dos momentos o conceptos:

1. Un momento **“intelectual”**, esto es la previsibilidad objetiva, el resultado debe ser previsible.
2. Un momento **“normativo”**, esto es el riesgo permitido, solo infringe el deber objetivo de cuidado aquel peligro que supera la medida “normal en el tráfico” o “adecuada socialmente”.

1.4.- LA TIPICIDAD SUBJETIVA. -

Dentro de la historia del Derecho Penal pueden encontrarse episodios en el cual no fue necesario la presencia de una faceta subjetiva en la imputación del hecho, simplemente bastaba con una realización objetiva del daño. En la actualidad las cosas han cambiado puesto que resulta una cuestión irrefutable la existencia del dolo o la culpa del autor para imputarle un hecho delictivo.

Conforme a estas ideas tenemos a Percy García (2012) cuando nos dice: “Como puede verse, la necesidad de un lado subjetivo en la imputación penal constituye en la actualidad un rasgo esencial en el ordenamiento jurídico-penal”. (p.477).

No con esto se estaría hablando de una completa imputación penal subjetivada, porque es innegable la necesidad de garantizar estándares de comportamiento generales dentro de la sociedad actual, esto se lo llama una **“estandarización de la conducta”** que en cierta medida se opone a la subjetivación de la imputación.

Jakobs (1999) al respecto considera:

“...que el precio a pagar por una estandarización en la imputación resultaría muy alto, pues permitiría al autor alegar que, si bien ha fracasado en la ejecución de un rol determinado, este fracaso no tiene que hacerse extensivo a otros ámbitos de su actuación”. (p.637)

No cabe duda que una completa estandarización de la imputación no tendría lugar porque pasaría por alto la individualidad de la persona y por otra parte la subjetivación de la imputación traería como consecuencia que los indiferentes serían acreedores de una imputación penal menos rigurosa debido a su menor conocimiento. En este sentido no puede hablarse de una imputación estandarizada o subjetivada sino más o menos estandarizada y subjetivada.

Se tiene claro que los seres humanos se encuentran en la sociedad en condiciones de portadores de un rol, es decir, como personas que deben administrar un determinado segmento de acontecer social, conforme a un determinado estándar.

“Es por eso que para aceptar una configuración de la tipicidad subjetiva debe aceptarse que la sociedad actual requiere una estandarización con base a roles los mismo que llevan consigo competencias de conocimientos, el ciudadano debe conocer en parte la peligrosidad de su actuación en el desempeño de su rol”. (Jakobs Gunther, 1996, 133).

Por lo tanto, la tipicidad subjetiva consiste en el contenido de la voluntad que rige la acción y se lo utiliza sobre todo para atribuir la responsabilidad del autor en atención a sus circunstancias personales como son el conocimiento necesario, la experiencia para evitar la defraudación de expectativas penalmente relevantes.

El delito en forma general resulta usual distinguir dos formas de tipo subjetivo: El dolo y la culpa.

Welzel Hans (1987) opina que: “...una descripción puramente objetiva del delito en el plano de la tipicidad no permitiría diferenciar las conductas humanas de los puros sucesos naturales”. (p.121 y ss).

La determinación de cuando nos encontramos ante un delito doloso y cuando ante un culposo dependerá precisamente de que elementos subjetivos abarca cada uno de ellos.

Ahora la determinación del aspecto subjetivo de una conducta, es a diferencia de la objetiva mucho más difusa y difícil de probar, ya que refleja una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir, pero no probar.

1.4.1.- LA TIPICIDAD SUBJETIVA EN EL DELITO IMPRUDENTE. -

La esfera que da el contenido al tipo subjetivo del tipo imprudente es la posibilidad de incluir a la “previsibilidad” como la exigencia que recae sobre el autor que realiza una determinada acción del deber que se encuentra plasmado en una norma de cuidado.

En el delito culposo la tipicidad se fundamenta en la posibilidad de conocer el riesgo no conocido al tiempo de la acción, lo que tendrá lugar la decisión de actuar fue tomada a pesar de concurrir puntos de referencia sobre el riesgo de lesión.

1.5.- EL DOLO Y LA CULPA. -

Las únicas formas de imputación existentes en el Derecho Penal y que, por tanto, pueden constituir el tipo subjetivo de un delito son la dolosa y la culposa; todo lo que no sea atribuible a dolo o la culpa debe ser excluida del ámbito del Derecho Penal.

A menudo se ha pretendido crear una relación de subsidiaridad entre el dolo y la culpa estableciendo que a falta del dolo aparece de manera secundaria la culpa, creado de esta manera una confusión al respecto, pero lo cierto es que el dolo y la culpa tienen estructuras muy diferentes que permiten diferenciarlos una de otra, desvaneciendo esta manera la aberración de pensar que la culpa es una degradación del dolo.

Al hablar del delito imprudente hay una infracción del deber objetivo de cuidado (que no es querida) pero que por falta de atención del autor se produce.

El profesor Alfonso Zambrano Pasquel (1998) en su obra “Manual de Derecho Penal”, tomando las ideas del profesor alemán Jescheck, nos dice con respecto al delito imprudente lo siguiente:

“...imprudentemente actúa, en cambio quien realiza un tipo de una ley penal a consecuencia de la vulneración no querida de una norma de cuidado, sin advertirlo pese a que debía, o considerándolo posible, pero confiando contra su deber que el resultado no se produciría. La imprudencia no es una forma menos grave de dolo, sino algo distinto al dolo”. (p.94).

Es por eso que Francisco Antolisei (1998) en su obra Manual de Derecho Penal, afirma que el dolo es:

“El dolo es la forma típica de la voluntad culpable y, en cierto sentido su verdadera forma. Siendo el delito de violación de un precepto jurídico, sólo **cuando el sujeto ha querido el hecho prohibido**, la desobediencia, la rebelión es plena y completa”. (p.254). (Lo subrayado y negrita es mío).

Existen caracteres que nos permiten diferenciar al dolo y la culpa como son la **acción, finalidad y el conocimiento:**

1. El dolo como elemento del tipo subjetivo de la tipicidad como ya lo conocemos se configura por la **voluntad de la realización** de un tipo de delito en relación a un pre acondicionamiento final en la cual el autor sabe y utiliza los medios e instrumentos que ponen al agente en situación de realizar el delito, en consecuencia, la finalidad se dirige a una meta injusta. (intencionalidad dirigida a obtener un resultado claramente delictivo y perverso mediante su actuar) El disvalor de la acción reside en la finalidad dirigida a la concreción de un tipo. Con esto se hace evidente que lo decisivo en el delito doloso no es “el mero acto de

voluntariedad que ocasione un resultado”, sino la dirección concreta de la acción final.

2. En el delito doloso hay coincidencias entre la finalidad del autor y la realización del tipo, en tanto que en el delito culposo la finalidad (siempre la hay) se dirige a concretar un fin diferente del resultado.
3. Por otro lado, en el delito culposo la finalidad es irrelevante, aunque se produzca un resultado típico, lo esencial en este tipo de delitos es el modo o manera de conseguir el fin (disvalor de la acción) o en otras palabras es la forma de desarrollar la obtención de una finalidad, por lo que la dirección final por sí sola no configura acción culposa si no media la infracción del deber objetivo de cuidado que es objetivamente previsible. La producción del resultado ha de ser justamente la concretización de la lesión de cuidado.
4. En la culpa no se imputa el pleno conocimiento de la aptitud lesiva del hecho que se ha realizado, sino un conocimiento de menor grado que, unido a criterios normativos, habría llevado a evitar la realización del tipo penal. Por lo tanto, una imputación de conocimientos sobre la aptitud lesiva concreta de la conducta (en cuyo caso estaríamos sobre una imputación dolosa), sino una imputación sobre la posible lesividad de la conducta que activa el deber de establecer mecanismos de control.

Las ideas del cuarto punto son tomadas del profesor Percy García (2012) en su obra Derecho Penal Parte General, quien de la misma manera manifiesta:

“la diferencia del dolo y la culpa se ubican en el ámbito subjetivo en la cual, si bien en ambos casos el conocimiento se imputa, resulta necesario que la imputación subjetiva en el delito culposo tiene una particularidad distinta.” (p. 533).

En consecuencia, la culpa tiene como la base en el insuficiente conocimiento imputado al autor sobre la lesividad y el criterio de evitabilidad, de los que deriva la posibilidad que tuvo el autor de evitar dicha lesividad.

Por ejemplo:

El conductor que va 120 km por hora dentro de una zona urbana no tiene el conocimiento preciso que en la curva va a cruzarse un transeúnte, pero esta posibilidad es conocida porque se deduce que en las esquinas hay pasos peatonales por lo que generalmente cruzan las personas. Al autor se le imputa el conocimiento de que por las esquinas cruzan peatones y por la velocidad que va le es imposible realizar una maniobra evasiva con éxito en caso de que se cruce un peatón. El conocimiento imputado al autor no genera un deber de dejar de realizar la conducta (detener el automóvil), sino asumir ciertos deberes de cuidado en el emprendimiento de la conducta (disminuir la velocidad al límite permitido).

Ahora es necesario tomar en cuenta que cuando se trata del dolo y la culpa **hay siempre la voluntad de realización del tipo**, es por eso que aunque tenga estructuras totalmente distintas existe este elemento en común, pero no por eso se debe degradar el dolo en culpa, porque es sustancial la diferencia en la **voluntad de realización**, en el dolo hay un vínculo entre la **acción y el resultado**, hay finalidad e intención de conseguir ambos, de manera diferente ocurre en el delito culposo en cuya característica principal es que esa voluntad de realización se dirige a obtener la finalidad de la acción, pero el resultado no se quiere.

Existe jurisprudencia que trata este tema sobre todo para resolver en materia de tránsito, me permito citar la parte resolutive que trata este tema:

“Razón del fallo: Entre el delito doloso y culposo o imprudente existe un paralelismo y una diferencia trascendental; en el primer caso, existe una semejanza que consiste en que debe mediar la voluntad, la que se diferencia del grado de conciencia y comprensión de la conducta; y en el segundo caso, porque además del querer o poder proceder de otra manera busca un resultado u objetivo específico, esto es aquella dirección de la voluntad tendiente a incursionar en una norma en una norma prohibitiva”. (Jurisprudencia Especializada Penal Corte Nacional de Justicia, tomo 4, 2013, p.8).

Y por último existe diferencia con respecto a la estructura de los tipos dolosos con los culposos, porque en los primeros la norma prohíbe o que ordena, es diferente para cada tipo de delito (“no matar”, “no hurtar”, “no injuriar”), en cambio en los tipos culposos la norma es única y se la consagra como el “deber de cuidado” “el que actuó imprudentemente”, que conmina a todos a conducirse en el tráfico diario con diligencia y esmero, empleando la precaución que evite el peligro o el daño a determinados bienes jurídicos.

1.5.1.- EL DOLO EVENTUAL Y LA CULPA. -

Para iniciar este subtema es necesario tomar en consideración la siguiente cita puesto la acción positiva o acción en sentido estricto es la forma de comportamiento humano más importante dentro del Derecho Penal conjuntamente con la tipicidad, dentro del cual hay varios límites para poder juzgarlo como elemento propio de un delito.

“Toda acción humana es ejercicio de la actividad final, la que tiene como fundamento el conocimiento del hombre respecto del acontecer causal, a lo que se suma la posibilidad de preverlo y dominarlo dentro de ciertos límites; el conocimiento los pone al servicio de lograr los fines que mentalmente se propuso.

El acontecer causal es ciego y la acción humana es vidente”. (Zambrano Alfonso, 1988, p. 49.)

Dentro de la definición del dolo se deriva sus distintas clases dependiendo de dos elementos básicos como es uno **intelectual** en la cual el sujeto de la acción debe saber lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su actuación y otro **volitivo** que hace referencia que para actuar dolosamente no basta el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario además querer realizarlos.

Tomando en consideración estos elementos se dice que el **dolo eventual** se lo describe de la siguiente manera: “el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo la eventual realización. El sujeto no quiere el resultado, “pero cuenta con él”, “admite su producción”, “acepta el riesgo”, etc. En este sentido el resultado no fue ni propuesto ni tenido como seguro, sino que se abandona al curso al curso de las cosas.

Pertencen al dolo eventual, de un lado la conciencia de la existencia de un peligro concreto de que se realice el tipo, y por otro lado la consideración sería de ese peligro por parte del autor.

A este tipo de dolo (eventual) Welzel lo denomina como “condicionado” debido que el autor conoce los elementos objetivos del tipo y acepta (forma de querer) la realización del tipo que se le presenta como eventualmente como posible o muy probable. El mismo doctrinario también afirma que este tipo de dolo el autor considera seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforma con ella.

Algunos autores consideran al dolo eventual como la frontera entre el dolo y la culpa pero es necesario realizar un análisis profundo para poder darle una distinción con mayor claridad.

Para empezar, debemos mencionar que la **culpa** puede ser de dos clases

- **La culpa consciente:** *Que* existe cuando el agente al llevar a cabo su acción, es consciente del peligro de la misma ha previsto el resultado sin haberlo querido, pero confía en su no producción a través de sus habilidades experiencia, conocimientos, asumiendo temerariamente el riesgo (se llama también “culpa con representación”).

En este tipo de culpa no se acepta como probable el hipotético daño, debido a los conocimientos y a la experiencia que el agente cree tener, en tal sentido se destaca que en la imprudencia consciente, el actor se representa precisamente el resultado de su actuar, el mismo es consciente que se está abordando con falta de cuidado, fuera de la prudencia exigida en el caso; el actor prevé pero él confía que el riesgo no se materializara en un resultado dañoso.

- **La culpa inconsciente** existe a diferencia de la culpa consciente cuando no tiene previsión o conciencia (representación) de la producción de un resultado dañoso, bien porque no se da cuenta en absoluto de la peligrosidad de su conducta o porque siendo consciente de la posibilidad y de la peligrosidad de algunos elementos del tipo, por un error vencible de tipo, desconoce la presencia de algún otro elemento típico. Como un ejemplo podemos mencionar Juan retrocede rápidamente su automóvil sin fijarse previamente en el espejo retrovisor y arrolla a un infante que estaba jugando tras las ruedas traseras de su vehículo.

Lo más importante en este tipo de culpa es que el autor realiza la acción sin haberse representado el resultado delictuoso porque obra con despreocupación y desmedro de las consecuencias dañosas que se pueden producir por su falta de diligencia.

Existen algunos autores como Choclán Montalvo y Jakobs que solo aceptan y reconocen a la culpa inconsciente debida que en la culpa consciente aparece el conocimiento del advenimiento del resultado como probable y que debemos de hablar de dolo eventual y no de culpa.

Criterio del cual no estoy de acuerdo debido que en el dolo eventual existe una certeza sin duda alguna que con el actuar del autor se va a producir el resultado dañoso y este sujeto, aunque no lo acepta ese resultado cuenta con él en cambio en la culpa consciente el autor tiene una posibilidad de que se vaya a producir el resultado dañoso, pero confía que no se va a producir debido a sus destrezas y conocimientos.

Para poder distinguir el dolo eventual de la culpa se han formulado a decir de Francisco Muñoz Conde dos teorías: *La teoría de la probabilidad* y la *teoría de la voluntad*. (Francisco Muñoz Conde, Teoría General del Delito, Pág. 46.

- **La teoría de la probabilidad:** Parte de uno de los elementos básicos del dolo como es el elemento intelectual, esta teoría admite que existe dolo eventual cuando el autor se representa el resultado como muy probable producción y a pesar de ello actúa, en cambio si esta probabilidad de producción del resultado es muy lejana o remota, habrá culpa. (Muñoz, 2002).
- **La teoría de la voluntad:** Parte del otro elemento del dolo que es el volitivo, en esta teoría no es suficiente que el autor se plantee el resultado como de muy probable realización, sino que con el conocimiento de la producción de ese resultado se siga actuando. Hay, por el contrario, culpa, si el autor si al haberse representado el resultado como de segura producción, hubiera dejado de actuar.

El profesor Alfonso Zambrano (2008) con el propósito de reforzar lo manifestado nos dice lo siguiente:

“Si falta la representación del resultado a lo menos como posible no habrá actuar doloso, no basta que “hubiera debido pensar en ella” porque la falta de previsión o de representación del resultado posible o la falta de previsión de lo que es normalmente previsible, es propio de la culpa sin representación o de la culpa inconsciente (infra), no del dolo eventual”. (p.71)

Pero ahora se presenta otra dificultad porque es necesario saber cuándo el autor quiere el resultado que se ha presentado como posible o probable y consecuentemente obra con dolo eventual.

Se puede dar soluciones dogmáticas distintas tomadas de la Obra de Alfonso Zambrano Pasquel de las que podemos mencionar:

- **Teoría del asentimiento:** Lo representado como posible es querido si el autor ha consentido en su producción.
- **Teoría de la representación,** se resuelve el problema acudiendo a la probabilidad de la realización. Se pueden diferenciar la posibilidad de la probabilidad, en que esta implica un alto grado de posibilidad, de manera que si representa como probable el resultado se debe concluir que se “quiere” tal concreción.

Para terminar, se puede representar lo manifestado mediante un ejemplo:

Cuando un terrorista planifica y quiere la muerte de “Pacheco” para eso coloca una bomba que debe detonar a una hora determinada. Pero se representa la posibilidad de que además de “Pacheco” a esa hora se encuentra otras personas, como bien puede ocurrir lo contrario. El peligro no detiene al terrorista y toma a su cargo de que otras personas sufran consecuencias, si esto ocurre habrá obrado con dolo eventual con respecto a esas personas

y con dolo directo con referencia a “Pacheco”, y no existe ningún vestigio de culpa puesto que el autor tenía pleno conocimiento de lo que va a suceder y sin embargo actuó.

1.6.- LA CULPA. -

La incorporación del delito culposo dentro del esquema de la teoría del delito no ha sido una tarea sencilla debido a su complejidad, puesto que todo se había planteado en base a un molde tradicional de la teoría (delitos dolosos) que se basaba en su concepción finalista y, en definitiva, en la idea clásica del delito.

En esencia los accidentes de tránsito son los típicos delitos *culposos* o llamados también los delitos *imprudentes* puesto que la culpa hace referencia al “deber de diligencia”, en los cuales su principal característica es que existe ausencia de dolo porque el motivo del autor del hecho culposo no apuntó con terminar la vida de un semejante, pero si existió falta de previsión, en los que se destaca la ignorancia, inobservancia de reglamentos, imprudencia, descuido, abandono que de una u otra manera se alude a la negligencia, de ahí que surge para el análisis del presente trabajo de investigación la necesidad de estudiar a fondo la figura penal culposa.

Con el proceso de industrialización iniciada en el siglo XIX con la conocida Revolución Industrial en la cual el hombre crea y manipula mecanismos más complejos que sin duda generan peligros para la vida e integridad física de las personas, es a raíz de esta tecnización en especial de la motorización de la vida en donde los delitos culposos adquieren vital importancia puesto que ofrecía particularidades notables en el injusto ya que la doctrina que hasta entonces se había creado no estaba preparada para resolver técnicamente los problemas jurídicos que se planteaban porque se habían desarrollado en base al dolo.

En el Derecho Penal actual con la diferenciación bien marcada de las estructuras entre delitos dolosos y culposos se ha dado vital importancia a la naturaleza subjetiva del actuar humano y esto con el propósito de determinar responsabilidades de manera objetiva evitando de esta manera un causalismo exagerado. Por otro lado el Derecho Penal debe limitarse a la protección de bienes jurídicos relevantes de claro valor social y humano para evitar su lesión o puesta en peligro.

Ahora vamos a entrar en el campo de definir qué se entiende por CULPA tomaremos como base dos definiciones:

1.- La primera tomada del profesor Francesco Antolisei en su obra “Manual de Derecho Penal” Pág. 268, quien al respecto del delito culposo nos dice:

“es culposo, o contra la intención, o cuando el resultado, aunque se haya previsto, no es querido por el agente y se verifica a causa de negligencia, imprudencia o impericia, o bien por inobservancia de las leyes, reglamentos, ordenes o instrucciones”,

2.- También el concepto que nos da el profesor Sebastián Soler quien al definir la culpa nos dice:

“responde por culpa el que ha producido un resultado delictuoso sin quererlo, cuando por imprudencia, negligencia, impericia o por inobservancia de los deberes que en concreto le incumbían no previó que ocurriría o previéndolo creyó poder evitarlo”.

De las dos definiciones antes mencionadas extraeremos elementos característicos que son propios de la culpa:

- **Voluntad de realizar el acto:** Se deduce que para la existencia del delito culposo es preciso que la **acción** se haya cometido con “conciencia y voluntad”, es decir

un comportamiento atribuible al querer del sujeto. En este punto tenemos que dejar claro que el ánimo del sujeto o quien realiza la acción está dirigida a realizar el acto, (por ejemplo “acto de voluntariedad” conducir) pero esto no significa aceptar un resultado dañoso, al respecto Francesco Antolisei (1998) nos dice:

“Ciertamente que en el delito culposo el agente ha realizado el hecho previsto por la ley como delito mediante una conducta referible a su voluntad (“propia” de él), pero no la ha querido ni directa ni indirectamente.” (p.467).

En el tipo culposo es relevante que la acción imprudente como: voluntaria realización del hecho que vulnera el deber de cuidado a ratos es indiferente de la producción de un resultado material bastando únicamente un peligro o un incremento del riesgo.

Welzel en su obra Derecho Penal Alemán, confirma lo manifestado:

“... el delito culposo se ocupa (no tanto de los objetivos, sino más bien) de la clase de ejecución de la acción final en relación a las consecuencias intolerables socialmente, que el actor o bien confía en que no se producirán o ni siquiera piensa en su producción...” (p.185).

Se dice que el resultado es independiente a la acción imprudente porque el desvalor de la acción como tal no puede ser aumentado por la producción del desvalor del resultado ni ser disminuido por su ausencia.

“Por eso se habla con frecuencia que el desvalor del resultado como “complemento al azar” en los delitos culposos”. (Welzel, 1969, p.163)

Pero con todo si la acción contraria al cuidado se concreta en un resultado dañoso, este resultado podrá lograr relevancia jurídica penal para ser utilizado como fundamento material del injusto típico penal.

Y por último el resultado dañoso que se ha producido interesa para el tipo culposo solo y cuando es la concretización de la lesión de cuidado. Se excluyen del tipo de los delitos culposos los resultados que no puedan ser previstos por un hombre razonable, en estos casos según la doctrina no se considera un delito sino lamentablemente una “desgracia”.

De lo manifestado se deduce que existe otro presupuesto importante que configura a los delitos culposos como es:

- **Que el resultado sea previsible** pero no querido, porque la culpa es no haber previsto lo que una persona diligente pudo prever, o no haber advertido que no podía evitar el peligro, en otras palabras, la imputación en este tipo de delito se produce cuando el autor obró sin ese conocimiento o previsión, pero debía haberlo previsto o evitarlo. La **posibilidad** de conocer (cognoscibilidad) y de evitar el resultado caracteriza al tipo imprudente frente al doloso. La imprudencia es básicamente un error de tipo vencible, es fundamental como ya habíamos manifestado que el disvalor de la acción que haya contravenido el deber objetivo de cuidado.
- **El deber objetivo de cuidado,** es entendido como aquella conducta que habría seguido un hombre razonable en la misma situación del autor, un concepto netamente objetivo y normativo. (más adelante se profundizará este tema).
- La conducta además de típica **debe ser antijurídica** para estructurar el tipo culposo de injusto pudiendo admitirse la posibilidad de una causa de justificación, por ello la antijuricidad se fundamenta en la infracción no justificada del deber objetivo de cuidado.

1.7 NATURALEZA Y ESENCIA DE LA CULPA:

Los conocimientos especiales y la experiencia son propio de los seres humanos que les enseña que en determinadas situaciones se debe actuar con precaución con el propósito que no se puedan perjudicar intereses ajenos, es por eso que surgen “reglas de conducta”, que comúnmente son de usos sociales conocidas también como **“las lex artis”** que van a ser distintas dependiendo de cada rama profesional, en este caso en concreto corresponden a las **“reglas reconocidas de conducir”**, que tienen por objeto el comportamiento correcto en el tránsito y dan la medida del comportamiento de un buen conductor como por ejemplo: un conductor que llega una intersección donde está un disco de “PARE” antes de pasar tiene que mirar a ambos lados para poder cruzar y no tener que lamentar consecuencias desastrosas. A estas reglas concurre numerosas veces el Estado a través de su normatividad dando restricciones a ciertas actividades, más o menos peligrosas, en orden de prevenir, en la medida posible consecuencias nocivas para terceros.

