

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

MAESTRIA EN DERECHO PENAL

**“El Riesgo del Bien Jurídico a
consecuencia del Curso Causal o
Dominabilidad Humana”**

Director: Doctor Sandro Abrales.

Alumna: Doctora Sonia Urdiales Abad.

**Cuenca-Ecuador
2009**

INDICE

INTRODUCCIÓN: Pag. 3

CAPITULO I

DOMINABILIDAD Pag. 4-11

1.1 Dominabilidad en base a la Teoría de la Acción.....Pag. 4-8

1.2 Dominabilidad en base a la Voluntad Humana.....Pag. 8-10

1.3 Control del Curso Causal o Dominabilidad Humana.....Pag. 11

CAPITULO II

RELACION DE DOMINABILIDAD Y CULPABILIDAD... Pag. 12-18

2.1 La Dominabilidad como indicio de Culpabilidad.....Pag. 12-13

2.2 Cuando se puede decir que una persona es culpable por sus actos.....Pag. 14-16

2.3 La Dominabilidad frente a la Omisión.....Pag. 16-18

CAPITULO III

El Riesgo.....Pag. 18-27

3.1 Cuando se considera que el Bien Jurídico esta en Riesgo.....
..... Pag.18-25

3.2 Por la voluntad humana del sujeto activo que domina sus actos, hasta que grado se puede decir que puso o no en riesgo e bien jurídico, cuando el hecho delictuoso no se cumplió?.....Pag. 25-27

BIBLIOGRAFIA:Pag. 27-28

Abstract

Es evidente y lógico que el hombre por su propia esencia puede prever sus actos y consecuentemente sus resultados por el simple hecho que los puede dominar, es decir tomar las riendas sobre el curso causal, sin dejar de preocuparse de la voluntad del sujeto, la misma que se la ha tomado como un proceso humano en virtud del cual se establece que impulso o reflejo a de efectuarse con una sola finalidad, que no es más que el propósito del autor al que se le sumaran los elementos concomitantes posibles con cuya producción contaba el autor o con cuya producción no la contaba. Como bien sabemos el deber del Derecho Penal es evitar cualquier tipo de riesgo para el particular y la sociedad en general, por lo que la imputación no deber ser cuestionada en base al resultado

It is clear and logical that man by his very nature could anticipate their actions and consequently its results for the simple fact that can dominate, ie take over the causal course, not to worry about the subject's will, the same that it has been taken as a human process by which it is established that reflex impulse or to be made for one purpose, which is not only the author's purpose to join it possible with concomitant elements whose production had the author or whose production did not count. As we know the duty of the criminal law is to avoid any risk to the individual and the society at large, so that the complaint should not be questioned based on the result

INTRODUCCIÓN:

En el presente trabajo, se tomará como punto de partida la voluntad del autor par la ejecución de un acto (típico y antijurídico), cuya ejecución precise en un propósito o fin, (A sin ninguna duda quiere matar a B, sin tomar en consideración los riesgos que se pueden suscitar en el momento de ejecutar su plan), invocando la posibilidad de control de un curso causal o dominabilidad humana del mismo sobre su finalidad y voluntad. Así, la relevancia que posee la imputación objetiva de una persona desde la ejecución de la acción hasta el resultado querido, que no se ha producido o si el mismo resultado se hubiese producido por una situación ajena a su plan; la que podría poner en riesgo o no al bien jurídico protegido por la norma Penal?

Es evidente y lógico que el hombre por su propia esencia puede prever sus actos y consecuentemente sus resultados por el simple hecho que los puede dominar, es decir tomar las riendas sobre el curso causal, sin dejar de preocuparse de la voluntad del sujeto, la misma que se la ha tomado como un proceso humano en virtud del cual se establece que impulso o reflejo a de efectuarse con una sola finalidad, que no es más que el propósito del autor al que se le sumaran los elementos concomitantes posibles con cuya producción contaba el autor o con cuya producción no la contaba.

Si tomamos en cuenta el contenido de la voluntad que es simplemente subjetivo, la acción sería un mero proceso causal que

desencadenaría en la voluntad misma del autor en su impulso voluntario, considerando lo que el autor ha querido en base al dominio de su voluntad y de sus actos. Como bien sabemos el deber del Derecho Penal es evitar cualquier tipo de riesgo para el particular y la sociedad en general, por lo que la imputación no deber ser cuestionada en base al resultado, si no al momento