Este criterio también coincide con el de Welzel (1998) al decir:

“...los tipos culposos se pone en conexión, entonces, la ejecución concreta (o dirección concreta) de la acción final con una conducta modelo, rectora, que está orientada a evitar consecuencias de acción indeseables socialmente.” (p. 185).

Cuando esta ejecución de la acción coincide con la “conducta modelo” o “regla de conducta”, significa *que es adecuada al ámbito de cuidado* y por ello no se le puede imputar al actor del hecho, aunque haya ocasionado un resultado dañoso socialmente, esta parte tiene relación con la teoría del “Riesgo Permitido”.

Es por eso que el delito culposo nace siempre y solamente de las normas indicadas. Su inobservancia induce al Juez que al momento de juzgar le diga: ¡tú no has sido diligente y cauto como habrías debido!

Por lo tanto, que la esencia de la culpa está definida en el incumplimiento de la conducta descrita en el tipo legal y por la infracción de un deber objetivo de cuidado.

“...que la esencia de la culpa debe entenderse en la inobservancia de las normas sancionadas por lo usos o expresamente descritas por las autoridades con el fin de prevenir resultados dañosos” (Antolisei, Francesco, 1960, p. 273).

1.8.- LA TEORÍA DE LA PREVISIBILIDAD. -

Empezamos mencionando la siguiente cita del profesor Francesco Carnelutti (1978) en su obra Lecciones de Derecho Penal EL DELITO:

“El fin lo pone la fantasía, la cual elabora las imágenes suministradas por la memoria, una y otra estimuladas por el interés e inagotablemente abastecidas por la realidad. Si el desenvolvimiento del interés, que se configura en el fin, es real o imaginario, en otras palabras, posible o imposible, constituye objeto de un juicio al que provee la razón”. (p.134)

Este juicio de razonamiento se le denomina acertadamente con el nombre de PREVISIÓN. Este mismo autor lo define a la misma de la siguiente manera “La previsión es un juicio de existencia futura totalmente análogo al juicio de existencia pretérita; el ver antes es un resultado de juicio...”.

El diccionario elemental lo define a la previsión como: “Conocimiento anticipado, por ciertas señales o indicios”

El Doctor Guillermo Cabanellas de Torres al definir a la previsibilidad en su obra Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV, edición 28, editorial Heliasta, Pág. 400 Jurídico nos dice:

“elemento característico de la culpa, consistente en la capacidad de conjeturar los resultados dañosos de la acción, no previstos sin embargo de modo efectivo en el caso de que se trate; porque, sino, habría constituido dolo y no simple negligencia; y de concurrir la posibilidad de no prever, existiría excusa por caso fortuito”

Por lo que la previsión constituye sin duda alguna la primera fase del momento psicológico de una persona prudente al momento de realizar un acto entrando inmediatamente como segunda fase la conciencia entendida esta como un juicio crítico de entender.

Ahora como lo manifiesta el maestro Carrara quien dice que lo fundamental de la culpa reside oportunamente como uno de los fundamentos en la previsibilidad:

Normalmente se ha definido a la culpa como la falta de previsión de lo que es normalmente previsible o la producción de un resultado previsto como posible a consecuencia de la omisión de cuidado.

También es correcto decir: “El autor del daño culposo pudo obrar negligentemente o con imprudencia, no previendo las posibles consecuencias de un actuar reprochable” (Montanelli Norberto, 1993, p. 170).

Si se toma en cuenta a la culpa como la lesión del deber objetivo de cuidado exigido por el ordenamiento jurídico determinada por una acción imprudente que a su vez son previsibles, se está abarcando los fundamentos de la culpa, porque la diligencia objetivamente exigida requiere del elemento intelectual (LA PREVISIBILIDAD) y el normativo (la prudencia o diligencia)

El profesor Alfonso Zambrano Pasquel nos recalca que no es lo mismo PREVISIÓN que **PREVISIBILIDAD** existe una diferencia técnica la **primera** hace referencia al hecho real y concreto que el sujeto se presentó mentalmente y la **segunda** es la capacidad de

representación mental, esto es importante debido que en la culpa reside fundamentalmente en la previsibilidad.

Por lo tanto, surge una dificultad de contar un elemento estándar para poder medir la capacidad de previsibilidad lo común que se hace es tomar como referencia al hombre medio o al hombre prudente, aceptado de esta manera un criterio objetivo.

De esta manera una persona NO puede prever de ninguna manera un acontecimiento con exactitud de cómo va a suceder, pero lo que si puede hacer es preverla como posible y tratar de evitarla aplicando un actuar cuidadoso. Se puede afirmar que sin previsibilidad del resultado no puede configurarse la culpa ya que dicho concepto está íntimamente ligado con el deber de cuidado y el incremento del riesgo.

El cuidado y la previsibilidad se entrelazan, porque cuando se habla de cuidado nos representamos la posibilidad que esa falta de cuidado determine en un daño o peligro. El deber de cuidado impone restricciones en las acciones que previsiblemente pueden resultar afectados bienes protegidos por el derecho.

De otra parte se critica a la doctrina creada en base a la culpa porque tiene como soporte a la previsibilidad de un resultado dañoso ya que no hay un acontecimiento que no sea normalmente previsible que no pueda anticipar por un acto de representación mental, pero si tomamos en serio esta afirmación tendríamos que limitarnos en nuestras actividades diarias hasta llegar a una paralización completa, no se podría practicar ningún deporte, conducir, realizar actividades de asistencia médica, etc., en definitiva toda actividad implica un riesgo, pero lo que si toma en consideración el Derecho Penal actual para adjudicar responsabilidades es la creación de un peligro jurídicamente desaprobado o socialmente inadecuado.

En general vivimos en una sociedad de riesgos, no obstante, hay algunos que son jurídica y socialmente desaprobados. En suma, nadie puede ser reprochado penalmente por un suceso que no puede controlar ni evitar, al referirnos a esto, entramos en el ámbito de la PREVISIBILIDAD.

El derecho no exige evitar toda lesión previsible de bienes jurídicos sino solo aquellas lesiones que sean producto de procesos de riesgos previsibles y que, además hayan de ser social–normativamente evitables.

El juicio sobre lo previsible se lo realiza en dos planos a saber:

1. En un **plano objetivo** perteneciente al tipo de injusto, esto significa, que lo que es previsible para cualquier persona que pertenezca al círculo de actividad del autor, por ejemplo: Si al momento de manejar mi vehículo por una zona escolar mi mente debe prever que existe la posibilidad de que algún desatento estudiante vaya a atravesar la calle de manera repentina por lo que es necesario que baje la velocidad de mi vehículo con el fin de que si se presenta esa situación poder frenar a tiempo.
2. En segundo lugar, está el **plano subjetivo** que hace referencia a un juicio acerca de la previsibilidad del proceso causal y del resultado para las personas en concreto, en atención a sus particularidades actitudes y capacidades.

1.9.- TEORÍA DE LA VOLUNTAD. -

La conducta humana (acción) es el punto de partida de toda reacción jurídico penal, en donde la norma penal pretende regular dichas conductas, empero, solo aquellas conductas que son las más lesivas a bienes jurídicamente protegidos.

A decir el profesor Alfonso Raúl Peña Cabrera (2012) en su obra Derecho Penal nos dice:

“el Derecho Penal no puede impedir sin más la pérdida o la puesta en peligro de bienes jurídicos, sino, a lo sumo, luchar contra determinadas formas de conducta humana socialmente dañosas o indeseadas; aquellas intolerables por la sociedad por perturbar sus bases coexistenciales de forma significativa”. (p.174).

La acción como manifestación de la personalidad humana, se exterioriza en la modificación del mundo exterior, perceptibles por los sentidos, pero solo de trascendencia, puesto que el Derecho Penal es de Acto y no de Autor en donde se deduce que nunca pueden constituir delito ni en el pensamiento, ni las ideas en tanto no se traduzcan en actos externos, tampoco pueden constituir delito los hechos producidos por los animales ni los sucesos puramente causales, como los fenómenos producidos por la naturaleza, por más que pueda producir resultados lesivos.

El acto humano debe tener un contenido de voluntad, según se ha manifestado el acto debe estar guiado por la voluntad humana. **No se penan los hechos involuntarios del hombre.** Pero se presentan dificultades prácticas, pues habiendo una conducta humana puede presumirse la existencia de un contenido de voluntad.

Para poder afirmar que una determinada conducta constituye un delito, el primer presupuesto que debe recurrir es que lesione o ponga en peligro un bien jurídico tutelado penalmente, y como segundo requisito, la conducta debe provenir de una conducta humana VOLUNTARIA y consciente.

1.9.1.- CONCEPTO DE ACCIÓN. -

Tomemos en consideración el concepto que nos da el profesor Alfonso Raúl Peña Cabrera (2012) en su obra Derecho Penal:

“Es todo aquel comportamiento proveniente de la voluntad humana, la cual implica siempre una finalidad pre-concebida, la determinación conductiva

conforme a sentido que se manifiesta en la exteriorización de esa voluntad en el mundo exterior, partir de concretos estados de lesión o percepción de riesgos concretos en la esfera de intangibilidad del interés jurídico merecedores de tutela penal”. (p.322).

También viene a bien considerar el concepto de acción dado por el profesor, Francisco Muñoz Conde (2008):

“Se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad siempre implica una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin u objetivo determinado” (p.215).

Cuando nos referimos al contenido de la “voluntad” es siempre algo que se quiere, es decir un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin.

Llamamos “acto voluntario” según Javier Hervada a aquella acción que procede de la voluntad del conocimiento del fin. La voluntad actúa con la inteligencia, y la inteligencia conoce el fin, por lo que fin mueve la voluntad.

Es por eso que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin. Para Welzel, el derecho penal no puede prohibir acciones sin finalidad, ya que no se trataría de acciones humanas.

La dirección final de la acción se produce en dos fases: una interna y otra externa.

- a) **En la fase interna**, que sucede en la esfera del pensamiento del autor, este se propone anticipadamente la realización de un fin, como por ejemplo realizar un viaje. En esta fase interna se tiene que considerar los efectos concomitantes que

van unidos a la consecución del fin como por ejemplo querer realizar el viaje en un automóvil. Pero una vez que se admita como de segura o probable su realización se pasa a la siguiente fase:

- b) **Fase externa**, una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo externo, pone en marcha conforme a un plan.

1.9.2.- LA VOLUNTAD EN LOS DELITOS IMPRUDENTES:

En los delitos imprudentes el ánimo o voluntad del sujeto activo está dirigido a realizar el acto, pero esto no significa aceptar un resultado dañoso, al contrario, el agente excluye específicamente esa posibilidad o ni siquiera se lo representa. En otras palabras, en la culpa existe una voluntad, pero dirigida exclusivamente hacia el acto, pero no hacia el resultado.

Cuando se dice que la acción final es la base del Derecho Penal esto no quiere decir que solo el fin de esa acción es lo que interesa al Derecho Penal, también los medios elegidos o en los efectos concomitantes a la realización de ese fin.

Francisco Muñoz Conde (2008) nos dice al respecto:

“El derecho penal no solo prohíbe acciones finales en la que el fin pretendido por el autor o los efectos concomitantes por él admitidos. Puede ser que el fin principal sea irrelevante desde el punto de vista penal y lo que importe sean los efectos concomitantes o los medios seleccionados para realizarlos”. (p.284).

Un ejemplo:

Cuando el conductor conduce su automóvil a más velocidad de la permitida puede pretender una finalidad absolutamente lícita (llegar a tiempo a su lugar de trabajo), pero

los medios empleados para ello (conducir imprudentemente su automóvil) o los efectos concomitantes (la muerte de un peatón atropellado) son desvalorados por la ley penal.

Pero la “voluntad” dentro de las acciones humanas tiene diferentes matices dependiendo del elemento subjetivo en la cual se toma en consideración el fin, en primer lugar, se encuentra los defensores de la teoría de la voluntad, para quienes la diferencia subjetiva entre el dolo y la culpa estaría en la existencia de la voluntad con respecto al resultado. Dolo sería entonces conocimiento del hecho más voluntad con respecto del resultado, mientras que culpa sería conocimiento del hecho sin voluntad de producir el resultado.

Esto no lleva a recalcar que en ocasiones el fin que persigue el agente puede ser irrelevante en el derecho Penal como la acción de conducir un vehículo, pero lo que importa es la finalidad real impresa en la acción, el modo como cumple la actividad final, de modo como en el ejemplo que mencionamos si hay conducción imprudente o negligente y se da un resultado previsible y evitable nos encontramos a un tipo penal culposo.

En el delito culposo con relación a esa voluntad tiene una característica especial hay una “ausencia de un buen propósito que requiere atención y cuidado para evitar acciones antijurídicas, hay ausencia de una voluntad buena”. (ZAMBRANO, 1998, p. 81).

Podemos concluir diciendo que, en la moderna estructura de los delitos imprudentes, la voluntad del resultado es diferente en el dolo y en la culpa, puesto que existe un deber jurídico que nos obliga a evitar lesionar bienes protegidos por el derecho y que ese deber es consecuencia de las normas de convivir social, que imponen determinadas restricciones y la observancia de un cuidado debido.

1.10.- EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

1.10.1.- Generalidades. -

La sociedad actual ha ido evolucionando en forma significativa, producto de las transformaciones socio-económicas que dan cabida a una sociedad post-industrial, que ha facilitado tremendamente la vida del hombre, empero, estas nuevas actividades generan un efecto dual, es decir no solo se genera un beneficio para el hombre, sino también ocasionan peligros para los bienes jurídicos más importantes.

Dicho así la sociedad moderna se ha caracterizado por evitar aquellas conductas que provienen de un “riesgo no permitido”, al infringir “normas de cuidado” orientadas esencialmente a impedir la afectación de los “bienes protegidos” por el Derecho, en tal virtud, los elementos compondores de los delitos imprudentes son el “riesgo no permitido”, la “infracción de las normas de cuidado” y la afectación a “bienes protegidos”, que tiene una mayor incidencia en materia de tránsito y en el campo de la medicina con la intervenciones quirúrgicas riesgosas.

En esencia el ilícito de tránsito es el típico delito *culposo* puesto que la culpa hace referencia al “deber de cuidado”, en los cuales su principal característica es que existe ausencia de dolo porque el motivo del autor del hecho culposo no apuntó con terminar la vida de un semejante (fin), pero si existió falta de previsión,

Así que estas consecuencias lesivas se producen a partir de determinadas infracciones, que en este ámbito se centran en una **violación al deber objetivo de cuidado.**

El fundamento de la culpa reside en la violación del deber de cuidado considerando a esta acción como contraria a la diligencia objetiva que impone observar la medida socialmente adecuada que se extrae del contexto del orden jurídico.

Para empezar debemos mencionar que en los delitos culposos la conducta típica no está determinada con exactitud o como dice el profesor Welzel “no está determinada legalmente”, a menudo dentro de la descripción de este delito solo se habla: “del que por imprudencia causare determinado resultado” o como describe en nuestro Código Orgánico Integral Penal en su Art. 27: “Actúa con culpa la persona que **infringiere el deber objetivo de cuidado**, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso...” (Lo negrita y subrayado es mío).

Algunos autores consideran a los delitos imprudentes por su vaga descripción como tipos penales “abiertos” o con “necesidad de complementación” donde la característica del tipo debe ser completada por vía judicial, ya que el juez tiene que completarlos para el caso concreto conforme a un criterio rector general, empero, ello supone en algunos casos un quebramiento al “Principio de Legalidad”, debido a que en Derecho Penal está estrictamente prohibido las interpretaciones extensivas.

Pero como saber cuándo una determinada acción coincide con la descripción que hace el tipo penal para deducir que constituye un delito imprudente sobre todo cuando existe una vaguedad en la descripción del tipo, al respecto Francisco Muñoz Conde en su obra “Teoría General de Delito”, Pág. 56 nos dice:

“Lo que hay que hacer es buscar un punto de referencia con el que comparar la acción realizada, para ver si ha sido realizada imprudentemente. Este punto de referencia lo establece el *deber objetivo de cuidado*”. (p.56).

De aquí se nos presenta la primera interrogante a dilucidar: **¿Qué se entiende por Deber Objetivo de Cuidado?** o como lo consideran otros autores ¿cuál es el cuidado necesario?

El profesor Hans Welzel nos empieza a dar las pautas al respecto, él manifiesta que el concepto de cuidado necesario es un concepto **objetivo y normativo**, apuntando que para

la determinación de su contenido no tiene importancia el cuidado que el sujeto pudo observar, conocer y evitar, **sino solo el que debió conocer y evitar**. (“requerido en el ámbito de relación”), además nos indica que es cuidadosa la conducta que habría seguido un hombre razonable y prudente en la misma situación del autor.

Para un mejor entendimiento es necesario citar nuevamente a Francisco Muñoz Conde con respecto al núcleo de los delitos imprudentes, él nos dice lo siguiente:

“El núcleo del tipo de injusto del delito imprudente consiste, por tanto, en la divergencia entre la conducta realmente realizada y la que debía haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente, era necesario observar y que cualquier persona situada en las circunstancias del autor podía haber observado” (Francisco Muñoz, 2008, p. 284).

Hasta aquí podemos mencionar que la punición del autor por culpa no depende solamente de que la acción haya determinado en la aparición de un resultado típico previsible y evitable para el sujeto que realiza la acción, sino de una característica adicional, consistente en la infracción de un deber general de cuidado, impuesto por el ordenamiento jurídico en la realización de acciones peligrosas para determinados bienes jurídicamente protegidos.

1.10.2.- EVOLUCIÓN DEL CONTENIDO DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO. -

A la teoría de la “causalidad” no le tomo mucha importancia el estudio de la culpa pues el concepto de imprudencia se lo encuadraba en la concepción psicológica de la culpabilidad, que era propia del “concepto clásico del delito” en donde la culpabilidad se lo entendía como un nexo psíquico de enlace entre el sujeto y el hecho, por lo tanto la

imprudencia se consideraba como una forma de culpabilidad, consistente en un nexo psicológico de unión entre el sujeto y el hecho, pero menos intenso que el dolo.

En tal virtud esta teoría en nada aportaba en **determinar objetivamente** la responsabilidad de la infracción puesto que la relevancia penal no viene dando por la constatación de modificaciones indeseadas en el mundo exterior, además no se distinguía a nivel de injusto entre hechos punibles culposos o dolosos ambos tenían la misma estructura y elementos, empero, la distinción recién se lo realizaba al nivel de la culpabilidad.

Para tratar de superar estos defectos de la teoría de la “causalidad” la doctrina penal intento resolver mediante las teorías individualizadoras, posiblemente la que adquirió mayor aceptación fue la “*teoría de la causa adecuada*”, lo importante de mencionar esta teoría es porque el deber objetivo de cuidado es un desarrollo de la misma.

Engisch contribuyo a la determinación del elemento del deber de cuidado necesario basado en la “teoría de la adecuación” construyendo una teoría normativa que sirve para determinar si un comportamiento es subsumible en un tipo de resultado. Este autor empieza a advertir la presencia de un elemento definidor del injusto imprudente en base a una consideración objetiva, basado en el cuidado que requiere la vida social en base de un carácter objetivo-normativo introduciendo de esta manera en el delito culposo una nota restrictiva de responsabilidad.

1.10.3.- CONTENIDO DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO. -

El Ordenamiento Jurídico mediante su normatividad exige a los ciudadanos la observancia del cuidado debido en la realización de determinadas actividades que entrañan un peligro objetivo, previsible e identificable, dicha observancia se identificará mediante varios parámetros que regulan su actuación, en la cual la convivencia humana

está regulada por una serie de normas de conducta en base a roles, actuaciones o deberes y también emana de la propia ley,

El concepto de cuidado debido es ante todo: **objetivo y normativo**:

- Es **Objetivo**: porque lo más importante para establecer cuál es el cuidado necesario nace en función de: aquel cuidado requerido en la vida de relación social respecto a la realización de una conducta determinada y NO el cuidado que ha aplicado o ha podido aplicar el autor. Ello supone más un juicio normativo que surge de la comparación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente en la situación del autor.
- Es **Normativo**, de este juicio se desprende dos puntos:
 1. Uno **intelectual**, esto es la previsibilidad objetiva: el resultado debe ser previsible ex ante para una imagen ideal colocada en la misma situación y posición del autor, esto es, la acción debe ser aquella que conforme a la “experiencia general” encierre una tendencia lesiva, ósea, resulte adecuada para producir el resultado. Queda así excluidos todos los cursos causales inadecuados.
- Uno **valorativo**: según la cual sólo es contrario al cuidado aquella conducta que queda por debajo de la medida adecuada socialmente y además se toma en consideración el riesgo permitido puesto que solo infringe el deber de cuidado aquel cuidado

Bustos Ramírez, en su obra Manual de Derecho Penal nos sintetiza lo que acabamos de mencionar:

“La falta de cuidado requerido en el ámbito de relación es un concepto objetivo, porque surge desde el ordenamiento jurídico en su conjunto y su regulación de la vida social, y es normativo valorativo, porque se deriva de la valoración que le

merece una determinada acción dentro del ámbito situacional determinado” (p. 233).

El legislador al momento de estructurar los tipos penales denota que el cuidado debido previsto en el tipo culposo, debe ser de **carácter objetivo**, objetividad que debe recaer en una persona concreta dependiendo del rol que desempeñe en el ámbito social conjuntamente con grados de exigibilidad.

Dentro del aspecto intelectual del deber objetivo de cuidado nos dice que el resultado debe ser previsible pero ciertamente esta previsibilidad objetiva no es suficiente para la imputación de un hecho como imprudente, porque no toda conducta que objetivamente pueda producir resultados lesivos es por sí una conducta imprudente. Por ejemplo, conducir mi coche por una avenida de bastante tránsito es por sí una actividad peligrosa, y aunque pueda ser previsible de que ella se derive en un accidente de tránsito, no es ya sin más una conducta imprudente. Es necesario para que esta conducta en sí peligrosa pueda ser calificada como imprudente es necesario además de la previsibilidad que el sujeto desatienda las “reglas de cuidado” que en estos casos, el tráfico exige cumplir.

Estas reglas de cuidado vienen reguladas generalmente por normas administrativas, así como las reglas de experiencia en el ejercicio de determinadas profesiones: La “*leges artis*”

Para poder apreciar una efectiva lesión del deber objetivo de cuidado, nos debemos remitir:

- A. El estado regula determinadas conductas mediante normas que podrán en algunos casos leyes o de reglamentos.
- B. Dicha normatividad se fundamenta en el “**principio de confianza**” que significa que quien actúa confía que sus conciudadanos adecuarán su conducta, conforme

a las normas regulativas, como verdaderos sujetos autoresponsables. Por ejemplo, quien cruza con su vehículo por una intersección en luz verde confía que el resto de conductores adecuarán el manejo de sus vehículos sujetándose a las reglas de tránsito. En el caso de producirse un choque, éste será únicamente imputable a aquel conductor que cruzo la intersección antirreglamentariamente. Quien adecua su conducta confía que los otros harán lo mismo. Por lo tanto, cada participante será responsable en virtud de su ámbito de organización propia y para delimitar ámbitos de responsabilidad se tomará en consideración el “Principio de confianza”.

- C. La producción del resultado lesivo debe ser consecuencia directa del riesgo jurídicamente desaprobado creado por el autor y no por otros tipos de riesgos concurrentes por causas al azar (fortuito) o por obra de la naturaleza.

1.10.4.- LA LESIÓN DEL CUIDADO. -

Si realizamos la comparación entre el deber de cuidado objetivo y la conducta concreta realizada resulta que la misma ha quedado por debajo de lo que el cuidado objetivo exigía, se habrá quebrantado este cuidado y la conducta será típica. Pero si ocurre lo contrario la conducta realizada es conforme al cuidado requerido, dicha conducta no será atípica. El Derecho Penal no puede obligar a nadie más allá de la observancia del cuidado debido que objetivamente era exigible.

Es necesario tomar en cuenta que además de la violación del deber de cuidado objetivamente requerido se debe tomar en consideración también la capacidad, rol específico y conocimientos especiales del sujeto que actúa, tanto para fundamentar la imprudencia como también determinar su gravedad.

1.10.5.- EL DEBER SUBJETIVO DE CUIDADO. -

Dentro de los delitos imprudentes a más de criterios objetivos que sirven de base para valorar si una conducta es imprudente hay también un tipo subjetivo que recae sobre la **capacidad individual**, correspondiendo esto al nivel de conocimiento, la previsibilidad y experiencia del sujeto. Tales elementos servirán como un medidor para poder establecer si el autor contaba con poder de evitabilidad, es decir, si ha obrado negligente y así mismo si le era exigible.

Esto es importante mencionar porque el saber especial de un individuo, sus deberes profesionales pueden servir como indicio para valorar una conducta como imprudente. También el rol que desempeña el sujeto puede ser determinante para la exigencia de un mayor deber de cuidado.

Francisco Muñoz Conde al referirse al elemento subjetivo en los delitos imprudentes nos dice lo siguiente:

“Se puede hablar, por tanto, de un “doble baremo”, en el sentido de que el primero hay que establecer un baremo generalizador u objetivo de lo que se considera imprudente e individualizarlo después con arreglo a las circunstancias del caso en concreto y a los conocimientos y capacidades especiales del sujeto que interviene en este caso (cirujano de prestigio, piloto de carreras, experto o perito”. (MUÑOZ, 2010, p. 287).

Para la evolución subjetiva de las conductas imprudentes habrá que tomar en consideración los siguientes elementos:

1.10.6.- PODERES INDIVIDUALES. -

La norma de cuidado sólo es infringida por el autor, que le era posible cumplirla, ello en virtud de que la norma penal obliga a hacer todo lo posible al autor en la situación concreta, para lograr tal cometido se necesita que la norma se interne en el subconsciente de las personas para que se abstenga de cometer de cometer hechos punibles.”.

Una solución coherente es determinar las capacidades individuales del autor “como lo habría hecho un hombre medio” en las mismas situaciones del autor, lo que hace objetivamente previsible la producción del resultado dañoso. Es por eso que la capacidad mayor o menor del autor, determina ya la propia existencia del peligro creado por la conducta.

Ahora bien, la discusión estriba en todo caso, en qué medida ha de incidir los conocimientos especiales o las destrezas del autor a fin de dar por vulnerada la norma de cuidado y así considerar un delito culposo.

Se advierte una posición doctrinal que incluyen en la valoración del injusto imprudente, no solo un criterio objetivo de generación, sino también un deber “subjetivo de cuidado”, que se refiere en concreto a las capacidades y conocimientos especiales del autor. Así por ejemplo un conductor profesional como un taxista al estar inmerso en un accidente de tránsito y evaluando objetivamente su actuar se logra determinar que está por debajo de la medida adecuada socialmente por lo tanto su conducta es atípica aun que se haya producido un resultado dañoso, pero este contaba con ciertos conocimientos especiales, al no utilizarlos habrá infringido la norma de cuidado, por tanto, es recurrente de una comisión culposa por el resultado lesivo producido.

Por ello no puede juzgarse de la misma manera al conductor profesional como un chofer de un autobús o un taxista que ha estado por años en servicio, que al ciudadano común

cuando guía su vehículo camino a casa si ambos han desencadenado un resultado de muerte a título de culpa.

Además, otro factor que es determinante es con relación que las reglas y principios de la experiencia que son abstracciones y generalizaciones que deben aplicarse a un caso en concreto para valorar si o no imprudencia. La inobservancia de esas reglas es ya un indicio, pero jamás una prueba irrefutable de que se actuó imprudentemente. Por ejemplo, el invadir el lado izquierdo de la calzada cuando no viene nadie en el otro sentido y esta actuación es para no atropellar a un peatón incauto, pese a la infracción de una regla de tránsito es un acto prudente; sin embargo, al seguir por el mismo carril puede ser imprudente. Por eso al final lo que importa es la lesión al subjetivo del deber de cuidado.

Un punto importante de mencionar es que el objeto de reproche por imprudencia empieza partiendo al menos sea capaz de darse cuenta de su incapacidad, quien no posee los conocimientos especiales o una habilidad específica debe abstenerse de realizar dicha conducta, pues le era previsible que su realización puede generar riesgos inminentes para bienes jurídicamente protegidos.

Para finalizar tomaremos en consideración las palabras del profesor Choclan Montalvo en su obra Derecho Penal. Parte General Pág. 338.

“la admisión de la responsabilidad por imprudencia requiere que el riesgo no permitido creado por el autor, le haya sido previsible y cognoscible, tomando en cuenta el baremo generalizador de un hombre prudente y razonable, más en el campo de ciertas actividades de por sí “especiales”, el juicio de valor debe comprender los conocimientos especiales y la destreza adquirida por el autor. Es decir, “se ha de generalizar hacia abajo e individualizar hacia arriba”.

1.10.7.- CONOCIMIENTOS ESPECIALES. -

¿Qué debemos entender entonces por conocimientos especiales? La experiencia que el sujeto haya acumulado en su actividad laboral, el aprendizaje que haya adquirido sobre ella y el especial conocimiento que de la situación tenga el autor; son todas estas las variables que habrá de tomar en cuenta para determinar los conocimientos especiales de forma correcta.

- **Capacidad o actitud:** Esta comprende la habilidad particular del autor en el desempeño de dicha actividad, esta actitud debe confluir en el momento de que se exigía la observancia del cuidado debido.
- **Conocimiento:** Es todo aquello que el sujeto conoce o debería conocer sobre las circunstancias concomitantes del caso concreto y sobre su propia capacidad en particular, referida a la efectiva peligrosidad que entraña su conducta.

Los conocimientos especiales pueden aumentar o disminuir el “el riesgo permitido, en si la capacidad de superar o de evitar el resultado lesivo, condicionan la peligrosidad objetiva.

1.10.8.- EL HOMBRE MEDIO. -

“Se entiende al hombre consciente y cuidadoso del sector al cual pertenece el autor; por tanto, el baremo para la determinación del deber objetivo de cuidado, será exigido a un hombre diligente en la situación concreta del autor. Para la teoría de los poderes individuales” (Corcoy Bidasolo, 2006, p. 134)

Es por eso que no tendrán ninguna importancia, las diversas y particularidades características, que puedan presentar internamente el individuo, que hace que un acto sea diferente en cada momento diferente.

Cada individuo conforme a su ámbito personal responderá de forma diferente a como lo haría otro, nuestra actitud toma lugar y se manifiestan de muchas maneras, ello es propio de la estructura singular del ser humano. Solo se toma en consideración aquellos aspectos que se exteriorizan en relación con la peligrosidad objetiva de la conducta, elevando a una objetivación el poder del autor a la categoría del deber.

Existe una parte de la doctrina que critica a la “vieja idea del hombre medio” manifestando que la medida de cuidado exigible (y por ello, también de la previsibilidad exigible) NO está dada por el “hombre medio” sino por el hombre normal concreto.

1.10.9.- EL RESULTADO.

Generalmente se ha presentado una polémica en manifestar que si el resultado es necesario en los delitos imprudentes, o simplemente basta con el incumplimiento del deber de cuidado, para que exista delito.

Para tratar de deslumbrar este problema es necesario tomar en consideración “la teoría de la acción” que ha sido promovido sobre todo por el finalismo, pues su concepción nos dice que la finalidad siempre va dirigida hacia un resultado y por eso es ya una parte integrante de la acción.

Pero Welzel nos da puntualizaciones al respecto, este autor nos afirma que al desvalor de la acción pertenece un desvalor del resultado en la cual el desvalor de la acción como tal no puede ser aumentado por la producción del desvalor del resultado ni ser disminuido por su ausencia, es por eso la producción del resultado es un “componente al azar” de los delitos imprudentes.

El resultado para ser imputado al autor de la acción imprudente, debe estar en una determinada relación con esta y debe ser la consecuencia lógica del peligro inherente

creado o incrementado ilícitamente por la conducta misma. En otras palabras el resultado ha de ser la concretización del deber de la lesión del cuidado.

El deber de cuidado supone la presencia de determinado grado de peligrosidad y ausencia de ciertas circunstancias que lo cataloguen como tolerable, estos elementos definidores serán el “riesgo permitido” y la “aceptación social”.

Pero la lesión del deber objetivo de cuidado no resulta suficiente para fundamentar la materialidad del hecho imprudente, es necesario de algo más como se verá más adelante.

La infracción del deber objetivo de cuidado, constituye el primer escalón de valoración, pues es necesario agregar otros elementos normativos de la IMPUTACIÓN OBJETIVA.

CAPÍTULO II

LA TEORÍA DEL RIESGO Y EL PRINCIPIO DE CONFIANZA FRENTE AL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO. -

2. LA TEORÍA DEL RIESGO Y EL PRINCIPIO DE CONFIANZA FRENTE AL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO. -

2.1.- LA TEORÍA DEL RIESGO. -

Todas las prohibiciones penales tiene un fin impedir, que a causa de acciones humanas, se produzcan modificaciones indeseables en el mundo jurídico. Para impedir estas modificaciones, el Derecho Penal estructura líneas de defensa a saber:

Los bienes protegidos pueden estar defendidos según su valor, hasta por un doble muro.

- El primero que incrimina la lesión efectiva.
- El segundo es el que coloca, delante de la prohibición de la lesión, una prohibición de peligro.

En ambos casos (cuando se prohíbe la lesión y prohibición de peligro) la ley exige obediencia, porque la desobediencia contra la prohibición es al mismo tiempo (en si misma) causación de situaciones opuestas al derecho.

2.1.1.- EL PELIGRO. -

Los delitos de “RIESGO”, también llamados de “PELIGRO”, son tipos penales en los cuales el Estado reacciona imponiendo el castigo **no entre la causación de un resultado material de daño o lesión, sino, ante el peligro de que este daño material o lesión aparezca**, o lo que es lo mismo, ante la posibilidad o amenaza de la destrucción o menoscabo de aquello que se quiere proteger, es decir, del bien jurídico. Los delitos de riesgo o peligro suponen, por tanto, un adelantamiento de la barrera penal.

“El derecho penal toma en cuenta los resultados que efectivamente se derivan de la acción del hombre y, además, los que pueden derivarse de ella. De ahí la importancia de la noción de peligro...” (Antolisei Francesco, 2009, p. 173)

Los antiguos penalistas concebían al peligro como una potencia real, como un estado objetivo de incertidumbre y casi de oscilación entre la verificación y no verificación de un resultado.

Esta concepción hace tiempo que ha sido abandonada, la moderna doctrina transporta el peligro al concepto de “**probabilidad**”, que es una de las nociones que más se frecuentemente recurre en los juicios de la vida humana.

La “probabilidad” es una conjetura fundada en la experiencia de casos semejantes, puesto que el acontecer de los fenómenos de la naturaleza se da con una uniformidad constante, y resultan posible sobre la base de la experiencia, el establecimiento, a priori, de la capacidad de un hecho para causar otro.

Francesco Antolosei (2009) tomando en cuenta lo que manifiesta la moderna doctrina sobre el peligro lo funda en una “probabilidad” y nos da el siguiente concepto de peligro:

“El peligro no es más que una probabilidad, e implica la idea de un acontecimiento no deseado, puede definirse en general como “la posibilidad de un resultado temido” y, en el campo del Derecho *como la posibilidad de un resultado antijurídico*” (p. 173).

Algunos autores prefieren hablar de “posibilidad” antes que “probabilidad” pero la misma doctrina nos dice que eso no se puede admitir porque el concepto de posibilidad es más amplio que el de probabilidad, por abrazar también lo improbable, puesto que si hace constituir al peligro como una simple posibilidad se llega al absurdo de considerar peligrosa cualquier acción dirigida hacia un resultado antijurídico, puesto que es muy difícil que no exista una posibilidad, aunque sea mínima de que este se realice.

En cuanto al procedimiento para determinar la existencia del peligro no puede surtir dudas importantes, si se tiene presente que el juicio de probabilidad supone una previsión de las consecuencias que puedan derivarse de un estado de hecho.

Debiéndose expresar tal juicio respecto a una acción que ha manifestado ya sus efectos, es evidente que resulta preciso remontarse al momento de la acción y juzgar como si los efectos debieran verificarse todavía.

El juicio que deriva de este proceso lógico, basado sobre los conocimientos del hombre medio e integrados con los que eventualmente pudiera tener el agente en concreto, puede muy bien considerarse como juicio de la comunidad, en cuanto representa la opinión que habría expresado la generalidad de los hombres si se hubiera encontrado en la situación del agente.

El Dr. José Rodríguez Devesa (2009) nos dice:

“El juez debe considerar en primer lugar los conocimientos del agente, y después los del hombre normal, contemplándolos eventualmente a la recíproca; el juicio así obtenido representa el juicio de la sociedad, porque representa la opinión que la generalidad de los hombres hubiera tenido si se hubiere encontrado en las condiciones del agente”. (p. 455).

Generalmente, se distingue el peligro en efectivo y eventual o como en la moderna doctrina los denomina concreto y abstracto. El peligro en efectivo consiste en la probabilidad de un resultado dañoso y el peligro eventual no es más que el peligro de un estado de hecho meramente peligroso.

2.1.2.- LA SOCIEDAD DE RIESGOS:

Entendida a la “**Sociedad de Riesgos**” según las palabras de Silva Sánchez (1999) como aquella:

“que caracteriza a las sociedades postindustriales desarrolladas, contribuyen así a propiciar un cambio en el modelo del Derecho Penal que se manifiesta de forma especial, si bien no exclusiva, en la configuración de la delincuencia no intencional” (p. 22).

En el mundo moderno el manejo de determinados instrumentos técnicos lleva consigo la posibilidad que por acto negligente se produzca una lesión a un bien protegido y con ello la realización del tipo de un delito, por lo menos en su forma imprudente.

Por lo general los delitos imprudentes se producen en la realización de ciertas actividades del diario vivir sin el cuidado debido, las conductas más frecuentes solo por mencionar las más comunes que generan riesgos son en el tráfico rodado, accidentes industriales, realización de deportes de alto riesgo o por aquellas intervenciones quirúrgicas complejas.

El compendio de todas estas actividades nos describe la mencionada “**Sociedad de Riesgos**”, que tiene mayor incidencia en los países más industrializados donde el incremento de la tecnología da como resultado una proliferación que entrañan un peligro potencial para los miembros de una sociedad.

Como se ha manifestado en reiteradas ocasiones a lo largo del presente trabajo de investigación los elementos compondores del “injusto imprudente” lo constituyen principalmente el “**riesgo no permitido**”, la “**infracción del deber objetivo de cuidado**” “el ámbito de protección de la norma” y la afectación a “**bienes jurídicamente protegidos**”.

Es común en el tráfico rodado se produzcan consecuencias lesivas por la ejecución de un **“riesgo no permitido”** sobre todo al infringir normas de cuidado que van dirigidas esencialmente a prevenir y evitar situaciones de peligro con resultado dañosos.

En un principio los delitos más comunes se lo analizaban a partir de la producción de peligros voluntarios y conscientes, es decir, la actividad delictuosa era producto de una acción u omisión devenida por una actividad consciente y final que se dirigía principalmente a la obtención de un resultado querido por el autor. (Delito doloso).

En la actualidad según lo revelan las estadísticas el mayor porcentaje de la producción delictiva emana de una conducción defectuosa (obrar negligente) del individuo al contravenir reglas de cuidado jurídicas, ubicándose de esta manera su responsabilidad a partir del análisis del Disvalor del injusto entrando de esta manera a la zona fronteriza entre el “riesgo permitido” y el “riesgo no permitido”.

Esta afirmación nos revela un nuevo campo de debate dogmático que no solo se extiende a la estructura dogmática del injusto imprudente sino también a un marco de política criminal, es decir, como debe ejecutarse, sancionarse estos hechos delictivos por parte del Estado.

Del riesgo con que actuamos diariamente se exige que su realización se lo haga bajo determinadas normas expresas que constituyen como el “Riesgo Permitido”, cuando la acción humana supera este conjunto normativo podemos ingresar a una zona de relevancia jurídico penal.

Por lo tanto y tomando en consideración el criterio de Peña Cabrera tenemos:

...el injusto imprudente será aquel producto de un error (consciente o inconsciente) que recae sobre la efectiva virtualidad de un peligro generado por una conducta que sobrepasa el “Riesgo Permitido” o cuando se cree firmemente

en poder evitar la producción de dicho riesgo, en cuanto a la infracción del deber objetivo de cuidado, deber que le era exigible, por ser parte de su esfera organizativa. (Peña, 2011, pp. 1011).

2.1.3.- EL RIESGO PERMITIDO. -

En el marco del funcionamiento de la sociedad existen ciertas acciones (actividades) que pueden **generar un cierto riesgo de lesión** a bienes protegidos, pero no obstante **NO** deben ser sancionadas porque constituyen “Riesgos Tolerables” o más conocidos en la doctrina como “**RIESGOS PERMITIDOS**”.

El riesgo permitido es considerado en el marco de la moderna teoría de la imputación objetiva como un instituto dogmático liberador de la responsabilidad penal, la cual permite distinguir entre las conductas inmersas en el tipo penal y las que han de quedar fuera de su alcance, aun cuando hayan producido casualmente el resultado prohibido.

Cancio Mejía indica lo que debe entenderse como “riesgo permitido” a:

...aquella institución dogmática que determina el “estado de interacción normal” en el trato de determinados riesgos –en el sentido que se trata de una determinación general para determinado tipo de actividad no vinculada (a diferencia del ámbito de la justificación) al contexto particular- y en ese sentido, implica la “legitimación de espacios de libertad de actuar generales, en cuanto elemento objetivo de los delitos dolosos o imprudentes”. (Mejía, 2001, pp. 75).

Para reforzar lo manifestado Claus Roxin en su Manual de Derecho Penal nos dice:

Bajo riesgo permitido debe entenderse aquí una conducta que aunque creare un riesgo jurídicamente relevante está permitida de manera general (¡independiente del caso en concreto concreto!), y por ello excluye, de manera diferente a las

causas de justificación y a la imputación al tipo de objetivo. (Roxin, 2012, pp. 96).

El concepto del “riesgo permitido” fue elaborado por la jurisprudencia Alemana en la segunda mitad del siglo XIX debido al aumento de lesiones y muertes producidos en accidentes industriales y en el tráfico rodado de uso diario, época en donde fue necesario la aceptación de ciertas actividades explotativas (riesgosas) a pesar de su peligrosidad, y la razón lógica del porque es simple, desde el punto de vista de un análisis de costo beneficio la prohibición de estas conductas de ningún modo eran recomendable para la economía de una sociedad, por eso la misma sociedad la ha catalogado a estos “riesgos” como “necesarios” o dígase como “útiles”.

De esta manera se aceptó estas actividades riesgosas siempre y cuando sean necesarias para la consecución de determinados fines lícitos y beneficiosos para la comunidad.

Jakobs por su parte en su obra “Imputación Objetiva” aclara que el concepto de “riesgo permitido” se entiende como aquel riesgo que se halla vinculado a la configuración de la sociedad y por lo tanto se trata de una concreción de la adecuación social.

En suma:

“No toda creación de un riesgo de resultado puede ser objeto de prohibición del Derecho Penal, pues eso significaría una limitación intolerable de la libertad de acción”. (Bacigalupo, 1995, pp. 265).

No puede negarse que el tráfico rodado constituye un riesgo relevante para la vida y la salud de los bienes materiales; las estadísticas de accidentes lo demuestran irrefutablemente. De todos modos, que el legislador permite el tráfico rodado (en el marco de determinadas reglas de cuidado) porque esto lo exige el interés preponderante del bienestar social.

Por ejemplo: el hecho de conducir un vehículo en una autopista de alta velocidad se estará siempre en constate riesgo de ser partícipe de un accidente de tránsito ya sea por una conducción negligente o por enfrentar a un avezado conductor, peligro que necesariamente lo tenemos que enfrentar para poder transportarnos de un lugar a otro en menor tiempo posible y más beneficios que puedan existir, de ahí que las realizaciones de ciertas conductas no pueden ser típicas aun cuando en ellas se realiza un tipo penal.

Ahora bien, ello no quiere decir que estas actividades peligrosas puedan ser realizadas sin ningún tipo de precauciones sino por el contrario al ser peligrosas deben ser realizadas con el máximo cuidado posible, extremando la diligencia debida.

La institución del Riesgo Permitido tuvo como manantial en el ámbito de los delitos imprudentes hasta el nivel de constituirse como una verdadera regla general, pues este constituye un importante criterio de determinación del carácter de la conducta realizada, pues no forma parte del rol general del ciudadano impedir todos los riesgos de lesión, sino solamente los que exceden el riesgo socialmente permitido.

Actualmente está reconocido de manera general en el Derecho Penal que el “riesgo permitido” cualquiera que sea su forma cumple el papel de excluir la punibilidad, de ahí se desprende que, a más de una causa de justificación, es causa de exclusión del tipo de injusto del delito imprudente.

Pero hay que tomar muy en cuenta que la exclusión de esa responsabilidad en los delitos culposos no es porque la actividad peligrosa esté permitida, sino porque está permitida en la medida que se realiza con la diligencia debida, es decir, sin imprudencia.

Acorde a esta idea Percy Garcia (2012) nos dice:

“La doctrina penal actualmente dominante vincula el concepto de riesgo permitido con la teoría de la imputación objetiva como la faceta negativa de la

imputación del comportamiento (o creación de un riesgo jurídicamente desaprobado)” (p. 414).

Es por eso que la idea de riesgo permitido alude a todas las acciones peligrosas que no, obstante de serlos, pueden ser emprendidas teniendo en cuenta su utilidad social. Siempre que se respete el cuidado exigible por la convivencia.

Como un avance la teoría de la imputación objetiva para vincular a un sujeto al acto delictivo, exige a más de la falta de deber objetivo de cuidado se cumpla la realización de un “riesgo no permitido”, restringiendo notablemente a los delitos imprudentes, limitando el tipo objetivo en los casos de creación y realización de riesgos insoportables para la seguridad de las personas.

Se menciona que Claus Roxin con su reducción al principio de riesgo consigue fundar una teoría de la imputación **al tipo objetivo** deslingándose completamente del dogma causal en base a varios principios a saber:

- Solamente puede imputarse al tipo objetivo un resultado causado por el autor cuando la conducta del autor hubiera creado, para el objeto de la acción, un peligro que no esté cubierto por un riesgo permitido, y este peligro se hubiera realizado también para el resultado concreto. Por ejemplo...”
... “En el caso del incendio del hospital, el disparo del autor, si bien ha ocasionado el peligro de una muerte de la víctima, en el incendio del hospital no se ha realizado aquel peligro que proviene de la lesión de un disparo, de manera que por este motivo, el resultado no puede imputarse al autor como homicidio consumado.

- Si el resultado se manifiesta como la realización de un peligro creado por el autor, será por regla general imputable, de tal manera que se habrá cumplido con el tipo objetivo, pero excepcionalmente podrá desaparecer la imputación cuando el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus consecuencias. Si, p.ej., A convence a B para que este vaya a escalar el Himalaya en donde tiene un accidente mortal –tal como A había previsto–, A no solamente habría causado la muerte de B, sino también en la muerte de B se habría realizado el peligro causado por A. Pese a todo, A no ha cometido una acción homicida punible”.
- La teoría impide la imputación del resultado cuando el autor con su conducta ha disminuido el riesgo, o no la aumentado de manera jurídicamente considerable o cuando se ha obrado dentro del riesgo permitido. (Roxin, 2012, pp. 79-80).

En resumen:

“La Imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo”. (Roxin Claus, 2012, p. 80).

Esto significa que cuando una actividad se desarrolla dentro de un riesgo visto como permitido no puede dar lugar a un reproche jurídico de ninguna naturaleza.

2.1.4.- CÓMO SE DETERMINA EL RIESGO PERMITIDO:

Es la propia sociedad quien define si un tipo de comportamiento es “**STANDARD**”, esto quiere decir que es aquella quien crea un grupo de normas contra las conductas que generan un peligro del tipo abstracto y de las cuales es necesario procurar su evitación.

Conjuntamente el Derecho Penal a través de un órgano legislativo del Estado y por medio de una vía “legal” o “reglamentaria” define si un comportamiento es catalogado como “no permitido”, prohibiéndole por su peligrosidad concreta o abstracta.

Para continuar con el análisis del Riesgo Permitido es necesario hacer una aclaración de lo que hace referencia el “Peligro abstracto”.

EL PELIGRO ABSTRACTO:

Al hablar de carácter “**abstracto**” se lo define como aquel comportamiento que causa una perturbación de la vida social y acontece por la simple realización de un comportamiento sin tener en cuenta el resultado, por ello, no hay que evitar que un riesgo se concrete en un resultado, sino controlar un peligro abstracto para que no se convierta en un peligro concreto.

Claus Roxin (2012) lo define al **peligro abstracto** de la siguiente manera:

“Son delitos de abstracta puesta en peligro aquellos en los cuales se pena una conducta típicamente peligrosa por sí misma, sin que necesite la producción de un resultado de peligro en el caso concreto”. (p. 165).

Los delitos de peligro abstracto presuponen un peligro en la misma conducta descrita en el tipo injusto, y no admiten nunca prueba en contrario sobre la existencia de tal peligro. Como el legislador se apoya en una presunción *iuris et de iure*, que en ciertas

circunstancias quizá no respondan a la realidad, pueden darse casos de delito abstracto sin producción de un peligro real.

Por ejemplo: una persona que conduce un vehículo de motor con destreza, pero sin haber obtenido el correspondiente permiso, pueden incurrir en los presupuestos del Art. 386 numeral 1 del Código Integral Penal, aunque en realidad no haya producido peligro alguno.

En estos delitos el peligro no es realmente un elemento típico; por eso parece más correcto denominarlos delitos de peligro presunto, o delitos de mera desobediencia.

Pero ambas denominaciones implican diferencias conceptuales en el sentido de que los delitos de peligro presunto pueden admitir –si la ley lo expresa- prueba en contrario cuando falte el peligro; en cambio los delitos de mera desobediencia no admiten tal prueba, en cambio podrán admitir prueba en contrario por falta del elemento subjetivo de desobediencia.

Algunos autores afirman que los delitos de peligro son delitos de resultado, esta afirmación puede entenderse mal; porque según la mayoría de los autores deben considerarse como delitos de simple actividad que como delitos de resultado, sobre todo si la ley los estructura como delitos de mera desobediencia.

Cada día es mayor el número de delitos de peligro abstracto en los Códigos Penales por ejemplo por conducir sin haber obtenido el correspondiente permiso de conducir, o bajo la influencia de bebidas alcohólicas, o a exceso de velocidad máxima permitida, etc.

Sin embargo, existen algunos tratadistas como Conde Pumpido que opinan y propugnan la total desaparición de esa clase de delitos por varias razones a saber:

1. Estos delitos carecen de contenido positivo (objetivo) en la antijuricidad; carecen materialmente de nocividad para los bienes jurídicamente protegidos.
2. Carecen de resultado relevante en Derecho Penal
3. Amenazan la seguridad jurídica. (inflacionismos punitivos).
4. Pueden violar el principio “nullun crimen sine lege” (choque entre la reprochabilidad legal hecha a su autor y el sentimiento del juez de que en el fondo no cabe reprochar socialmente a ese autor el que ejecutara el acto penado).
5. Desdibujan los límites del derecho penal con la ética, etc. (Conde Pumpido, 1965, pp. 193).

Continuando con el análisis del Riesgo permitido decimos:

Otro elemento que sirve para definir el comportamiento permitido es tomar en consideración un carácter “**objetivo**” y no el “subjetivo”;

Gunther Jakobs nos dice:

Pues las verdaderas expectativas no se rigen por la individualidad, sino por el standard que por lo general puede alcanzarse. Por consiguiente, si se trata de un juicio objetivo, pero no del juicio de un experto o de alguien dotado de especialidades facultades, sino del juicio del titular de un rol que en el desempeño de ese rol puede realizar la actividad de un modo socialmente adecuado. (Jackobs, 2008, pp. 134)

Para enumerar de manera general cuales son las actividades con potencial grado de peligrosidad pero que están toleradas, la doctrina mayoritaria la ha dividido en dos grandes grupos a saber:

1. Supuestos en los que una actividad generadora de riesgos es jurídico penalmente permitida en determinadas circunstancias porque existe reglamentación, o en

virtud de una positivación. Caen dentro de este ámbito del riesgo permitido todo el tráfico público de vehículos, el funcionamiento de empresas industriales (especialmente instalaciones peligrosas), el ejercicio de deportes riesgosos y también ya sea por la falta de esa reglamentación (los clásicos deberes de cuidado traducidos en la *lex artis*), por ejemplo en la práctica médica

2. Como segundo grupo se encuentran aquellas conductas que aunque generan riesgos se hallan caracterizados por su evidente normalidad social, conductas con insignificancia jurídico social o con una conexión muy débil con el resultado lesivo posterior, como es el conocido caso de las clases universitarias de que A incita a B a realizar un viaje en avión con lo que efectivamente se realiza la esperanza de A de que el avión se estrelle, y no se ha cumplido ya el tipo objetivo o el doctrinalmente conocido caso del sobrino envía a su tío a pasear bajo la tormenta.

Ahora para determinar cuándo una conducta riesgosa es catalogada como permitida hemos mencionado que se toma en cuenta: normas, reglamentos y a falta de estos se acude a la “*lex artis*” pero jamás el Juez tiene que hacer una ponderación de intereses cada vez que se encuentra con un supuesto conflictivo, sino que tiene que analizar de manera objetiva y descubrir cuál es el límite de lo permitido en base a los elementos mencionados o lo asumido por la comunidad.

Así, Bernardo Feijoo (1996) nos dice:

“El riesgo permitido es un instituto básico de la teoría jurídica del delito para determinar cuál es el cuidado necesario en el tráfico, pero esta determinación depende de una ponderación de intereses extrapenal que no le corresponde hacer ni al juez ni al dogmático”. (p. 200).

Existen otros autores como Maravez Gómez en su obra El Funcionalismo en el Derecho Penal Pág. 209 en la que manifiesta que la legitimación de los riesgos inmanentes a algunas actividades sociales viene dada en función de las valoraciones que dan una sociedad en un determinado contexto histórico, es por eso que el referido autor ha dado por denominar como **“riesgos permitidos por legitimización histórica”**: y considera aquellas a los contactos sociales tan cotidianos como el tráfico rodado, fiestas tradicionales populares, medidas de seguridad en el trabajo.; o tan necesarios como la práctica médica y las relaciones económicas.

Todas estas actividades según MARAVER GOMEZ tienen un común denominador y es el hecho de hallarse toleradas por ser relacionadas a la propia evolución e identidad social. Esto quiere decir que es la propia sociedad la que se encarga de reconocer progresivamente tales riesgos como adaptados a un determinado contexto normal de interacción.

Ahora atravesando el límite y cuando la acción realizada por parte del agente ha superado considerablemente el rango tolerable del “riesgo permitido” entonces su conducta se vuelve intolerable porque se ha ingresado al campo del “riesgo no permitido”.

2.1.5.- LA CREACIÓN DE UN RIESGO NO PERMITIDO:

Claramente las sociedades actuales se caracterizan por el “riesgo”, una simple visión de ellos nos lleva a entender que existen “riesgos permitidos” y “riesgos no permitidos”, claro está que el nivel de permisibilidad lo delimita la propia sociedad en función de sus expectativas sociales:

“...lo que se espera socialmente que se haga o deje de hacer; esto es, concretamente, *define las expectativas sociales de comportamiento* que habrá de

cumplir conforme al papel que le corresponde desarrollar en la sociedad.” (Caro John, 1996, p.19).

Para que una conducta adquiriera relevancia jurídico penal deberá superar los niveles establecidos en el Riesgos Permitido en base a los siguientes aspectos:

1.- En primer lugar, sobrepasará el Riesgo Permitido, todo aquello que se encuentre especialmente prohibido por vía legislativa y Reglamentaria.

Para determinar el carácter prohibido de un “riesgo” hay que tener en cuenta en primer lugar lo que establece el propio ordenamiento jurídico a través de “normas jurídicas” y los “estándares técnicos”, en razón que el derecho positivo establece las conductas que quedan excluidas del ámbito de lo permitido debido a su intolerable peligrosidad.

Las normas jurídicas dentro del Derecho Penal se entienden como tipos penales que describe las conductas no permitidas, es el legislador quien por las vías ya mencionadas quien fija parámetros que no pueden ser traspasados, sin que dicho sobrepaso, constituya una acción peligrosa.

Por otro lado, los “estándares técnicos” son entendidos como parámetros que se utiliza para determinar el grado de peligrosidad de una acción tomando en cuenta los métodos desarrollados por la técnica y la ciencia en la aplicación de determinadas actividades industriales, por ejemplo, estándares de seguridad en la fabricación de automóviles.

Pero existen sectores de la vida que no cuentan con “normas jurídicas” y “estándares técnicos” por lo que será necesario un referente objetivo para poder determinar si el riesgo creado se encuentra penalmente prohibido o no. En estos casos se tendrá que determinar el grado de peligrosidad mediante reglas de prudencia o las reglas de arte u oficio conocidas también como las “lex Artis”.

En muchos ámbitos de la vida, especialmente el tráfico de vehículos, el legislador ha emitido prohibiciones de peligro abstracto, cuya lesión en general, fundamenta la creación de un peligro no permitido.

La jurisprudencia nos indica que las disposiciones del tráfico viario serian el resultado de un amplio pronóstico basado en la experiencia y la reflexión sobre los posibles peligros. Así por ejemplo una infracción a los límites de velocidad fundamentará la imprudencia de una posible muerte.

En nuestro Código Orgánico Integral Penal en su Art. 385 nos describe como una de las tantas conductas “no permitidas” que existen en ese cuerpo legal “el hecho de conducir un vehículo es estado de embriaguez” el peligro latente que ello representa sobre todo cuando se sobrepasa los límites de alcohol por litro de sangre que fueron establecido con anterioridad de modo expreso por el legislador.

Art. 385.- Conducción de vehículo en estado de embriaguez. - La persona que conduzca un vehículo en estado de embriaguez, será sancionado con la siguiente escala:

1. Si el nivel de alcohol por litro de sangre es de 0.3 a 0.8 gramos, aplicará multa de un salario básico unificado del trabajador en general, pérdida de cinco puntos en su licencia de conducir y cinco días de privación de la libertad.
2. Si el nivel de alcohol por litro de sangre es mayor de 0.8 hasta 1.2 gramos, se aplicará multa de dos salarios básicos unificado del trabajador en general, pérdida de diez puntos en su licencia de conducir y quince días de privación de la libertad.

3. Si el nivel de alcohol por litro de sangre supera 1.2 gramos, aplicará multa tres salarios básicos unificados del trabajador en general, la suspensión de la licencia por sesenta días y treinta días de privación de la libertad. (Código Orgánico Integral Penal).

Se ha reconocido que la infracción de las disposiciones de tráfico, si bien es un indicio de una creación no permitida de un peligro, no necesariamente se fundamenta esta creación, y es que todo aquello que puede ser peligroso en abstracto, podrá no serlo en el caso en concreto. En tales casos, la jurisprudencia se ayuda negando la “previsibilidad” pese a la presencia de una abstracta “lesión de cuidado debido”.

La previsibilidad dependerá siempre de las circunstancias del caso en particular y deberá ser evaluada independientemente de si existe o no una infracción penal del tráfico de vehículos.

Ejemplo:

El Tribunal Federal ha considerado que no es suficiente sin más el adelantamiento prohibido en un cruce de calles para fundamentar un peligro jurídicamente relevante para la vida de quien hubiera sido adelantado. “Dado ... el adelantar en un cruce, dispuesto de manera clara, no es peligroso cuando se conduce de manera correcta, y dado que el peligro recién podrá ocurrir por una grave acción culpable de quien adelanta, no es factible afirmar la previsibilidad del accidente solamente debido a la infracción de adelantar. (TFA, s. penal, tomo 37, p.106).

2.- Además la determinación del “riesgo no permitido”, se realiza en base a dos criterios a saber:

1.- Que dicha situación importe la infracción de una norma de cuidado, del deber exigible normalmente y,

2.- Que dicha infracción suponga la probabilidad real de lesión de un bien jurídico.

Pero la infracción de una “**norma de cuidado**” y la realización de un “**riesgo no permitido**” tienen que ir a la par, pues, se ha sostenido que la inobservancia de la norma de cuidado únicamente constituye una premisa indicadora del riesgo no permitido que determinará el cumplimiento de la tipicidad del injusto imprudente. (indicios).

Sustento lo manifestado en líneas anteriores en base a lo aportado por Peña Cabrera quien declara lo siguiente:

“Para que se dé lugar el título de imputación por imprudencia, no basta con la infracción de la norma de cuidado, sino que esta a su vez haya generado un probable riesgo de lesión, prohibido por el ordenamiento jurídico; pues bien, el deber normativo de cuidado o diligencia sólo tiene sentido observarlo respecto de aquellas conductas o situaciones cuya peligrosidad exceda del riesgo jurídicamente permitido”. (Peña, 2011, pp.1033).

Un ejemplo:

Si A es atropellado por B, pese a observar el cuidado necesario en el tráfico, B ciertamente habrá causado la muerte de aquel, pero no le ha matado en el sentido jurídico penal. Solo el hecho de rebasar el riesgo permitido crea un peligro, cuya realización hace imputable el resultado como acción típica.

3.- En tercer lugar, la doctrina mayoritaria nos indica que para vincular a un sujeto al acto delictivo, se requiere:

- A más de la creación de un riesgo no permitido haya influenciado en forma concreta en el resultado, por ejemplo, el accidente producido por el estallido de un neumático **durante una maniobra de adelantamiento imprudente.**

En este sentido Corcoy Bidasolo (2003) nos dice:

“...una acción cumple el tipo de un delito imprudente de resultado si, en primer lugar, crea un peligro para intereses jurídicamente protegidos que va más allá de la medida permitida y que el autor habría podido evitar, y, en segundo lugar, este peligro desemboca en el resultado”. (p.177).

Por lo tanto, convenimos, que la falta del deber de cuidado solo adquiere relevancia jurídico penal cuando ésta genera un riesgo que sobrepase el “riesgo permitido” y existe una potencial probabilidad de lesionar un bien jurídicamente protegido que se traduce en un resultado dañoso para el caso de un peligro en concreto.

Otra variante se da en el caso donde ocurrieren varios riesgos alternativos, solo podrá considerarse como generación del resultado aquel riesgo cuya omisión hubiera evitado de modo planificable el resultado, pues es perfectamente posible en muchas ocasiones que en la producción de un resultado concurren varios riesgos atribuibles a diversas personas por ejemplo: las lesiones o muerte de quien cruza descuidadamente la calle y es atropellado, o puede explicarse también por la imprudencia del conductor.

En síntesis, solo aquella conducta que aparezca como el factor determinante del resultado será en el que permita explicarlo en forma de imputación objetiva y por lo tanto revestido de relevancia jurídico penal.

4.- Los riesgos que sobrepasan el estándar de adecuación social o de una conducta riesgosa socialmente aceptada.

Sabemos que la sociedad no puede funcionar sin que existan riesgos en las actuaciones que debemos desarrollar, de allí, se menciona como conclusión de que toda conducta social encierra riesgos para los integrantes de la sociedad que deben ser soportados para que una sociedad pueda existir, y por esa razón no serán consideradas relevantes para imputación penal aquellas conductas que se encuentran integradas en el funcionamiento del ordenamiento social.

5.- Conductas especialmente peligrosas y que requieren conocimientos especiales. -

Los conocimientos especiales de una persona solo pueden ser tomados en cuenta para efectos de imputación penal cuando estos hayan sido exigidos en primer lugar en relación al caso en concreto y en **segundo lugar que tenga una estrecha relación a la competencia o al rol que desempeñaba**. Si el rol necesitaba de dichos conocimientos especiales, estos debían haberse cumplido, y si no se los cumplió se demandará la respectiva responsabilidad penal.

Empero, estos conocimientos especiales son irrelevantes para el caso en que, según el rol desempeñado, no se requerían.

Claus Roxin (2012) en su obra Imputación Objetiva en el Derecho Penal, menciona a Jakobs con respecto a este punto:

“Por otro lado Jakobs declara que los conocimientos especiales, en tanto no pertenezcan al rol social del autor, serían irrelevantes;”. (p.87).

Ejemplo:

Es el caso del mesero que sirve hongos envenenados y que por sus estudios botánicos los conoce como tales. Su rol en dicho lugar es de mesero y se debe exigir la responsabilidad que a un mesero se exige de conformidad a dicho rol.

El rol cumple un papel muy importante como presupuesto delimitador de la imputación penal ya que sin duda alguna cada sujeto no es responsable de la totalidad de los sucesos del mundo social sino tan solo de una parcela muy limitada de la misma, es por eso que se acuñó la frase utilizado por Jakobs “**no todo es asunto de todos**”, de modo que cada individuo deberá administrar correctamente esa esfera de responsabilidad para que no se lesione o ni invada otras ajenas.

De ahí que Jakobs (1996) nos dice:

“El punto de partida para el sistema de imputación y el entorno social es necesariamente la persona autoresponsable a partir de la posición social que esta ocupa en su entorno y que la determina a desarrollar determinado papel en la sociedad.” (p. 50).

Por ello, se afirma que el rol social desempeñado por cada persona en concretos espacios de interacción lo define a medida de su propia responsabilidad en la gestión de cada parcela de la sociedad.

2.1.6.- EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN POR FALTA DE REALIZACIÓN DE UN RIESGO NO PERMITIDO:

La imputación de responsabilidad en los delitos imprudentes hace referencia al hecho de sobrepasar la frontera de la conducta socialmente permitida y con esto la creación de un peligro desaprobado, pero, no basta con el solo hecho de cruzar esta frontera sino es

necesario que la violación del riesgo permitido haya influencia en forma concreta del resultado.

Ahora también se **debe excluir la imputación de la responsabilidad penal en las situaciones en que la transgresión del riesgo permitido es completamente irrelevante para el resultado en concreto**, puesto que ese resultado no puede ser considerado como la realización de un riesgo no permitido.

Claus Roxin expone al respecto:

La imputación al tipo objetivo presupone que el resultado se hubiera realizado el riesgo creado por el autor. Por ello, se excluye, en primer lugar, una imputación cuando el autor, si bien hubiera creado un peligro para el bien jurídicamente protegido el resultado no se produce como consecuencia de ese peligro, sino está solamente en relación causal con él. (Roxin Claus, 2012, pp. 98).

Tomamos en consideración los siguientes ejemplos:

Caso No. 1.-

La infracción del riesgo permitido si bien no era totalmente irrelevante para el resultado en concreto, el decurso había sido tan atípico que no puede ser considerado como realización de un riesgo prohibido.

Ejemplo:

Alguien muere debido al infarto cardiaco, que se le causa cuando otro conductor lo adelanta de forma peligrosa

La mala conducción de un vehículo por lo menos eleva el riesgo, aunque de manera poco considerable y si bien alguien muere de infarto por el susto del adelantamiento, esta elevación es tan reducida como para hacer el resultado sea considerado imputable.

La finalidad de las disposiciones de Tránsito no es impedir afecciones psíquicas, sino más bien afecciones corporales inmediatas.

Caso No 2.

La infracción del deber que sobrepasa el riesgo permitido ha sido causal para el resultado, pero el riesgo de la producción del resultado no ha sido incrementado como consecuencia de la infracción.

Ejemplo:

El autor sobrepasa la velocidad máxima permitida, pero más adelante baja la velocidad para respetar la velocidad permitida. Pero en ese momento atropella a un niño que aparece repentinamente, el accidente es para el objetivamente inevitable.

El accidente no solamente ha sido causado por el mero hecho de conducir un auto, sino precisamente también por la transgresión del límite de velocidad; y es que sin ésta, el auto no habría llegado aún en el momento y lugar en que el niño atravesaba la calle, y no hubiera ocurrido el accidente. A pesar de todo esto aquí no se ha producido el riesgo ligado a las infracciones de los límites de velocidad.

Y él porque es debido a que la conducción a alta velocidad no elevará en lo más mínimo el riesgo de que al volver a conducir de conformidad con las reglas de tránsito, con relación al ejemplo mencionado podrá decirse que a través del exceso de velocidad el accidente podía haberse evitado, porque el autor estaría más allá del lugar del accidente potencial, pero la prohibición de la violación de la velocidad permitida para nada impide que el autor a una hora pase por determinado lugar. Por ello, la comisión de un riesgo

permitido solamente ha llevado causalmente al accidente, de manera que debe descartarse la imputación del resultado.

2.1.7- EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS CASOS DE DISMINUCIÓN DE RIESGO:

Basado en el principio de “disminución de riesgo”, una acción que coincide con la descripción del tipo, no es sin embargo objetivamente imputable cuando el resultado por ella causado anula la producción de un resultado de mayor gravedad.

La idea es tomada de la obra de Claus Roxin (2012) en su obra La Imputación Objetiva en el Derecho Penal.:

“Falta de antemano la creación de un riesgo, y con ello la imputabilidad, cuando el autor ha modificado un curso causal de tal manera que disminuye el peligro ya existente para la víctima, o sea cuando mejora la situación del objeto de la acción”.

(p. 85)

Tomamos el ejemplo dado por el mencionado autor:

Quien observa cómo una piedra está cayendo directamente en dirección a la cabeza de otro, aunque no puede hacerla inocua, consigue por lo menos desviarla hacía la parte del cuerpo menos delicada, pese a su causalidad no comete lesiones corporales.

Se trata por lo tanto de los casos en que el agente de la conducta actúa sobre un curso causal preexistente, y lo modifica de tal forma que, o bien aminora, o bien disminuye el peligro que dicho curso primigenio le generaba al jurídico del sujeto pasivo. De ahí que se puede decir que lo caracteriza a estos casos es que la participación del agente de la conducta en cierta medida mejora la situación del bien jurídico mediante la disminución de un riesgo o peligro preexistente.

Y la razón lógica a este criterio es que debe suprimirse la imputación del resultado porque sería absurdo prohibir acciones que no empeoran el estado del bien jurídico si no lo mejoran.

Caso distinto sería cuando alguien no debilita el peligro existente, sino lo reemplaza por otro cuya realización es para la víctima menos dañina de lo que hubiera sido el peligro principal.

Ejemplo:

Alguien arroja a un niño por la ventana de la casa en un incendio y lo lesiona considerablemente, pero lo salva de la muerte.

Y por lo tanto en los casos de disminución de riesgos ha de rechazarse la imputación del resultado, porque el fin de las normas penales no están dirigidas a la prohibición de las acciones que reduzcan el riesgo de producción de resultados o debiliten lesiones de bienes jurídicamente protegidos o demoren su realización.

Pero para que la disminución del riesgo excluya la tipicidad de la conducta no basta el hecho cuantitativo de disminuir el riesgo sino además se tiene que cumplir los siguientes requisitos:

- 1. Debe tratarse de un mismo bien jurídico, cuya titularidad pertenezca a un solo sujeto. -**

Cuando se presenta la colisión de bienes jurídicos la disminución del riesgo no excluye la tipicidad de la conducta, sino la antijuricidad, porque estos fenómenos deben resolverse en base en las normas que rigen las causales de justificación. Ejemplo: Quien daña los bienes de otro para salvarle de la muerte.

2. Que exista una misma relación de riesgos. -

Cuando alguien realiza una acción de salvamiento introduce una nueva relación de riesgos para reducir el peligro contra un determinado bien jurídico. Por ejemplo: La persona que para salvar la vida de alguien que se encuentra atrapada en el fuego, lo lanza por la ventana y le produce una lesión corporal.

3. Que el sujeto no esté obligado a reducir íntegramente el peligro:

Como ya se ha manifestado en reiteradas ocasiones no es suficiente el requisito cualitativo se la disminución de un riesgo; es necesario, además, determinar si el sujeto tenía o no la obligación de eliminar integralmente el riesgo creado, y podía hacerlo.

Ejemplo:

El simple hecho de que un médico disminuya el peligro para un bien jurídico del paciente es un hecho insustancial para la imputación, pero si estaba obligado y podía hacerlo, todo el daño debe atribuírsele.

2.2.- EL PRINCIPIO DE CONFIANZA

“El principio de confianza adquiere una especial relevancia en sociedades organizadas, en las que la división de trabajo libera al ciudadano competente de un control sobre las actuaciones de los demás”. (Gunther, Jakobs, 1996, p. 62)

El principio de confianza se genera de la realidad de que todas las personas actúan de conformidad de las normas sociales y tienden a evitar causar daños a terceros. A partir de este supuesto se reconoce a nivel de doctrina y de jurisprudencia la existencia de un principio de confianza que contiene como facultad de asumir como regla general de comportamiento que las personas se conducen de acuerdo a las expectativas de comportamiento.

El principio de confianza es reconocido sobre todo en el Derecho Penal del Tráfico de vehículos y constituye un principio para negar un incremento prohibido del riesgo del cual se excluye la imputación en la imprudencia cuando quien actuó conforme a derecho lo hizo confiando que los demás también lo harán y, como consecuencia de su conducta confiada, se produjo un resultado típico.

El tráfico rodado supone una actividad eminentemente activa y dinámica que se expresa en la participación de muchos conductores cuya conducta se encuentra regulada por normas y reglamentos de tránsito a fin de evitar la producción de resultados dañosos, por tales motivos cada conductor deposita su confianza en un marco de “autoconducción” correcta es decir en sus potenciales capacidades y al mismo tiempo también confía que los demás se comportaran de la misma manera.

Es por eso que quien conduce de forma responsable e interactúa en los diversos ámbitos de la vida y cotidianidad social, confían en que el resto de las personas van a comportarse de acuerdo a la norma de cuidado, salvo que por otros motivos piensen lo contrario.

Pero la confianza a la que se hace mención no es dada en un sentido coloquial, psicológico o sentimental, sino es la “confianza” en el sentido de carácter “social”, en donde el hombre inteligente y fiel al cumplimiento del ordenamiento jurídico confiará que los demás se comporten del mismo modo, es decir cumpliendo las expectativas sociales que les atañen y respetando a los demás.

Lo mencionado en párrafos anteriores es la idea básica que corresponde al “**Principio de Confianza**”, Claus Roxin (2012) explica este principio de la siguiente manera:

Este principio dice, en su forma más genérica que quien, durante el tráfico vehicular, se comportare de conformidad con las reglas **deberá poder**

confiar en que otros también lo harán en tanto no existieren puntos de referencia concretos para suponer lo contrario." (p. 196).

Por ejemplo:

El conductor que tenga preferencia en un cruce no necesitará bajar la velocidad de su vehículo atendiendo a posibles infracciones de tráfico de otros conductores, sino podrá, por regla general, suponer que su derecho será respetado. Si no sucede esto y se llegara a producir un choque en la intercepción, la imprudencia solamente podrá imputarse a aquel que hubiera desatendido la preferencia de paso.

Feijoo Sánchez en su obra *La imputación Objetiva en el Derecho Penal* en la Pág. 291, escribe que el “principio de confianza” juega un papel muy importante dentro de la dogmática de la imprudencia porque en determinados ámbitos sociales la lesividad de ciertas conductas asumidas por el ordenamiento jurídico depende no solo de la persona que las realiza sino también de otros participantes de esa actividad. La lesividad de conducir un automóvil no depende solo de cómo uno conduzca sino cómo se comportan los otros participantes en el tráfico rodado.

Además, este autor Feijoo Bernardo 1999 acota lo siguiente:

“El principio de confianza tiene como consecuencia práctica que el que se comporta adecuadamente no tenga que contar con que su conducta pueda producir un resultado típico, debido al comportamiento antijurídico de otro, aunque desde el punto de vista psicológico fuera previsible dada la habitualidad de este tipo de conducta” (p. 171).

Pues a pesar que se pueda prever con un cierto grado de certeza que los otros conductores NO van a comportarse adecuadamente, sobre todo en algunos sectores en donde es común violar las leyes de tránsito, esto no quiere decir que se tengan que responder por los

resultados típicos de los otros inescrupulosos conductores. Lo contrario sería terrible porque significaría una paralización de algunos participantes en determinadas actividades, ante el temor de un desarrollo imprudente de los otros.

Imaginémonos en el tráfico viario de la ciudad de Cuenca, donde conductores avezados, no adecuan en lo más mínimo a la conducción de sus vehículos a la normativa del Código Orgánico Integral Penal y su reglamento que aún está vigente, la vida en sociedad sería

Y por tanto el núcleo conceptual de este principio de confianza estriba en que a pesar de la constatación de los errores de los demás, se autoriza a quien realiza una actividad arriesgada a confiar en el comportamiento socialmente adecuado de los demás. Por eso vale mencionar que las personas que realizan una actividad peligrosa (riesgo permitido) les está permitido confiar en que quienes participan junto con él van adaptar su comportamiento al ordenamiento jurídico.

Este principio parte de la idea de que los demás sujetos son también responsables y puede confiarse, por tanto, en un comportamiento adecuado a Derecho de ellos.

Percy Garcia (2011) en su obra Derecho Penal parte general nos dice lo siguiente:

“Lo específico del principio de confianza en cuanto al riesgo permitido se encuentra en el hecho de que el desarrollo de sucesos no depende de la naturaleza, sino de otras personas” (p. 419).

Ahora solo por mencionar como particularidad que hay que conocer el Tribunal de Reich propuso que este principio se lo denomine el “principio de desconfianza”, sobre todo frente a peatones, pero en oposición a esto la jurisprudencia ha desarrollado el “principio de confianza” adaptándolo a las modernas exigencias del tráfico diario, por ejemplo: Si quien tuviera prioridad de paso también tuviera que disminuir su velocidad previniendo

que sería posible que el obligado a detenerse va a infringir las normas, su prioridad de paso se vería ampliamente disminuida y tampoco sería posible un tráfico fluido.

El principio de confianza como todo principio general, encuentra también ciertas circunstancias especiales que le excluyen su vigencia, a saber, son las siguientes:

1. La confianza queda excluida si la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o esta dispensada su responsabilidad.

En este punto no será aplicable ahí donde no estuviere justificado, de manera reconocible, la confianza en que el otro actuará de conformidad con el ordenamiento de tráfico. Esto rige para la conducta de niños pequeños, en peatones adultos débiles o claramente desorientados, en situaciones de tráfico totalmente peligrosas y confusas.

2. La confianza cesa cuando resulta evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervinientes.

El ordenamiento jurídico solo autoriza a confiar en el comportamiento socialmente correcto de los demás en la medida en que no existe motivos objetivos y fundados para suponer lo contrario. Así por ejemplo en el ámbito del tráfico viario, si quien conduce hacia un cruce vial advierte que otro conductor se acerca efectuando maniobras temerarias, no está autorizado a confiar en que este actuará adecuadamente ante la luz roja.

Percy Garcia hace una acotación con respecto a este punto y dice:

“...al conductor que realiza maniobras temerarias supuesto de limitación de la confianza se muestra como especialmente extraño en una comprensión objetiva del principio de confianza, pues se sustentará en un conocimiento subjetivo. Hay que precisar, sin embargo, que tal situación de confianza no se rompe con la desconfianza subjetiva derivada de conocimientos especiales, sino solo con una originada por situaciones objetivamente permitan poner en tela de juicio la

confianza sobre la conformidad a Derecho del comportamiento del otro” (García Percy, 2012, pp. 420).

3. **Una tercera limitación al principio de confianza se refiere a la forma de actuar del propio sujeto a quien se le dirige la imputación, de modo que si alguien en su actuar no se ajusta su comportamiento a los parámetros del riesgo permitido no podrá ser amparado por el principio de confianza.** Este punto es importante porque no sirve para comprender su verdadero significado y alcances y concebirlo erróneamente como una forma de permisión.

Como lo expresa Gunther Stratenwrth (1982):

“Quien crea una situación oscura o peligrosa no pueden abandonarse a que otros la compensarán este peligro incrementado el cuidado” (p. 122).

Aquí se pone en manifiesto el criterio de autoresponsabilidad, pues es cada uno competente o responsable de los riesgos que genera y no puede esperar normativamente que otros lo van a neutralizar y se hará responsable de los mismos.

Claus Roxin (2012) hace acotaciones importantes con respecto a este punto:

“Además, muchas sentencias parten de que no debería alegar el principio de confianza quien por su parte hubiera atentado contra las reglas de tránsito. Esto es incorrecto en numerosos casos en los cuales una infracción de del tráfico no hubiera repercutido en el accidente”. (p. 198).

Este hace autor nos da a entender que quien a consecuencia del consumo de alcohol está en estado de incapacidad de conducir y pese a ello conduce un auto, debe, no obstante, quedar impune invocando el principio de confianza cuando otro no respetare su prioridad de paso y el accidente tampoco hubiera podido ser evitado por un conductor sobrio.

Caso contrario será quien mediante su conducta infractora hubiera provocado la inseguridad de otros conductores y con ello contribuido al accidente efectivamente no podrá invocar el principio de confianza.

4. No hay lugar para la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa.

Y por último el principio de confianza se sujeta o se subordina a otros principios, como se lo ha expresado en varias jurisprudencias como la cito a continuación tomado de Jurisprudencia Ecuatoriana Ciencia y Derecho Pág. 272.

“Conforme a la doctrina española, el principio de confianza en el tráfico se supedita al principio de defensa, el cual obliga a prevenir el comportamiento inadecuado de los demás, complementándose con el principio de seguridad conocido como conducción dirigida, de ahí que de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español la culpa concurrente de la víctima determina la degradación de la imprudencia del autor e inclusive la excepción de la responsabilidad penal...”

2.3.- EL RESULTADO.

Generalmente se ha presentado una polémica en manifestar si el resultado es necesario en los delitos imprudentes, o simplemente basta con el incumplimiento del deber de cuidado, para que exista delito.

Para tratar de deslumbrar este problema es necesario tomar en consideración “la teoría de la acción” que ha sido promovido sobre todo por el finalismo, pues su concepción nos dice que la finalidad siempre va dirigida hacia un resultado y por eso es ya una parte integrante de la acción.

Pero Welzel nos da puntualizaciones al respecto, este autor nos afirma que el resultado cumple una misión muy distinta en los delitos dolosos que en los culposos. En los primeros el resultado debe estar cubierto por la finalidad del autor; su mera causación ciega no interesa al penalista. El resultado pertenece a la acción típica. Pero su relación es no solo causal sino final. Tanto el desvalor del resultado interesa el desvalor de la acción.

En los delitos dolosos el resultado forma parte del tipo, pero mucho más secundariamente que en los culposos. El resultado es una plasmación del injusto, una barrera contra la arbitraria punición de la violación objetiva y subjetiva, del cuidado debido. Lo esencial del hecho culposo no consiste en el resultado, sino en la manera de violación del cuidado debido en la realización del hecho.

Al desvalor de la acción pertenece un desvalor del resultado en la cual el desvalor de la acción como tal no puede ser aumentado por la producción del desvalor del resultado ni ser disminuido por su ausencia, es por eso la producción del resultado es un **“componente al azar”** de los delitos imprudentes.

El resultado para ser imputado al autor de la acción imprudente, debe estar en una determinada relación con esta y debe ser la consecuencia lógica del peligro inherente creado o incrementado ilícitamente por la conducta misma.

En otras palabras, el resultado ha de ser la concretización del deber de la lesión del cuidado y del incremento del riesgo.

El deber de cuidado supone la presencia de determinado grado de peligrosidad y ausencia de ciertas circunstancias que lo cataloguen como tolerable, estos elementos definidores serán el “riesgo permitido” y la “aceptación social”.

Pero la lesión del deber objetivo de cuidado no resulta suficiente para fundamentar la materialidad del hecho imprudente, es necesario vaya a la par con una realización **de un riesgo No permitido**, ya que como se comentó en líneas anteriores la infracción del deber objetivo de cuidado constituye simplemente un indicio para la imputación de responsabilidad de una conducta imprudente.

La infracción del deber objetivo de cuidado, constituye el primer escalón de valoración, pues es necesario agregar otros elementos normativos de la IMPUTACIÓN OBJETIVA.

2.3.1.- EL RESULTADO Y SU IMPUTACIÓN OBJETIVA.

De todo lo analizado durante el presente trabajo de investigación podemos decir que la conducta que infringe el deber objetivo de cuidado y al mismo tiempo contribuye ello a un peligro para los bienes jurídicos fundamentales de otras personas **NO** tiene relevancia jurídico penal, más cuando esta peligrosidad generada por la falta de cuidado y un incremento de riesgo se concreta en un resultado dañoso como puede ser la muerte y lesiones de las personas, adquirirá desde ese momento importancia en el campo penal.

La determinación de cual sea el tipo de delito realizado (homicidio o lesiones), no es una operación que se reduzca a la mera causalidad del cual haya sido el resultado, sino, es lo contrario, el resultado conectado a las condiciones en que se producen es objeto de valoraciones objetivas que podrían determinar el tipo realizado, más allá del resultado producido.

2.3.2.-EL RESULTADO Y LA TEORÍA DE LA CAUSALIDAD.

Ahora bien, para que surja la responsabilidad penal no basta con la mera conducta imprudente, sino que es necesario que se produzca el resultado lesivo concreto y, aun, más que la conducta imprudente y el resultado se encuentre en una determinada relación.

Tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han concebido esa relación o conexión entre la conducta imprudente y el resultado como una mera relación de causalidad, sin embargo, la doctrina penal más moderna, tras una profunda y acalorada discusión configuran hoy la relación entre los dos elementos como una relación de imputación objetiva.

El rechazo de la Teoría de la condición en su formulación de la “**Conditio sine qua nom**” por la excesiva extensión que tomaba la relación entre la conducta y el resultado, y la subsiguiente necesidad de establecer restricciones al mismo condujo primero a la **teoría de la causalidad adecuada** y más tarde a la **teoría de la relevancia**, y es gracias a los puntos de vista desarrollados por estas dos últimas teorías que han sido asumidos por la moderna dogmática, y juntos con otros criterios, han dado lugar a la llamada **Teoría de la Imputación Objetiva**.

Lo esencial de la teoría de la Imputación Objetiva puede ser fundamentado de la siguiente manera:

“Un resultado producido por la conducta humana es objetivamente imputable solamente si la conducta crea un peligro desaprobado jurídicamente (o eleva un peligro ya existente a un grado jurídicamente desaprobado, no permitido) y este resultado es el desarrollado en el resultado típico”. (JESCECK Lehrbuch, 3ra ed. p, 231).

Existen criterios que fundamentan la Imputación Objetiva de un Resultado de lesión de bienes jurídicos a la conducta imprudente de un sujeto y son:

- 1. El primer presupuesto de la imputación Objetiva del resultado es la existencia de una relación material entre éste y la conducta del sujeto.**

JESCECK, lehrbuch, 3ra ed., nos dice:

“Para que un resultado sea imputable a un sujeto, es necesario, como mínimo, que su conducta sea condición del resultado, y la conducta es condición cuando aparece conectada naturalmente el resultado, en una relación conforme a las leyes de la naturaleza” (p. 227).

2. Relación de adecuación. -

El segundo nivel de imputación del resultado, que presupone la relación causal, consiste en **la relación de adecuación entre la conducta y el resultado**, en el sentido de que este sea **previsible** en general como la **consecuencia típica de la conducta**, y por lo cual el resultado **pudo** ser tomado en cuenta en el proceso de voluntad en el cual se asienta la decisión al comportamiento a seguir.

La previsibilidad objetiva se considera como un elemento del tipo del delito imprudente, que consiste en una consideración “ex ante” en orden a que no sea improbable el que la conducta conlleve la producción del resultado, tomando en cuenta no al hombre en particular sino al “hombre medio”.

La imprevisibilidad objetiva del resultado, aunque haya sido efectivamente causado por el sujeto, impide la imputación y por consiguiente donde no es previsible el resultado este ha de considerarse inevitable o como lo denominan algunos autores una “desgracia”.

En este sentido el tratadista Rodríguez Devesa, (1996) en su obra derecho Penal, parte general nos acota lo siguiente:

“...lo objetivamente impredecible es objetivamente inevitable, pero no viceversa, no todo lo inevitable es impredecible. Hay procesos causales previsibles que bien no son materialmente evitables”. (p. 456).

Lo que se intenta demostrar en este punto es que la imprevisibilidad objetiva niega la imputación, pero la previsibilidad no es criterio suficiente para la misma, sino solamente necesario junto con otros elementos de imputación.

3. Relación del fin de la protección de la norma.

En los delitos imprudentes no basta constatar la relación de causalidad y de adecuación (previsibilidad objetiva) entre la conducta y el resultado para afirmar la imputación objetiva, es necesario que el resultado sea la expresión concreta de la infracción de la norma de cuidado, en el sentido que se realice el riesgo que la norma quería precisamente evitar.

La acusación del resultado y la infracción de la norma de cuidado no puede estar sin relación entre si en el tipo del delito imprudente.

Para la determinación de cual sea relación, la doctrina ha ofrecido distintas soluciones que pueden resumirse en la siguiente:

Si el resultado es uno de los que la norma pretendía evitar, y segundo, si las condiciones en las que, y por las que se ha producido el resultado son aquellas condiciones de riesgo que la norma en cuestión quería igualmente que no se hubieran producido.

Se profundizará más sobre el ámbito de protección de la norma en el siguiente punto.

2.4.- LA IMPUTACIÓN Y EL RIESGO CREADO.

2.4.1.- GENERALIDADES:

Antes de analizar las distintas facetas del tema con relación a lo hechos relacionados con el ámbito del tránsito viario se propone una introducción general empezando por la terminología, pues la expresión imputación objetiva se presta a interpretaciones ambiguas.

En primera aproximación encierra la idea de atribuir un hecho a su autor. Incluso la palabra “*atribuir*” traducida más exactamente del sustantivo alemán “*Zurechnung*”, en donde el significado general encierra la idea de “delimitar”

Esto quiere decir, que ante un suceso que tiene un contenido penal (en nuestra investigación muerte y lesiones, consecuencia de una actividad de tránsito) resulta preciso utilizar parámetros que permitan individualizar a quién el Derecho se lo adjudicará.

Esta indicación funcionará de la manera que sugería la expresión de Carrara **“Tú lo hiciste”**.

Y luego de los análisis posteriores, relativos a la reunión de los demás requisitos típicos, a la posible concurrencia de causas de justificación, la exclusión de la responsabilidad por el hecho o la culpabilidad, llegara el momento de decir, en su caso y también usando la forma gráfica de Carrara: **“Tu lo hiciste voluntaria”**.

También es necesario aclarar (aunque no es fácil hacerlo de manera breve), la razón de ser de la calificación de OBJETIVA.

El primer sendero lo marca la etimología: la voz objetivo proviene del latín *ob iaceo* (yacer, estar situado). Para lo que nos interesa ahora, se trata de algo que denota exterioridad: “lo que se aprecia desde afuera”.

Trasladando la idea al ámbito jurídico, lo objetivo no depende (en principio) de los conocimientos, sentimientos y deseos del agente. Y no tiene relación con los factores personales que posibilitan formular el juicio de reproche.

De la objetividad se desprenden dos consecuencias:

Por un lado, entender que es una imposición normativa con validez general, *erga omnes*; lo que equivale decir que los pensamientos y sentimientos individuales no pueden tener incidencia para modificar lo que la ley ordena.

Por el otro, que en los mandatos legales existen algunos componentes que son ajenos a la subjetividades.

Lo objetivo de la “imputación objetiva” es un parámetro separado del tipo subjetivo que caracterizan a los tipos culposos.

2.4.2.- IMPUTACIÓN Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

El término “imputación” es uno de los más representativos del lenguaje en que se expresa la actual teoría jurídica del delito por ejemplo en la doctrina alemana autores como de orientaciones tan diferentes como: Roxin, Jakobs y Hruschka sitúan este concepto en el centro de sus obras.

En un principio el concepto *naturalista*, el cual se esquivaba de conceptos valorativos, prefirió destacar el concepto de *causalidad* como espina dorsal del delito situándolo en un terreno de lo empírico, como causación del mundo exterior, causada a su vez por un impulso voluntario.

La orientación al significado valorativo de los conceptos jurídicos penales que el neokantismo impuso entre las guerras mundiales, no logro en su momento desplazar a la causalidad de su posición de preeminencia en la teoría del delito, pero sentó las bases metodológicas que muchos años más tarde han permitido el resurgir de la idea de la imputación en la literatura jurídico – penal.

La doctrina final de la acción desarrollada por Welzel desde los años treinta quien se opuso radicalmente al casualismo, pero no lo combatió básicamente en el ámbito del tipo objetivo, sino desde la teoría de la acción. Ello contribuyó a mantener la discusión sobre las limitaciones de la causalidad en un terreno ontológico previo a la valoración jurídica.

Ya a principios de siglo y hasta los años treinta el enfoque hacia el sentido valorativo de las categorías del delito condujo a numerosos penalistas a advertir que los resultados imprevisibles debían excluirse del delito no porque no fueran causados por la conducta del autor sino por la imposibilidad de *desvalorar jurídico-penalmente* en tales procesos,

debido a que a ellos les faltaba su antijuricidad o incluso su propia tipicidad, por lo que el concepto de “imputación objetiva” nace en este clima.

Welzel nos da un nuevo campo de imputación a lo que llamo “estructuras lógicas-objetivas” y contribuyeron a los dos pilares básicos de su concepción de delito: la esencia final de la acción humana y la libertad de voluntad.

Sobre la primera edifico el injusto; sobre la segunda, la culpabilidad. Esta fundamentación ontológica del injusto sobre el concepto final de la acción trasladó el debate sobre los límites del pensamiento causalista al terreno de la acción.

Autores partidarios de querer superar el naturalismo desde una visión valorativa de la antijuricidad, pero contrarios a aquel concepto final de la acción como por ejemplo Engisch (1944), se enfrentaron al concepto final de la acción mediante otro concepto de acción, el **concepto social de acción**.

A este concepto trasladaron la necesidad de previsibilidad objetiva del resultado, entendido, por ejemplo, que conductas como las de enviar a alguien al bosque en un día de tormenta por si le cae un rayo no tiene el sentido social objetivo de una “acción de matar”, aunque un rayo de hecho dé muerte a aquella persona.

No fue un finalista sino un autor de raíces neokatianas como es Roxin, quien habría de desarrollar y difundir más que nadie la teoría de la imputación objetiva.

2.4.3.- BREVES COMENTARIOS SOBRE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA:

Esta teoría de Imputación Objetiva además viene a tratar sobre uno de los temas que más problemática ha generado dentro de la teoría del delito, como es el hecho de la relación que tiene que determinarse entre un resultado típico y una acción típica.

Lo que esta teoría trata de dilucidar es cuando un determinado resultado que interrumpe el normal desenvolvimiento del mundo exterior es producto directo de un determinado curso causal producido éste por una determinada voluntad final (conducta humana).

Como ya habíamos mencionado en líneas anteriores Hans Welzel emerge la teoría final de la acción en la cual se funda que la naturaleza humana es portadora de sentido, esto es, DE FINALIDAD, dando como pautas que nunca puede ser como presupuesto de un delito un hecho que no tenga presente datos de sentido referidos al autor.

Es por eso que el autor será responsable penalmente por el resultado típico, en la medida que el mismo haya sido el producto de una conducta dirigida al mismo (tanto por dolo como por culpa) y respecto a cuyo curso causal, observe su dominio el referido agente.

Pero no paso mucho tiempo que esta concepción empirista no podía resolver ciertos casos, como por ejemplo el caso en el cual el sobrino envía a su tío a un bosque cuando se avecina una tormenta eléctrica.

No cabe duda que el sobrino tuvo dolo (conocimiento y voluntad) respecto al curso causal que acabo quitando la vida de su tío y al mismo tiempo tuvo en sus manos la posibilidad de fomentar tal curso también de evitarlo.

Para los finalistas entendían que el dolo no podía entenderse configurado en aquellas circunstancias porque el curso real de los hechos como es el de una tormenta eléctrica está fuera del ámbito de la PREVISIÓN.

Aunque en todo caso la teoría de la Imputación Objetiva ha partido de los hechos de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar decisiones.

Gimbernat (1982) escribió al respecto:

“El derecho se dirige a los hombres y no a los adivinos”. (p.123)

Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando este fuera imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos.

Pero desde tal momento se dan cuenta que el concepto de previsibilidad y previsión, adquieren un carácter esencialmente normativo o VALORATIVO, y ni hablar en los tipos culposos en donde emerge el concepto de VIOLACIÓN DEL DEBER DE CUIDADO.

En tal situación emerge la sistemática creada por el catedrático de Múnich Claus Roxin, quien se propone retornar a los extremos valorativos, pero sin desmerecer con ello a los aportes del finalismo respecto de la acción final.

“Lo que importa en este nivel es una confrontación de la normativa que rige una determinada actuación humana, con el proceder conductivo del agente; si es que aquel se condujo conforme a los parámetros normativos no hay posibilidad de construir la imputación jurídico penal, se requiere de un “riesgo no permitido”. Garcia Percy, 2012, p.415).

Para ello es necesario determinar cuáles son las conductas que pretende prevenir y sancionar el legislador en materia penal y esto se logra mediante un mecanismo que nos indique cual es el verdadero alcance de la prohibición y dicha tarea se logra atendiendo a los elementos valorativos que se agrupan es lo que se hace llamar como “La teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta” o como llama la moderna doctrina mayoritaria como “ La teoría de la Imputación Objetiva del Resultado”.

Por ejemplo, según el esquema de Roxin lo que **se castiga en el tipo penal de homicidio no es el hecho de causar la muerte por la conducta del agente, sino el aumento por**

parte de éste, del riesgo de muerte de la víctima más allá de lo jurídicamente tolerado.

Con Roxin no hablamos de una relación causal basado en datos ontológicos o naturales, sino por lo contrario de datos valorativos y jurídicos y más concretamente: el aumento del riesgo más allá de lo admitido por parte del orden normativo y con ello con referencia siempre a un bien jurídicamente protegido.

Ubicada la Teoría de la Imputación Objetiva del resultado dentro de una concepción FUNCIONALISTA, es que se procede a invertir la relación entre acción, finalidad y tipo; no considerándose correcto que una estructura de la acción de carácter prejurídico y vinculante para el legislador sea la que determine el contenido de la finalidad y el tipo, sino que, bien por el contrario, es un tipo nacido de consideraciones valorativas jurídicas y orientado a los contenidos sociales de significado, el que determina que conducta es final en sentido y que circunstancia hay que incluir en el tipo subjetivo.

Al respecto me permito hacer una larga cita para mencionar lo que sostiene Bernardo Feijoo:

Frente a las concepciones ontológicas del tipo, como el causalismo y el finalismo, la “teoría de la Imputación Objetiva” otorga al tipo un contenido claramente valorativo. Ello tiene dos consecuencias: una es que ni la causalidad ni la finalidad del sujeto nos dice si una persona ha realizado un tipo penal. Es preciso una valoración desde el punto vista de la norma. Una conducta se ve así seleccionada como típica de acuerdo con el fin y sentido de los tipos de la parte especial interpretados teológicamente. La otra consecuencia tiene mayor importancia práctica: a pesar de que una conducta se puede subsumir formalmente en un tipo penal, solo se puede desvalorar dicha conducta de acuerdo con el “fin de protección de la norma”. Ni todo proceso causal que mate o lesione, ni toda intención de

matar o lesionar son relevantes para el derecho penal. El tipo penal pasa a cobrar una especial relevancia dentro de la teoría del tipo, desplazando la importancia que había tenido el finalismo la finalidad del sujeto. La relevancia que para el finalismo tenía la perspectiva ex ante |pasa a ser compensada mediante una perspectiva objetiva ex post (vaticinatio post eventum) complementaria. Todo proceso de imputación supone un juicio retrospectivo por parte del Juzgador. No nos olvidemos que la doctrina mayoritaria es partidaria de un injusto dualista que tenga en cuenta tanto una perspectiva ex ante como perspectiva ex post. Lo decisivo para el derecho penal no es únicamente el sentido que el autor quería darle a su conducta, sino el ámbito de protección de cada tipo penal. Pero la imputación del resultado ya no se entiende como la mera constatación de un proceso causal, sino que es fruto de una interpretación teológica – funcional de los distintos tipos de la parte especial y el fin de protección de la norma”. (Bernardo Feijoo, en “Resultado lesivo e imprudencia; J.M. Bosch editor y Universidad Externado de Colombia ediciones; año 2003. Bogotá Colombia. 174 y 175).

En la teoría del funcionalismo, Roxin parte de cuatro postulados que necesariamente habrá que analizarse a efectos de poder imputar un determinado resultado:

- 1.- Relación de causalidad entre una persona y el resultado.
- 2.- **Disvalor de la acción:** consistente en la existencia de un riesgo jurídicamente relevante, y que el mismo haya sido creado o aumentado por la conducta del agente.
- 3.- **Disvalor del resultado:** consistente en que sea efectivamente tal riesgo creado o aumentado por la conducta del agente y su vez, jurídicamente relevante, el que se realice o materialice en el resultado típico.
- 4.- **Alcance del tipo o fin de protección del tipo:** consistente en el fin de protección de la norma típica, que abarque resultados de la clase de los producidos o realizados por el

Disvalor de la acción. En otras palabras, verificar si el tipo penal en análisis está destinado – o no- a impedir tales sucesos.

1.- Relación de causalidad entre una persona y el resultado.

El primer punto no lo vamos a analizar.

2.- Disvalor de la acción:

Dentro de la Imputación Objetiva de Roxin en lo que se refiere al Disvalor de la acción existen ciertas particularidades que lo detallamos a continuación:

- a) La exclusión de la imputación cuando **disminuye un riesgo**.
- b) La exclusión de la imputación cuando **falta la creación de un riesgo**; o en los casos de riesgo permitido.
- a) **Exclusión de la imputación cuando disminuye el riesgo.**

Quien observa cómo una piedra está cayendo directamente en dirección a la cabeza de otro, aunque no puede hacerla inocua, consigue por lo menos desviarla hacia la parte del cuerpo menos delicada, pese a su causalidad no comete lesiones corporales.

Se trata por lo tanto de los casos en que el agente de la conducta actúa sobre un curso causal preexistente, y lo modifica de tal forma que, o bien aminora, o bien disminuye el peligro que dicho curso primigenio le generaba al jurídico del sujeto pasivo. De ahí que se puede decir que lo caracteriza a estos casos es que la participación del agente de la conducta en cierta medida mejora la situación del bien jurídico mediante la disminución de un riesgo o peligro preexistente.

Y la razón lógica a este criterio es que debe suprimirse la imputación del resultado porque sería absurdo prohibir acciones que no empeoran el estado del bien jurídico si no lo mejoran.

Ahora bien, Roxin pone una limitación respecto a la aplicabilidad de este criterio de imputación: La situación es distinta para el caso de que alguien no debilite un peligro existente, sino que lo sustituya por otro.

El ejemplo que nos brinda al respecto es el siguiente:

A tira a un niño por la ventana de una casa que está en llamas y con ello le causa considerables lesiones, pero de esta manera le salva de la muerte entre las llamas.

Otro ejemplo para ilustrar mejor en el tema de tránsito:

A observa como B viene conduciendo su vehículo de manera errática –propia de quien se encuentra en estado de ebriedad-, pasándose los semáforos en rojo, conduciendo es zigzag, así como acercándose peligrosamente al filo de la vereda. Así mismo se percata que se acerca a un peligroso cruce (imagínese en una transitada avenida); razón por la cual decide bloquear a B con su vehículo haciendo que este choque contra el filo de la vereda, rompiendo el eje delantero de su vehículo y causándolo con ello algunas lesiones leves comparado a las lesiones que hubiera sufrido de no haberse detenido antes del mencionado cruce.

De seguirse aquí la posición sostenida, la conducta de A claramente disminuyó el riesgo que B se estaba generando a sí mismo y a los demás transeúntes y conductores; por lo que no puede imputarse el resultado de lesiones a su conducta, puesto que tal conducta no creó o aumentó el riesgo más allá de lo jurídicamente permitido sino, que bien por lo contrario lo disminuyó.

b) Exclusión de la imputación si falta la creación de un peligro; o en los casos de riesgo permitido:

El peligro de lesión de bienes jurídicos que generan ciertas conductas desde una perspectiva (ex ante) sirve como parámetro o criterio a utilizar a los efectos de excluir

determinadas conductas que pese a ser las causantes de resultado, no se puede imputar al tipo objetivo debido a que no representaban previamente dicho peligro de lesión.

Agrega Claus Roxin (1999):

...que hay que rechazar toda imputación al tipo objetivo, siempre que el autor, si bien no ha disminuido el riesgo para un bien jurídico penalmente tutelado, tampoco lo ha aumentado de manera jurídicamente relevante. “incluso aunque tales conductas en situaciones excepcionales puedan dar lugar a un accidente, el Derecho no toma en cuenta los mínimos riesgos socialmente adecuados que van unidos a ellas, por lo que de entrada no es imputable una causación de resultado producido por las mismas. (Roxin, Claus, Derecho penal. Parte general. Editorial civitas, Madrid, 1999; Pág. 366-367.

El tráfico vial genera riesgos jurídicamente relevantes, es algo –tristemente- de notoriedad; bastando para ello observar la estadística anual de muertes y lesiones causadas en accidentes de tránsito. Más la relevancia jurídica de tales riesgos son sin embargo, permitidos por el orden normativo.

Podemos entonces decir que “riesgo permitido” tratase de una conducta humana que genera un riesgo relevante para los bienes jurídicos penalmente tutelados pero de modo general (independientemente de los casos en concreto) está permitida y por ende excluye la imputación al tipo objetivo.

Un prototipo de riesgo permitido es la conducción automovilística observando todas las reglas del tráfico viario y aunque este tráfico viario constituye un riesgo relevante para la vida, salud, bienes materiales, no obstante, el legislador permite esta actividad en el marco de determinadas reglas de cuidado y prudencia.

Pero la diferencia de las causas de justificación y del estado de necesidad, es que aquí no se precisa una ponderación de intereses en conflicto, en el caso de la conducción de un vehículo está permitida aunque en el caso individual no persiga intereses superior (así por ejemplo se realiza por mero aburrimiento) o incluso que sirva para intereses reprochables como la preparación de un delito, de tal manera que una ponderación según los principios de justificación tendría que resultar contraria a la autorización de tal conducta.

Por tanto, el mandamiento dentro del riesgo permitido impide la imputación al tipo objetivo, la causación de una lesión de un bien jurídico que se produzca pese a observar todas las reglas de tránsito no es una acción típica.

3.- Disvalor del resultado.

Así como se ha analizado siguiendo la corriente de Roxin las particularidades que presentan el Disvalor de la acción, al mismo tiempo debemos analizar las particularidades que presentan en la categoría de Disvalor del Resultado siendo las siguientes:

I. La exclusión de la imputación si falta la realización del peligro.

Roxin propone como ejemplo multicitado por la doctrina el caso -de una persona con la intención de matar a su enemigo- dispara contra este, pero sin lograr matarle. Conducida la víctima a un hospital para su atención médica, muere ahí a causa de un incendio que se desata en la habitación en que se hallaba internado.

Dice el maestro alemán:

“Aquí se cuentan sobre todo los casos en que un delito doloso en un primer momento se queda en fase de tentativa, pero después acaba provocando el resultado como consecuencia de un curso causal imprevisible”

Para determinar si efectivamente fue “el riesgo no permitido” el que se realizó en el resultado típico, Roxin propone dos juicios de peligrosidad:

- I. El primer examen de la realización del peligro ex ante y,
- II. Examen de realización del peligro ex post facto.

De modo que, al curso real de los hechos realmente producidos, una vez concluido la acción del autor, también se le efectúa un examen peligrosidad.

Como no se le puede imputar ese resultado porque no supone la realización del peligro creado, solo habrá cometido una acción homicida intentada, y no consumada. Y esto no es un problema de dolo, sino una cuestión de realización del tipo objetivo.

Aplicando los dos juicios Roxin dice al respecto de este caso:

Es decir que, en el caso del ejemplo hay que preguntar si el disparo efectuado por el autor ha aumentado el peligro de una muerte en un incendio de modo jurídicamente mesurable y a tal efecto hay que aplicar el mismo criterio que en el primer juicio de peligro. Pues bien, como la cuestión ha de constatarse negativamente –una estancia en el hospital no fundamenta un peligro relevante de ser víctima de un incendio accidental en el mismo– hay que negar la realización del peligro y la imputación de resultado. (Roxin, 2012, pp. 145).

Ahora, el análisis de fondo del presente trabajo de investigación es sobre los delitos imprudentes, pero fue a bien traído en mención el ejemplo anterior, porque la construcción dogmática se aplica para ambas clases de delito.

Un ejemplo para el caso de delitos imprudentes:

A conduciendo su vehículo imprudentemente a exceso de velocidad, arrolla en un cruce peatonal a B; quien, al ser conducido al hospital en ambulancia, la misma protagoniza un accidente, a raíz de la cual B muere.

¿Es, en tal caso A es responsable de la muerte de B?

Se entiende que NO, y ello debido a que el peligro que generó la conducta de A respecto de la vida e integridad física de B (bienes jurídicos tutelados) se agotó en las heridas padecidas por la víctima tras el arrollamiento (debiendo responder A por un delito de lesiones culposas). El que muriera B en un accidente sufrido en una ambulancia que lo transportaba al hospital, claramente refiere a un peligro que generó el conductor de dicho vehículo (o, eventualmente, el otro conductor participante del choque). Ex ante, no encierra un juicio de peligrosidad que exceda lo que significa un riesgo para la vida o integridad física de un peatón a causa de un arrollamiento. Ex post, se verifica que el peligro de muerte para B que se realizó en dicho resultado de muerte, no fue generado por las lesiones que le causará A (como si lo sería si B hubiere muerto por la alteración grave del funcionamiento de sus órganos internos); sino que, por el contrario, fue el riesgo suscitado por el conductor de la ambulancia por conducir de modo imprudente o por un avezado conductor que se cruzó de manera repentina.

II. Exclusión de la imputación si falta la realización de un riesgo no permitido.

Resultados no cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado.

Los casos que se van a analizar dentro de este grupo corresponden a aquellas conductas que generan (crean o aumentan) un riesgo jurídico y penalmente relevante; pero que sin embargo no es, tal riesgo el que se realizará en el resultado típico.

Dentro de estos supuestos tenemos:

- **La primera se refiere a los casos en que la superación del riesgo permitido sencillamente no repercute sobre el resultado –en su concreta configuración-**

Lo vamos a explicar mediante un ejemplo:

A, debido a su comportamiento imprudente, no se percata que los frenos de su automóvil se hayan en mal funcionamiento. Conduciendo su vehículo, es sorprendido por un escolar en bicicleta que –literalmente- se arroja en frente de su auto, no pudiendo detener la marcha antes de investirlo, y causándole la muerte. Sin perjuicio del estado de sus frenos; una pericia de policía técnica prueba fehaciente que, aunque dichos frenos estuviesen perfectamente bien, dada la manera en que el menor se cruzó y la velocidad del coche (que venía dentro del máximo permitido de 75 Km / h) hubiese resultado imposible detener plenamente la marcha y evitar arrollarle; por otra parte si hubiese estado a una menor velocidad se podría haber evitado el desenlace fatal.

Ahora analizando el caso podemos decir:

La conducta imprudente de A consistió en conducir su automóvil sin tener sus frenos en forma debida. Más, sin embargo, no fue tal la conducta (pese a haber sido creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado) la que se concretara en el resultado de muerte del menor. Por el contrario, fue el comportamiento de este último el que genero un riesgo que se efectivizo en el resultado muerte.

Si se responsabiliza en el ejemplo, a A por la muerte del menor (y ello solo por el hecho de tener sus frenos en mal estado, cuando se prueba fehacientemente que tal riesgo nada tuvo que ver con la causación del resultado típico del Art. 377 del Código Orgánico Integral Penal), se estaría penando por la mera violación de la norma de cuidado, sin ninguna otra consecuencia desde el punto de vista normativo.

- **El segundo grupo corresponde a aquellos casos que se refieren a la creación o al aumento de un riesgo jurídicamente desaprobado, siendo tal riesgo**

causal para el resultado; pero; no Obstante, en el caso en concreto, tal riesgo de producción del resultado no se ve aumentado por dicha superación o exceso.

Ilustremos con un ejemplo:

A rebasa la velocidad máxima permitida para una avenida, más, sin embargo, tras conducir de tal modo unas cinco cuadras, disminuye su velocidad, retomando a la velocidad máxima permitida. Momentos después atropella a un menor con su bicicleta que se cruza súbitamente por delante del coche; resultando tal accidente, objetivamente inevitable para el conductor.

Análisis del caso:

El accidente no solamente ha sido causado por el mero hecho de conducir un auto, sino precisamente también por la transgresión del límite de velocidad; y es que sin ésta, el auto no habría llegado aún en el momento y lugar en que el niño atravesaba la calle, y no hubiera ocurrido el accidente. A pesar de todo esto aquí no se ha producido el riesgo ligado a las infracciones de los límites de velocidad. Y, él porque, es debido a que la conducción a alta velocidad no elevará en lo más mínimo el riesgo de que al volver a conducir de conformidad con las reglas de tránsito, con relación al ejemplo mencionado podrá decirse que a través del exceso de velocidad el accidente podía haberse evitado, porque el autor estaría más allá del lugar del accidente potencial, pero la prohibición de la violación de la velocidad permitida para nada impide que el autor a una hora pase por determinado lugar. Por ello, la comisión de un riesgo permitido solamente ha llevado causalmente al accidente, de manera que debe descartarse la imputación del resultado.

➤ Otro ejemplo para reforzar el punto que se está tratando:

En la playa de “Montañita”, un turista estadounidense paga para abordar junto con un grupo de personas una balsa inflable que se le conoce comúnmente como “Banana”, que

como todos sabemos es remolcada por una lancha; el encargado de la prestación del servicio de la banana tiene por funciones poner un chaleco salvavidas de acuerdo al peso corporal de cada una de las personas que abordan y vigilar que este perfectamente abrochado. A Daril Hall, un turista excedido de peso, deprimido y que no sabe nadar, al prepararse para abordar, le ponen un chaleco salvavidas de talla inferior para sostener su cuerpo a flote en el agua, ya que el encargado confía en su experiencia de que nunca se ha ahogado nadie en estas condiciones. Por lo que inician la excursión en el mar, donde Daril Hall por su estado de depresión decide quitarse el chaleco y además porque le incomodaba ya que le daba apretado por ser una talla menor; posteriormente una ola impacta a la banana haciendo caer a varios turistas incluido Daril Hall quien no hace ningún intento por salvar su vida y se ahoga.

En este supuesto el encargado de la banana desobedeció el deber de cuidado, consistente que Daril Hall contará con un chaleco acorde a su peso para sostenerlo a flote por cualquier percance que sucediera, y elevó el riesgo de que se ahogará, e incluso se podía demostrar que si Daril Hall hubiera traído puesto el chaleco salvavidas, de todas formas hubiera muerto dado que el chaleco era de talla inferior e insuficiente para mantenerlo a flote. Pese a todo lo anterior, el fin de protección de la norma que impone el deber de todos los tripulantes de la banana cuentan con un chaleco salvavidas de acuerdo a su peso es precisamente proteger a los turistas de no morir ahogados, no para proteger a suicidas que se quiten dicho chaleco para después ahogarse, por lo que se puede imputar la muerte de Daril Hall a la omisión del lanchero.

➤ Un último ejemplo:

Un conductor que labora en la noche tiene por camino habitual el circular por una zona escolar, en la cual hay señalamientos que indican que la velocidad máxima permitida es de 20 Km por hora, incluso hay varios discos con la impresión de niños escolares

cruzando. Cierta día conduce su vehículo por dicha zona escolar a una velocidad de 40 km por hora, a las 22 horas, y precisamente al salir de una curva aparece repentinamente un adulto que cruzo por la mitad de la calle y no por el paso cebra, creada para tal fin, atropellándolo y causándole lesiones graves.

Análisis del caso:

El conductor desobedeció el deber de cuidado de conducir a una velocidad de 20 Km por hora en zona escolar y por tanto se puede decir que elevo el riesgo de provocar lesiones a quien cruzara por el paso de cebra, e incluso se podría demostrar que en caso de haber conducido solo a 20 Km por hora hubiese podido frenar a tiempo y evitar atropellar al peatón. Pese a todo lo anterior, el fin de la norma que impone el deber de llevar esa velocidad tan baja en la zona escolar es proteger a los escolares en horario de clase, no para evitar accidentes con peatones que de forma despreocupada cruzan la calle de noche. También se debe tomar en cuenta que la velocidad de 20 km por hora solo es válido para zona de escolares durante el tiempo de funcionamiento del centro educativo. Por lo tanto, no se le puede imputar al conductor el resultado producido.

2.4.4- ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA. -

En los delitos imprudentes que se atribuyen al ámbito del tráfico rodado con el resultado de muerte es necesario que se haya producido como consecuencia de la infracción del deber de cuidado y que al efecto **sea de uno de los que procuraba evitar la norma respectiva.**

Expresada otra vez la idea: No es suficiente que la consecuencia haya acontecido por la inobservancia del cuidado objetivamente debido para que se dé el tipo de injusto: es preciso además que la secuela sea de aquellas que la norma procuraba no aconteciese.

En consecuencia, es fundamental para esta clase de actividad el alcance del tipo penal, tema que gran parte de la doctrina ha desarrolla bajo la denominación del *ámbito de protección de la norma*.

Se tiene en cuenta que la imputación objetiva del resultado en los delitos imprudentes requiere un nexo o relación de riesgo referido con el fin de protección de la norma.

Así, es posible negar la específica relación entre la conducta descuidada y el resultado producido cuando éste fuera del alcance del tipo penal: Es decir, que no era uno de los que el Derecho quería evitar con la imposición de un determinado deber de diligencia.

“La teoría del fin de protección de la norma sostiene que solo puede imputarse al autor aquellas consecuencias de su obrar descuidado, que debieron haberse evitado según el sentido y la finalidad de la norma de cuidado infringida.” (STRUENSEE, Eberhard, 1999, p. 453.)

Los estudios relativos al tema tienden, así como lo hacen otros que encaran la doctrina moderna, a elaborar criterios que remplacen el método tradicional consistente en comparar la conducta real con una hipotética.

Con el concepto del fin de protección de la norma, así como los demás que utiliza la teoría de la Imputación Objetiva (incremento de riesgo, principio de confianza, etc.) se procura fijar los alcances del tipo penal.

Es por eso que la teoría del riesgo está íntimamente relacionado con el tema como lo demuestro con la siguiente cita del profesor Wolter:

“En este orden de consideraciones normativas, necesariamente el principio de riesgo está ligado con el fin de protección de la norma, por lo que la autonomía del primero ha sido puesto en entre dicho. Pero es cierto que las relaciones se establecen teniendo en

consideración que la creación de un riesgo no permitido y la realización de ese riesgo en el resultado tienen que ser considerados dentro del alcance del tipo ilícito”

Por eso son útiles todos los elementos estudiados y enunciados para restringir la responsabilidad penal por imprudencia, pues la problemática de la esfera del **injusto no se reduce tampoco a la mera comprobación de si la lesión de un bien jurídico es consecuencia del peligro creado por el autor**, porque todo ello está teñido de valoración. Y está referida a que intereses apreciados procuran proteger las normas.

A su vez los preceptos, entendidos estos en un sentido global, determinan en su caso, la ilicitud global del hecho (si no concurren causas de justificación) y finalmente la culpabilidad del autor, pues ésta consistirá en el reproche que se pueda formular por no haber adecuado, pudiendo hacerlo, su conducta a lo que está mandado. (ROXIN, Claus, “Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes”; cit, p.198.)

En este último sentido se debe tener en cuenta que la razón primera de la norma penal consiste en preparar mentalmente a los destinatarios para que se comporten de determinada manera: realizando algunas acciones y absteniéndose de otras. Por lo mismo, en el tipo tiene cabida todos aquellos elementos que integran la descripción de la conducta que se quiere motivar. En el delito imprudente, en la medida que la norma puede inhibir el comportamiento negligente mediante la amenaza del mal que representa la pena, la indicación del deber de cuidado integra la tipicidad.

La actitud de no haberse comportado cuidadosamente, pudiendo hacerlo, podrá luego de comprobado aquello serle reprochado al sujeto.

2.5.- IMPUTACIÓN A TÍTULO DE CULPA:

Vivimos en una sociedad de riesgos, que pueden devenir de múltiples causas, consecuentemente no basta la simple causalidad para imputar un hecho, de ahí que la teoría de la imputación objetiva busca la adecuación del derecho penal a las funciones roles que corresponden a los individuos en la sociedad y nos permiten establecer si una persona defrauda a las exceptivas sociales.

La teoría de la imputación objetiva iniciada por Mezger, Welzel y continuada por Roxin y Jackbs nos presentan una teoría funcionalista esto es, lo fines y las funciones que cumple el Derecho en la sociedad, es decir se busca que el Derecho Penal se adecue a la realidad social por las funciones de cada individuo cumple en ella, de tal manera que el funcionalismo se sirve de la teoría de la imputación objetiva, que pretende establecer la lesión a un bien jurídico como la obra de un individuo, dependiendo del papel que desarrolla en la sociedad.

Debemos tener en cuenta que en los delitos imprudentes el Derecho Penal sólo reprime conductas que aumenten el riesgo permitido socialmente e interrumpan el ámbito de protección de la norma y que produzcan resultados que se hayan podido evitar, pues si la acción se desarrolla dentro del límite de los riesgos permitidos y se produce un resultado, o si se produce un resultado inevitable, el agente nunca habrá de responder dado que no tendría sentido castigar conductas que se adecuan socialmente o que no inciden en un resultado; de ahí que la formula básica de la imputación objetiva consiste en determinar, por un lado si la acción creo un riesgo jurídicamente desaprobado para la producción del resultado y, por otro lado, si este es la realización de aquel riesgo creado por la acción. En tal caso podemos afirmar que el resultado es objetivamente imputable, o lo que es mismo, es consecuencia de la acción.

2.5.1.- LA PROBLEMÁTICA EN LA IMPUTACIÓN DE LOS DELITOS IMPRUDENTES EN MATERIA DE TRÁNSITO.

La problemática de los accidentes de tránsito es obvio que como evento no querido, resalta el tema de la culpa, de modo tal, que los posibles ilícitos de tránsito se dan como un homicidio culposo, o de lesiones del mismo tipo, y estas son producidas u ocasionados generalmente con las modalidades de imprudencia, negligencia, impericia etc.

Pero, al parecer la doctrina coincide en la constatación de que la relación causal entre la acción y el resultado no basta para imputar ese resultado al autor de la acción. En otras palabras: la observación de un nexo causal natural que se produce entre la acción y el resultado es insuficiente y ello se hace evidente en el siguiente ejemplo:

A maneja su automotor en forma prudente y atropella a B que salta de improviso a la vía pública en busca de su pelota y le produce la muerte.

Esta circunstancia descrita es insuficiente para imputarle a A el resultado jurídico de homicidio inintencional que contiene el tipo penal, se requiere desde mi punto de vista un criterio normativo propio del Derecho Penal y no la mera causalidad de la naturaleza que limite sus efectos. La relevancia jurídica del nexo causal no puede ser sino normativa, lo causal natural nos sirve para explicar el suceso, pero no nos sirve para imputar el resultado típico.

Para finalizar este capítulo focalizando el interés en la imputación objetiva del resultado y en relación a los delitos imprudentes los resumimos en los siguientes pasos:

1. Nexos de causalidad; bueno a que este paso es necesario, pese a lo impreciso que puede resultar la idea de causalidad natural, y la insuficiencia del que ella se deriva. Sin embargo, se debe proceder así en los casos de accidentes de tránsito con resultados de muertes o lesiones para los participantes.

2. El paso siguiente consistirá en examinar si el autor si ha violado el deber objetivo de cuidado propio de su rol en la sociedad y al mismo tiempo ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado. Esto teniendo en cuenta que las normas jurídicas solo prohíben acciones que aumenten el peligro al que está expuesto un bien jurídicamente protegido.
3. Finalmente, para que pueda atribuirse objetivamente el resultado habrá que probar que en él se materializa el mismo peligro, jurídicamente desaprobado, que la acción generó.

CAPÍTULO III

DELITOS DE TRÁNSITO CON RESULTADO MUERTE

3.- DELITOS DE TRÁNSITO CON RESULTADO MUERTE

Cuando nos referimos a los delitos de tipo culposo como los que derivan de los accidentes de tránsito, en donde los conductores no salen con la intención de causar daño a nadie (como si ocurre en los delitos dolosos) pero a pesar de esto se produce un resultado como es la muerte de una persona ya sea por la conducción imprudente del conductor o por actuar incorrecto de la propia víctima defraudando su propio rol, es por eso que estos actos deben ser sancionados de acuerdo al grado de responsabilidad de quien lo produjo de conformidad con la tipificación que la ley le haya dado.

En nuestro país el nuevo cuerpo normativo que rige en materia Penal es el Código Orgánico Integral Penal que fue publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero del 2014 pero que entro en vigencia el 10 de agosto del 2014, contiene todo lo concerniente en materia penal, es decir están también incluidas las normas concernientes en el ámbito de tránsito que son metería de estudio en el presente trabajo de investigación.

3.1 EL ILÍCITO DE TRÁNSITO Y SU ESTRUCTURA EN EL CÓDIGO INTEGRAL PENAL.

3.1.1.- LA INFRACCIÓN PENAL. -

En el siglo del automóvil, nuestra civilización está profundamente caracterizada por él; pero; junto con sus múltiples ventajas, el automóvil ha establecido nuevas necesidades y ha creado nuevas obligaciones, como la de regular la circulación con leyes rigurosas para evitar, no solo los impedimentos que se originan ya por la acumulación de vehículos, si no para evitar accidentes de tránsito.

Empezaremos nuestro análisis definiendo lo que es una **“infracción penal”** al respecto el Código Integral Penal en su artículo 18 lo define de la siguiente manera: “Es la conducta

típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 18).

Con respecto al concepto que se acaba de mencionar el Prof. Dr. Luis Garcia Martin Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza le da la siguiente crítica al respecto:

Formal y conceptualmente, esta definición es errónea, pues la culpabilidad no puede ser en ningún caso elemento de ninguna “infracción” de ninguna especie. De lo contrario, habrá que negar el carácter de infracción a las conductas *contrarias a las normas* que realizaran quienes obren sin culpabilidad. Infracción significa inobservancia o contravención de una norma –obviamente mediante un hacer o un omitir humanos, y por lo tanto, dolosos o imprudentes- independientemente si el autor ha obrado culpablemente sin o sin culpabilidad. (Garcia, 2014, p.12).

Siguiendo la postura del profesor García decimos que Infracción Penal es una especie de violación de una norma que se caracteriza por la conducta infractora que está tipificada por la ley independientemente de la culpabilidad de los posibles infractores.

Así lo asume también el COIP, desdiciendo y contradiciendo –ahora correctamente- la definición del Art. 18, en el Art. 36 parte de la base de que el sujeto que padece un trastorno mental que le impide comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse conforme con esta comprensión, no es culpable (Art. 34 COIP) por la infracción que ha cometido.

Lo que en realidad define el Art 18 del COIP es, pues, el concepto total de DELITO, que comprende la totalidad de presupuestos de la punibilidad (la tipicidad, la antijuridicidad, y la culpabilidad).

El COIP utiliza tanto el término “infracción penal” como el de “delito” con amplitudes y alcances diversos, y por otra parte, a veces el concreto uso que se hace al termino es evidentemente erróneo porque no concuerdan el con el objeto real al que se refiere (como sucede con el Art. 18 del COIP), y entonces hay que hacer una precisión correctora del término mismo para hacer congruentes a ambos.

Además, el sentido en que se usa el término es incierto, y entonces es necesario hacer una interpretación de menor o mayor grado de complejidad para determinarlo en relación con la cuestión específica.

La doctrina nos indica que las precisiones terminológicas han de llevarse a cabo a dos planos, el primero que se refiere:

- A la estructura interna del concepto del delito (conducta típica, antijurídica, culpable y, en su caso, punible) y;
- En segundo plano relativo a la clasificación de las infracciones penales en “delitos” y “contravenciones”.

Los del primer plano:

- En sentido estricto, el término “infracción penal” debería hacer referencia exclusivamente a la conducta penalmente típica, ósea independiente de si es antijurídica y, además, culpable. Este alcance del concepto de infracción penal es ya jurídicamente relevante, pues la mera apariencia de una conducta como penalmente típica –**la noticia criminis**- es razón suficiente para la apertura de, al menos, una diligencias previas, y, en su caso, de un procedimiento penal, por ejemplo el término infracción penal y delito, deben entenderse en el sentido más estricto de conducta penalmente típica, por ejemplo el Art 411 del COIP “La Fiscalía, ejercerá la acción penal publica cuando tenga los elementos de

convicción suficientes sobre la existencia de la **infracción**...” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 411). (Lo subrayado y negrita es mío), y teóricamente también en el Art. 534 del COIP sobre la Prisión Preventiva: “1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un **delito** de ejercicio público de la acción” y el numeral 4: “4. Que se trate de **infracción** sancionada con una pena privativa de libertad de un año”. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 534 numerales 1 y 4). (Lo subrayado y negrita es mío), por los que los términos “infracción” y “delito” se los utiliza dependiendo del objetivo que busca la norma penal para cada caso en concreto.

- Otra situación que es también importante mencionar es que los términos “infracción penal” y “delito” tiene evidentemente el sentido de conducta típica y antijurídica (siendo indiferente si es o no culpable). Así es evidente que la infracción penal equivale a la conducta típica y antijurídica en las disposiciones legales relativas a la responsabilidad civil derivada de un hecho constitutivo como un “daño injusto” (antijurídico) y la existencia de este es absolutamente independiente de si el autor es o no culpable y,
- Finalmente, contextos en los que por índole de las cuestiones que se tratan, no puede haber duda sobre que los términos “infracción penal” y “delito”, deben ser entendidos, en el sentido más amplio, como “totalidad” de los presupuestos de la punibilidad (como conducta, típica, antijurídica, culpable y, en su caso punible). Con las expresiones sinónimas “tipo de delito”, “tipo delictivo” y “figura de delito”, el término tipo se utiliza en Derecho penal en el sentido más amplio posible porque se lo entiende también como totalidad de los presupuestos de la punibilidad. En este sentido, el tipo –o la figura- de delito no es un concepto meramente descriptivo y formal, sino que tiene un contenido material que lo

caracteriza como un *tipo de garantía*, porque comprende a todas las circunstancias a las que, como presupuestos de la punibilidad, deben alcanzarles las garantías que proporciona el principio de legalidad, ósea la reserva de la ley, el mandato de determinación legal, la irretroactividad y la prohibición de la analogía.

El tipo de garantía comprende así los elementos no solo de lo injusto específico de la figura del delito (de la tipicidad en sentido estricto), sino de la antijuricidad (causas de justificación), de la culpabilidad (causas de inculpabilidad), y hasta condiciones objetivas de punibilidad.

Cuando el objeto al que se refiere el término “infracción penal” es el tipo de garantía, resulta obvio que el mismo deberá ser entendido como conducta típica, antijurídica, culpable, y en su caso punible, aún a forzar al máximo su alcance literal.

El COIP reconoce claramente el tipo de garantía, con sus efectos, en el Art, 13 inciso tercer, al extender la prohibición de la analogía, sin excepción, a todos los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción.

Los de segundo plano:

Menos problemático es precisar el sentido en que se usa el término “infracción penal” en el plano relativo a su clasificación:

- El COIP utiliza precisamente el término genérico “infracción penal” para “todas” las especies de conductas punible (delitos y contravenciones).

En el Art. 18 nos da el concepto de “infracción penal” y luego en el Art. 19 lo clasifica en “delitos” y “contravenciones” y en el mismo artículo en el segundo inciso nos dice: “delito es la infracción penal sancionada con una pena privativa de libertad mayor a treinta días”.

De este modo, en principio, cuando el COIP utilice el término “infracción penal” debe entenderse que se refiere tanto los delitos como a las contravenciones, y cuando se utilice el término “delito” está excluyendo a las contravenciones.

Así, por ejemplo, está claro que la prohibición de la analogía para las “infracciones penales” (Art. 13.3 COIP) se refiere tanto a los delitos como a las contravenciones.

- Pese a la claridad y certidumbre que muestra en general el COIP sobre la cuestión tratada, en algunas ocasiones se desvía sin embargo de la regla al usar indistintamente los términos infracción y delito, y hay que hacer una interpretación lógica para determinar si con el término utilizado se quiere abarcar a ambas clases de infracción, o si solo a los “delitos”, o si solo a las “contravenciones”.

Cuando el COIP utiliza el término “delito”, resulta considerablemente incierto dilucidar si lo emplea en sentido estricto o amplio, y habrá que realizar una laboriosa y compleja labor de interpretación para llegar al resultado más razonable de acuerdo con la finalidad de la regulación.

Por ejemplo;

Así en el Art. 37 del COIP se utiliza la frase “salvo a los delitos de tránsito” de las reglas de graduación de la responsabilidad penal en los casos de embriaguez o intoxicación. Una interpretación del término “delito” en sentido estricto dejaría fuera de dicha excepción a todas las “contravenciones” de tránsito, y de este modo también a los de los Arts. 384 y 385, que se refiere a contravenciones de tránsito cuando una persona conduce un vehículo bajo efecto de sustancias estupefacientes y en estado de embriaguez.

- La **cuantía de la pena** que diferencia al delito y a la contravención es la del marco legal típico previsto para la figura del delito en la Parte Especial (la pena legal abstracta), y no la de la pena realmente impuesta al sujeto en el caso en concreto,

la cual podría rebasar los límites de aquella en virtud de la aplicación de graduación de la Parte General, como por ejemplo cuando concurren circunstancias agravantes. Como, por ejemplo, al autor de una contravención de hurto, conminada en el Art. 209 del COIP con una pena privativa de quince a treinta días, se le impone una pena privativa de cuarenta días, por haber concurrido una o más circunstancias agravantes. (Art. 44 inciso tercero), esto para nada convierte a la contravención en “delito”, sino que seguirá siendo una contravención sometida en todo al régimen jurídico específico de esta clase de infracciones penales.

- Desde un punto de vista material, la distinción entre delitos y contravenciones se basa en el criterio meramente cuantitativo de la mayor gravedad del injusto (del Disvalor de la acción y del resultado) en los delitos que en las contravenciones.

La menor gravedad de lo injusto de las contravenciones explica que en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos se establezcan para éstas o para infracciones homologas (faltas, delitos menos graves) un tratamiento más benigno en algunos aspectos.

En materia de tránsito la definición de “infracción” que trae el COIP se encuentra determinada en el Art. 371 que indica: **“Infracciones de tránsito.** - Son infracciones de tránsito las acciones u omisiones culposas producidas en el ámbito de transporte y seguridad vial” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 371).

En base a las consideraciones sobre lo analizado en el punto anterior sobre el uso de la terminología “infracción penal” y el “delito” podemos establecer que como el término de “infracción penal” se lo utiliza en nuestro Código como un término GENERICO, es decir para “todas” las especies de conductas punibles (delitos y contravenciones) es por eso y de conformidad con lo describe el Art. 19 del COIP: **“Clasificación de las infracciones.**- Las infracciones se clasifican en delitos y contravenciones”. (Código Orgánico Integral

Penal, 2014, Art. 19), que las infracciones de Tránsito, también se dividen en Delitos y Contravenciones.

Los delitos de Tránsito están determinados en los Arts. 376 al 382 del COIP y en cambio las contravenciones de tránsito están determinadas en los Arts. 383 al 392 del mencionado cuerpo legal. (Por lo extenso sobre todo de las contravenciones de tránsito no lo transcribiré las mismas).

Dentro de este articulado existe una gran variedad de delitos que pueden ser cometidos por conductores de vehículos o por peatones que hacen uso de las vías, y su conducta ilegal, o el acto jurídico imputable se verifica por la acción u omisión del infractor.

3.1.2.- CONCEPTO DE ILÍCITO DE TRÁNSITO.

La palabra “**Ilícito**” proviene del latín *illicitus*, y significa “**que no es legal**” es decir todo aquello que no está permitido legal o moralmente. Se trata por lo tanto de un **DELITO**.

3.1.3.- EL DELITO DE TRÁNSITO:

Es una acción típica, antijurídica, imputable, culpable sometida a una sanción penal.

Supone una conducta de lesión del Derecho Penal, es decir, una acción u omisión tipificada y sancionada por el Código Orgánico Integral Penal, y esta característica se verifica por el cometimiento sucedido, verificada por la actividad humana propia de cada persona en arreglo a las circunstancias en las que se suscitó el acontecimiento, y en materia de tránsito, el acontecimiento es el accidente producto del accionar de la conducta humana.

Para el doctor Marcelo Cabrera, define al **delito de tránsito** como:

Todo daño CAUSADO INVOLUTARIAMENTE en la propiedad ajena, siempre que los hechos no queden comprendidos en otro precepto del Código

Penal. El DAÑO en sentido amplio es toda suerte de mal, sea material o moral, que pueden afectar a distintas personas o cosas, de distintas maneras. PARTICULARMENTE, EL DAÑO, es deterioro, perjuicio o menoscabo que por LA ACCIÓN de otro se recibe en la propia persona o bienes. EL DAÑO PUEDE PROVENIR DE DOLO, DE CULPA O CASO FORTUITO, según el grado de malicia. NEGLIGENCIA O CAUSALIDAD entre el autor y el efecto. EL DAÑO DOLOSO obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal. El DAÑO CUPOSO suele llevar consigo TAN SOLO INDENIZACIÓN; y EL DAÑO FORTUITO EXIME en la generalidad de los casos. (Cabrera, 1988, pp. 133).

Esto significa que su mayoría de los casos el ilícito de tránsito es un acontecimiento culposo no querido por el agente que lo comete, es por ello que los delitos atienden responsabilidades culposas.

3.1.4.- LOS ACCIDENTES DE TRÁNSITO:

Etimológicamente la palabra “tránsito” proviene del vocablo latino “**Transitus**” que significa: “transitar desplazarse, caminar de un lugar a otro.”

Por eso es menester señalar que tránsito es la actividad de desplazamiento que realizan los seres vivientes dotados de libertad de movimientos, es decir que es exclusiva de los seres pertenecientes al reino animal, para satisfacer sus necesidades de traslado.

Según el profesor José Garcia Malconi nos da el **concepto jurídico** de Accidente de tránsito:

Accidente es todo suceso o acontecimiento anormal e imprevisto que acarrea un daño en las cosas o en las personas y que es causado con ocasión directa del empleo o uso de un vehículo motorizado o tracción animal. (Garcia, 1998, pp. 95).

Otro concepto más completo que también es importante mencionar es del profesor Jorge Duarte Estevez (2015) “En materia de tránsito accidente es el suceso imprevisto producido por la participación de un vehículo o más en las vías o carreteras y que ocasiona daños materiales o lesiones a personas y hasta la muerte de las mismas” (p. 12).

3.1.5.- PRESUPUESTOS QUE INTERVIENEN EN LOS ACCIDENTES DE TRÁNSITO. -

En materia de tránsito el hecho de haber incurrido en una conducta ilícita; se habla de una culpa genérica en caso de negligencia, impericia e imprudencia y hablamos de culpa específica en caso de inobservancia de leyes reglamentos u órdenes.

NEGLIGENCIA. -

Es aquella forma de culpa en que el agente no previó la posibilidad de que se produjeran las consecuencias socialmente peligrosas de su acción u omisión, aunque podía y debía preverlas.

En la negligencia delictiva el agente no prevé las consecuencias socialmente peligrosas de su acción. La esencia de la culpa en este caso está en que la persona, teniendo la posibilidad real de prever las consecuencias socialmente peligrosas de las acciones por ellas cometidas, no empleó energías psíquicas para llevar a cabo los actos volitivos necesarios que evitaran esas consecuencias.

De modo que la responsabilidad penal por la negligencia delictiva se presenta cuando se comprueba que el agente, en determinadas circunstancias, no solo debía sino que también podía, dadas sus cualidades subjetivas de prever las consecuencias socialmente peligrosas de sus acciones.

Una situación de negligencia que se da frecuentemente en materia de tránsito es la desidia frente al cumplimiento exacto de sus propios deberes, por deficiencia de atención o de sensibilidad.

Por ejemplo, para un conductor de un bus de pasajeros en obligación de cerciorarse del buen funcionamiento del vehículo tanto para cuidar su propia integridad personal como de los pasajeros.

Todo vehículo de tracción mecánica debe ser guiado por un conductor idóneo en razón de la edad y de normales condiciones físicas y mentales, esto es que tenga capacidad, experiencia y sentido de responsabilidad; esto generalmente no tiene el menor de edad y por esta razón no tiene capacidad legal para obtener una licencia que le permita conducir.

Mezger (1996) “se porta con negligencia el que viola un deber de atención que le atañe estando en grado de prever el resultado” (p. 56).

LA IMPERICIA. -

La impericia es una forma de culpa en un accidente de tránsito.

La impericia se funda en la ignorancia, en la escasa preparación profesional y en la falta de suficiente adiestramiento, así la impericia consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada, en este caso para conducir un vehículo en excelente forma.

Con estos antecedentes podemos definir a la impericia, como la carencia de aptitud, experiencia de un sujeto, cuando practica una profesión o un oficio. También constituye impericia la falta de habilidad que se requiere para el ejercicio de una particular habilidad

La impericia esconde muchas veces la “inmadurez”, y por esto debemos ser muy prudentes en el diagnóstico y examinar también si la incapacidad también que se revela

en el hecho culposo, proviene de la edad, o de algún defecto de la preparación y de aptitudes que den origen a la responsabilidad penal.

El Dr. Jorge Cárdenas (2013) nos dice “Ni el cuidado ni la prudencia excluyen el obrar imperito. La negligencia y la imprudencia son omisiones de resguardos en el acto, en tanto que la impericia es una omisión en los resguardos de capacitación, que en su manifestación practica puede coexistir con la atención y meticulosidad más evidente, porque estas no vuelven concienzudo el acto” (p. 144).

LA IMPRUDENCIA. -

Es una falta de cuidado y de atención que debe tener todo individuo que vive en la sociedad en la realización de sus actos.

La falta de atención y cuidado que se exige, es la carencia de una reflexión normal que caracteriza al término medio de los sujetos que actúan por medio del cual miden las consecuencias de sus actos, proveen el ordinario acaecer según la experiencia de la vida cotidiana.

La previsión del resultado es el fundamento necesario para establecer la imprudencia.

En el caso de accidentes de tránsito, la imprudencia tiene relación a la temeridad profesional.

El Dr. Efraín Torres Chaves (2009) dice: “...que la imprudencia consiste en una acción de la cual había que abstenerse por ser capaz de ocasionar determinado resultado de daño o de peligro, por tanto es una figura de ligereza, un obrar sin precaución” (p. 26).

Así imprudencia es la imprevisión inexcusable de las consecuencias dañosas que pueden derivar de conducta. Aquí en materia de tránsito proviene por la falta de observación de los reglamentos establecidos en las leyes de circulación.

Para terminar este tema podemos señalar que la imprudencia es una conducta positiva, consistente en una acción de la cual había que abstenerse por ser capaz de ocasionar determinados resultados dañosos para bienes jurídicamente protegidos.

INOBSERVANCIA DE LAS LEYES, REGLAMENTOS, Y MÁS DISPOSICIONES DE TRÁNSITO.

En este punto está descrito dentro del Art. 377 dentro del segundo inciso numeral cinco y podemos mencionar que la inobservancia de los Reglamentos, leyes, y más disposiciones de tránsito resulta una forma especial de culpa, porque supone que ellos son conocidos y se violan (imprudencia), y, además, que entre dicha inobservancia y las posibles lesiones producidas exista una relación de causalidad y más elementos que se han detallado en los capítulos anteriores.

Las disposiciones tienen importancia entre la sociedad porque permiten deducir el rechazo del principio “*versari in re ilícita*”, pues si no se quiere ver en ello el establecimiento de una responsabilidad puramente objetiva o una variedad del *versari*, es preciso interpretar el texto legal en el sentido que el deber de cuidado; que es general y amplio, aparece en estos casos precisando a través de ciertas obligaciones de prudencia que especifican los reglamentos. En este caso, la inobservancia de tales reglamentos significa la infracción del deber de cuidado que correctamente incumbía al agente en esas circunstancias, lo que es la esencia de la culpa, pero la infracción al reglamento no puede considerarse sino como una mera presunción o indicio de la tipicidad culposa por la violación del deber de cuidado ya hemos explicado anteriormente.

3.2.- EL TIPO PENAL DEL ART. 377 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. -

Para iniciar el análisis del Art. 377 del COIP me permito transcribir el mismo:

Muerte culposa. - La persona que ocasione un accidente de tránsito del que resulte la muerte de una o más personas por infringir el deber objetivo de cuidado, será sancionado con una pena privativa de libertad de uno a tres años, suspensión de la licencia de conducir por seis meses una vez cumplida la pena privativa de libertad.

Serán sancionados de tres a cinco años, cuando el resultado dañoso es producto de acciones innecesarias, peligrosas, e ilegítimas, tales como:

1. Exceso de velocidad.
2. Conocimiento de malas condiciones mecánicas del vehículo.
3. Llantas lisas y desgastadas.
4. Haber conducido el vehículo más allá de las horas permitidas por la ley o malas condiciones físicas de la o el conductor.
5. Inobservancia de leyes, reglamentos, regulaciones técnicas u órdenes legítimas de las autoridades o agentes de tránsito.

En el caso de que el vehículo con el cual se ocasiono el accidente preste un servicio público de transporte, será solidariamente responsable de los daños civiles la operadora de transporte y la y el propietario del vehículo, sin perjuicio de las acciones administrativas que sean ejecutadas por parte del organismo de transporte competente, respecto de la operadoras.

La misma multa se impondrá a la o empleador público o privado que haya exigido o permitido a la o el conductor trabajar sin condiciones. (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, 2014, Art. 377).

En el primer inciso del Art. 377 de COIP en su parte pertinente nos dice: “La persona que ocasione un accidente de tránsito del que resulte la muerte de una o más personas por

infringir el deber objetivo de cuidado, será sancionado con una pena privativa de libertad...”.

En esencia el primer inciso del Art. 377 del COIP es la descripción de la conducta típica de un delito culposo porque hace referencia al “**deber de cuidado**”, en los cuales su principal característica es que existe ausencia de dolo porque el motivo o el fin del autor del hecho culposo no apunta con terminar con la vida de un semejante, pero si existió falta de previsión.

Así que las consecuencias lesivas que se produzcan como es la muerte de una o más personas se realizan a partir de determinadas infracciones, que en este ámbito se centran en una “violación al deber objetivo de cuidado”, considerando a esta acción como una contraria a la diligencia objetiva que impone observar según la medida socialmente adecuada.

Aunque la descripción que se hace de este tipo penal sobre el contenido de la conducta prohibida es muy abstracta (como son generalmente los tipos culposos) porque para un simple lector que no conoce de Derecho no va entender a que hace referencia cuando se dice “infringir el deber objetivo de cuidado” digo esto porque nuestro Código Civil que es norma supletoria en materia de tránsito nos dice que la ley es conocida por todos, pero no entendida por todos aquellos, por eso el tema de investigación que estoy tratando y que para su entendimiento lo voy a desmenuzar así:

El legislador al crear el tipo penal y describir la conducta delictuosa no lo hace con exactitud describiendo los más mínimos detalles si no lo hace a través de una **hipótesis abstracta** esto con el objetivo de poder englobar todas aquellas comportamientos que tengan características esenciales comunes, en el caso de los delitos culposos y más específicamente del Art. 377 de COIP el elemento del tipo que se utiliza como un marco

de referencia para poder comparar la conducta realizada y poder determinar si ha sido realizada imprudentemente es el deber objetivo de cuidado.

Pero hasta ahora no sabemos nada de qué ¿es el Deber objetivo de Cuidado?

Este deber de cuidado dentro de un carácter interno del hombre se refiere a la actitud psíquica del autor y coincide con la aportación de concentración, el esfuerzo de los cinco sentidos, la tensión de las fuerzas espirituales o el empleo de total del aparato psicofísico, y en sentido externo se refiere a la conformación externa de la acción y equivale a la aplicación de determinados medios, es decir, de modalidades concretas de comportamiento para evitar la realización del tipo.

El concepto de cuidado debido es ante todo: **objetivo y normativo**:

- Es **Objetivo**: porque lo más importante para establecer cuál es el cuidado necesario nace en función de: aqueel cuidado requerido en la vida de relación social respecto a la realización de una conducta determinada y NO el cuidado que ha aplicado o ha podido aplicar el autor. Ello supone más un juicio normativo que surge de la comparación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente en la situación del autor.
- Es **Normativo**, de este juicio se desprende dos puntos:

Uno **intelectual**, esto es la previsibilidad objetiva: el resultado debe ser previsible ex ante para una imagen ideal colocada en la misma situación y posición del autor, esto es, la acción debe ser aquella que conforme a la “experiencia general” encierre una tendencia lesiva, ósea, resulte adecuada para producir el resultado. Queda así excluidos todos los cursos causales inadecuados.

- Uno **valorativo**: según la cual sólo es contrario al cuidado aquella conducta que queda por debajo de la medida adecuada socialmente y además se toma en

consideración el riesgo permitido puesto que solo infringe el deber de cuidado aquel cuidado

En la imprudencia contraria al deber de cuidado, es preciso determinar si se ha aplicado para la evitación del resultado la medida de cuidado que, según un juicio prudente, correspondía a la situación concreta, apuntado que para la determinación de su contenido no tiene importancia el cuidado que el sujeto pudo observar, conocer y evitar, sino solo el que debió conocer y evitar.

Si realizamos la comparación entre el deber de cuidado objetivo y la conducta concreta realizada resulta que la misma ha quedado por debajo de lo que el cuidado objetivo exigía, se habrá quebrantado este cuidado y la conducta será típica. Pero si ocurre lo contrario la conducta realizada es conforme al cuidado requerido, dicha conducta no será atípica. El Derecho Penal no puede obligar a nadie más allá de la observancia del cuidado debido que objetivamente era exigible.

Es necesario tomar en cuenta que además de la violación del deber de cuidado objetivamente requerido se debe tomar en consideración también la capacidad, rol específico y conocimientos especiales del sujeto que actúa, tanto para fundamentar la imprudencia como también determinar su gravedad.

En definitiva aquel participante de un accidente de tránsito que en su actuar no haya prestado todo el cuidado que era exigido en el ámbito de relación ha infringido el deber de cuidado pero como lo hemos manifestado a lo largo de este trabajo de investigación esto simplemente constituye un indicio porque dentro del tipo penal del Art. 377 del COIP deben estar presentes otros presupuestos para determinar responsabilidades como que la conducta haya rebasado el límite del peligro permitido y el fin de protección de la norma.

También el Art. 377 del COIP nos refiere que NO se debe tomar en consideración la finalidad que buscaba el autor porque este es simplemente irrelevante en los delitos imprudentes, un conductor que va a más velocidad de la permitida puede pretender una finalidad completamente lícita (llegar a su lugar de trabajo), pero lo que importa es la forma como actuó (conducir imprudentemente y producir la muerte de un peatón).

3.3.- CULPA DE LA VÍCTIMA. -

Un hecho riesgoso como es la del tráfico rodado se presenta, por lo general en un contexto interactivo, por lo que la intervención de varios sujetos en el hecho puede oscurecer la determinación de los sujetos penalmente competentes.

Percy Garcia nos dice:

La competencia por el riesgo prohibido no debe corresponderle al titular del ámbito de organización del que se deriva fácticamente el riesgo prohibido, sino que puede recaer también sobre terceros (principio de confianza y prohibición de regreso) o puede ser incluso atribuida a la propia víctima (ámbito de responsabilidad de la víctima). Si no es posible afirmar la competencia jurídico penal de alguna persona, entonces cabrá tratar el hecho simplemente como infortunio. (Garcia Percy, 2012, pp. 418).

3.3.1.- CON RELACIÓN AL ROL QUE DESEMPEÑAN LAS PERSONAS. -

Los seres humanos se encuentran en el mundo social en condiciones de portadores de un rol, es decir, como personas que deben administrar un determinado segmento de acontecer social, conforme a un determinado estándar.

Para poder imputar un hecho punible ha de ponerse determinar entre el autor, víctima y terceros, según los roles que desempeñen, a quien le compete el acontecer relevante, por

si solos o junto con otros, es decir, ha de determinarse quien o quienes han quebrantado su rol al administrarlo de manera deficiente lo que los lleva a responder penalmente. Si fue la víctima quien quebranto su rol, ella debe asumir el daño.

Si todos se comportan conforme al rol asignado, solo queda la posibilidad de explicar lo acaecido como desgracia o infortunio. El rol funciona como límite de responsabilidad.

Un contacto social puede competir no sólo al autor sino también a la víctima, y la conducta lesiva se le impute a ella misma, por faltar al principio de autoprotección.

La tratadista Claudia López (2005) dice:

El ilícito entonces, consiste en arrogarse un ámbito de organización ajena. En consecuencia, no hay arrogación de los bienes de otro cuando, con división de trabajo, ha sido la propia víctima la que ha configurado y modelado su autolesión. Si al momento de la realización del riesgo es ella quien tiene el deber de evitación del resultado, porque la administración del peligro ha entrado dentro de la órbita exclusiva de su competencia, el suceso puede ser explicado como su obra y no como obra de un tercero. En este caso es la víctima quien ha defraudado las expectativas que nacen de su rol; es decir los deberes de autoprotección que a ella le son exigibles como principal garante de la protección de sus propios bienes. (p. 212).

Existen numerosos casos en la conducta de la víctima desplaza la responsabilidad del autor, luego es a ella y solo a ella a quien ha de imputársele objetivamente el menoscabo sufrido a sus propios bienes. En estos casos, la valoración de las conductas de autor y víctima puede no resultar unívoca, es decir, están en duda las calidades de víctima y autor. Se debe dejar en claro si estamos frente a una víctima o frente a un autor. Se trata pues de

establecer si la conducta de la víctima determina o no la tipicidad de una conducta del autor, que ha intervenido junto a ella.

Me permito transcribir la resolución de la Corte Nacional de Justicia con respecto de un Accidente de Tránsito con un resultado de Muerte, Proceso **No. 302-2014**, que en su parte pertinente dice:

“...deberes y obligaciones que dentro del caso que nos ocupa, fueron infringidos por el peatón, quien en vida se llamó Wilson Mesías Guarango Ayavaca, al no observar sus deberes y obligaciones –inclusive había ingerido licor, de acuerdo al examen de alcoholemia que se le había practicado-, aumento considerablemente el riesgo; y por tanto, su muerte se produjo, sin que se pueda verificar que el recurrente Juan Sebastián Álvarez Ruilova, al conducir su vehículo haya actuado con falta del deber objetivo de cuidado...”. “...al no haberse acreditado la falta del deber objetivo de cuidado, en la actuación del casacionista, quien no actuó con negligencia o imprudencia, en la medida en que la previsibilidad del evento, esto es, la presencia del peatón en la vía, fue repentina e insospechada, mal podía la Sala de Alzada dictar sentencia condenatoria en su contra.-En este sentido, no existe culpa si la previsibilidad del evento escapa a lo que una prudencia común puede apreciar o, cuando el resultado proviene de un acontecimiento insospechado o excepcional que no ha podido entrar en el cálculo humano, por el contrario, existirá culpa si la eventualidad ocurrida no puede ser considerada como fortuita, sino que es previsible y ocurre normalmente, o que le es imputable a quien no prevé lo normal, lo razonable y no aquello fuera de lo común, lo extraordinario o imponderable aunque posible”. “En este orden de ideas, debemos tener en cuenta que el Derecho Penal solo reprime conductas que aumenten el riesgo permitido socialmente y que produzcan resultados que se pudieran podido

evitar, pues si la acción se desarrolla dentro de los límites del riesgo permitido y se produce un resultado inevitable, el agente nunca tendrá que responder dado que no tendría sentido castigar conductas que se adecuan socialmente o que no inciden en un resultado; de ahí que la fórmula básica de la teoría de la imputación objetiva consiste en determinar, por un lado, si la acción creó un riesgo jurídicamente desaprobado para la producción del resultado y, por otro lado, si este es la realización de aquel riesgo creado por la acción. En tal caso podemos afirmar que el resultado es objetivamente imputable, o lo que es mismo, es consecuencia de la acción; pero en el caso que nos atañe, fue el peatón el que creó un riesgo jurídicamente desaprobado, por tanto, el recurrente está exento del reproche penal”.

3.3.2.-LA COMPENSACIÓN DE CULPAS. -

La compensación de culpas se da cuando el resultado lesivo era consecuencia de una conducta imprudente de la propia víctima y de un tercero autor. Tal sería el caso de un conductor que marcha a exceso de velocidad y choca con otro que ha traspasado el semáforo en rojo, con el resultado de lesiones para ambos.

Aquí la acción imprudente y la violación de los reglamentos de tránsito tanto por la víctima como por el tercero son ambas determinantes para el resultado. A estos casos se les ha aplicado el principio *paria delicta mutua compensationes dissolvuntur* (los delitos iguales se disuelven por mutua compensación).

Francesco Carrara opina o consideran que la “culpa” de la víctima podía tener la capacidad sistemática de excluir la responsabilidad.

En nuestra legislación se ha adoptado la compensación de culpas me apoyo en mi aseveración por la jurisprudencia que existe sobre la materia:

Cito las partes importantes:

APLICACIÓN DE LA CONCURENCIA DE CULPAS EN LAS INFRACCIONES DE TRÁNSITO. Al concurrir una culpa recíproca entre procesado y ofendido como participantes de un accidente de tránsito, por no acatar los dos, la ley y el reglamento de Tránsito, aquello conforme a la doctrina citada exime de responsabilidad penal al acusado, sin que tampoco corresponda atribuir responsabilidad al supuesto ofendido al haber sufrido ya una pena anticipada (enfermedad), en aplicación del principio de no aflicción por una conducta reprochable. (JURISPRUDENCIA ECUATORIANA, 2013, p. 270).

Otra cita:

APLICACIÓN DE LA CONCURENCIA DE CULPAS EN LAS INFRACCIONES DE TRÁNSITO. Conforme a la doctrina española, el principio de confianza en el tráfico se supedita al principio de defensa, el cual obliga a prevenir el comportamiento inadecuado de los demás, complementándose con el principio de seguridad conocido como conducción dirigida, de ahí de acuerdo a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español la culpa concurrente de la víctima determina la degradación de la imprudencia del actor e inclusive la exención de responsabilidad penal, por la concurrencia y compensación de culpas, pues en estos casos no obstante probarse la relación de autoría entre el hecho y el agente, la conducta de la víctima determina un riesgo relevante en el resultado. (JURISPRUDENCIA ECUATORIANA, 2013, p. 270)

Aunque existe parte de la doctrina que opina que se debe negar la compensación de culpas porque consideran que tiene un origen y un carácter iusprivatista. Por ejemplo, autores como Jiménez de Asua, Soler, Reyes Echendia entre otros e incluso para la Sala

Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana que aseveran que la compensación de culpas no es aplicable en el Derecho Penal, debido su carácter público, de lo que se trata es al imponer una pena por culpa es de influir en los miembros de una sociedad para que no realicen conductas imprudentes. En tal caso, no es que estos autores desconozcan que la acción culposa del autor puede verse facilitada por la conducta imprudente de la víctima, sino que en tales casos esas dos culpas no se compensan, sino que permanecen incólumes en la responsabilidad de cada uno.

3.4.- PROCESO PENAL EN LOS ILÍCITOS CAUSADOS POR ACCIDENTES DE TRÁNSITO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA. -

Es importante indicar que con el COIP se establecen disposiciones reformatorias que afectan a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad vial (LOTTTSV), así tenemos la Novena disposición Transitoria, que sustituye los artículos los Art. 97, 147, 161.1, la disposición general vigésima primera y vigésima séptima y disposición transitoria vigésima segunda de la indicada ley de tránsito, que tiene relación con las licencias de conducir, con el juzgamiento con los delitos de tránsito establecidos en el COIP.

Así se tiene que se sustituye la Disposición General VIGÉSIMA PRIMERA de la LOTTTSV por la siguiente “**VIGÉSIMA PRIMERA:** En lo no previsto en la presente Ley, se deberá establecer en el Código Orgánico Integral Penal, Código Orgánico de la Junción Judicial y el Código de Procedimiento Civil, si es aplicable, con la naturaleza del proceso penal acusatorio oral”. Por lo que para la materia de tránsito lo que no esté determinado en la LOTTTSV se considera como normas supletorias a las indicadas.

Además, consta la disposición derogatoria DÉCIMO OCTAVA: Deróguese del Título III denominado “De infracciones de tránsito” constante en el Libro Tercero de la Ley

Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 398.

Para comenzar es necesario tomar en consideración que actualmente los delitos de tránsito pueden tramitarse a través de cuatro procedimientos distintos, el procedimiento ordinario, el procedimiento abreviado, procedimiento directo y el ejercicio de la acción privada

Cuando se investiga los delitos por accidentes de tránsito, Fiscalía Especializadas en Accidentes de Tránsito actúa de manera inmediata disponiendo diligencias como reconocimiento médico legales de las víctimas, así como los informes técnicos, mecánicos y avalúo de los daños materiales de los vehículos accidentados. Coordina sus labores con la Subdirección de Investigación de Accidentes de Tránsito (SIAT).

El SIAT realiza peritajes y avalúos de daños materiales, reconocimiento del lugar de los hechos, huellas vestigios, daños a propiedad pública y privada, reconstrucción y simulación de accidentes de tránsito, que sirven como elementos fundamentales que sirven para el esclarecimiento de las causas que generan los accidentes.

TRÁMITE A SEGUIR:

Si existen víctimas, con el parte policial, el Fiscal de Tránsito, de oficio dispone que se practiquen diligencias como: reconocimientos médicos legales, protocolos, autopsias, y reconocimientos técnicos mecánicos de avalúos de daños materiales.

Con estos elementos de convicción, se realiza la Audiencia de formulación de cargos de flagrancia, y se inicia la instrucción fiscal la cual no podrá durar más de sesenta cinco días tal como establece el Art. 592 del COIP, en contra de los presuntos responsables del accidente de tránsito y se solicita, si el caso amerita, medidas cautelares de carácter real y personal. Durante este periodo las partes procesales gozaran de libertad para obtener los elementos que sustenten sus alegaciones.

Una vez concluida la instrucción, el fiscal solicitará al juzgador o el Juez para que se señale día y hora para la audiencia preparatoria de juicio en donde el fiscal emitirá su dictamen acusatorio debidamente fundamentado.

La audiencia de juicio se llevará a cabo según las reglas del Art. 609 y siguientes del COIP.

CAPÍTULO IV
CONCLUSIONES.

4.- CONCLUSIONES. -

4.1.- LA ACCIÓN COMO EL PRIMER ELEMENTO DE VALORACIÓN PARA DETERMINAR SI EXISTE UNA RESPONSABILIDAD PUNITIVA. -

La acción constituye el elemento fundamental común a la estructura de todo delito de donde se predicen todos los demás elementos esenciales constitutivos de la infracción penal.

Entendida a la acción un acontecer final, no solo causal debido a que el hombre puede determinar sus consecuencias posibles de sus actos impulsado por la voluntad personal que se manifiesta en el mundo externo a través de un movimiento corporal de la cual la parte psíquica opera sobre los nervios motores determinando un movimiento muscular.

La acción como elemento del concepto estructural del delito es portadora de un contenido de valor y solo alcanza relevancia jurídico-penal cuando es descrita en un tipo legal y al mismo tiempo que afecte a un bien jurídicamente protegido, todos estos aspectos se toman en consideración de conformidad con el principio de legalidad.

En el caso de los delitos imprudentes la acción goza de una estructura autónoma frente al hecho doloso, con caracteres excluyentes.

4.2.- EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO COMO UN MARCO DE REFERENCIA PARA COMPARAR LA ACCIÓN REALIZADA EN LOS DELITOS IMPRUDENTES. -

La acción típica en los delitos culposos o en los delitos de tránsito no está determinada con precisión en la mayoría de los cuerpos normativos penales, razón por la cual la doctrina penal actual lo considera como tipos penales “abiertos” o “con necesidad

de complementación”, entonces para saber cuándo una determinada conducta cumple con el tipo penal culposo es necesario buscar un punto de referencia con el que comparar la acción realizada, para ver si ha sido realizada imprudentemente. Este punto de referencia lo da el *deber objetivo de cuidado*.

4.3.- EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO ES UN CONCEPTO NORMATIVO Y OBJETIVO. -

El fundamento de la culpa reside en la violación al “Deber Objetivo de Cuidado” considerando a esta acción como contraria a la diligencia objetiva que impone observar las medidas socialmente adecuadas que se extrae del contexto jurídico.

El deber de cuidado es entendido como aquella conducta que habría seguido un hombre razonable en la misma situación del autor, razón por la cual se lo considera un concepto normativo y objetivo debido a que lo importante para su determinación de su contenido no tiene importancia el cuidado que el sujeto **pudo** observar, conocer y evitar, sino solo el que *debió conocer y evitar*.

En definitiva, la falta de cuidado requerido en el ámbito de relación es un concepto objetivo, porque surge desde el ordenamiento jurídico en su conjunto y su regulación de la vida social, y es normativo valorativo, porque se deriva de la valoración que le merece una determinada acción dentro del ámbito situacional determinado.

4.4.- EN LOS DELITOS IMPRUDENTES NO SE DESVALORA LA FINALIDAD DEL ACTO SI NO LA ACTUACIÓN CONTRARIA AL DEBER DE CUIDADO. -

En el delito culposo la finalidad es irrelevante, aunque se produzca un resultado típico, lo esencial en este tipo de delitos **es el modo o la manera de obtener el fin** (Disvalor de la acción) o en otras palabras es la forma de desarrollar la obtención de una

finalidad, por lo que la finalidad por sí sola no configura la acción culpable si no media el Deber Objetivo de Cuidado que es objetivamente previsible.

Por lo tanto, la producción del resultado lesivo ha de ser justamente la concreción de la violación del deber de cuidado que se verifica mediante un nexo causal que no puede ser sino normativo porque lo causal natural no sirve para verificar el suceso e imputar el resultado de una manera objetiva.

La prohibición de la norma en el delito imprudente de ningún modo es equiparable a una prohibición de causar un resultado como ocurre en los delitos dolosos, sino que se desaprueba la actuación contraria al cuidado, con respecto al cual se deriva aquel con un alto grado de probabilidad, en otras palabras, no se desvalora la finalidad sino las consecuencias de su actuación, por el peligro intolerable de lesión que amenaza producirse cuando se realiza un grupo de factores de riesgo.

Estas aclaraciones nos permiten afirmar que el dolo y la culpa tienen estructuras muy diferentes que permiten diferenciarlos, desvaneciendo de esta manera la aberración de pensar que la culpa es una degradación del dolo.

4.5.- EL DEBER DE CUIDADO CONSTITUYE EL PRIMER ESCALON DE VALORACIÓN PARA LA IMPUTACIÓN DE UN RESULTADO DE MUERTE EN LOS DELITOS DE TRÁNSITO. -

Como un avance a la teoría de la imputación objetiva para vincular a un sujeto al acto delictivo en el caso que nos ocupa la muerte de una persona en un accidente de tránsito se exige que a más de la falta del deber objetivo de cuidado se cumpla con otros elementos de carácter normativo como es que la conducta haya creado un riesgo prohibido o el incremento de un riesgo ya existente, más allá de los límites permitidos y, finalmente que ese resultado delictivo este dentro del ámbito de protección del tipo que

lo describe. Este último elemento es exigido en la imputación objetiva porque sirve para excluir de la responsabilidad a aquellos autores que aun creado un riesgo no permitido o incrementado el ya existente, pero al mismo se concreta en un resultado que esta fuera del ámbito de protección de la norma o del tipo.

La doctrina nos manifiesta que los elementos componentes del injusto imprudente constituyen principalmente el “la infracción del deber objetivo de cuidado”, la “creación de un riesgo no permitido” y que “afecte a un bien jurídicamente protegido”, en donde los dos primeros elementos mencionados tienen que ir a la par, pues, se ha sostenido que la sola inobservancia de la norma de cuidado únicamente constituye una premisa indicadora (indicio) que determine el cumplimiento de la tipicidad del injusto imprudente.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALBAN, Ernesto; Manual de Derecho Penal Ecuatoriano; Ediciones Legales.
2. CARDENAS, Carlos; Práctica de Tránsito; Editorial Carpo.
3. CEREZO MIR, José, Derecho Penal Parte General, Ara editores.
4. CREUS, Carlos; Derecho Penal parte general, Editorial Astrea.
5. DONNA, Edgardo; Derecho Penal, Rubizal Culzon.
6. GARCIA, Percy, Derecho Penal Parte General, Jurista Editores.
7. JAKOBS, Junther; La Imputación Objetiva en el derecho Penal, Editorial Grisley.
8. MONTEALEGRE, Eduardo; Derecho Penal y Sociedad; Curcio.
9. MUÑOZ, Francisco; Teoría General del Delito; Editorial Temis.
10. PEÑA, Raúl; Derecho Penal Parte General; Editorial Astrea.
11. ROXIN, Claus; La Imputación Objetiva en el Derecho Penal, Editorial Grijley.
12. WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile.
13. ZAFARINI, Eugenio, Derecho Penal, Ediar.
14. ZAMBRANO, Alfonso; Manual de Derecho Penal, Editorial Edino.
15. ZAVALA, Jorge; Código Orgánico Integral Penal Teoría del Delito y el Sistema Acusatorio; Murillo Editores.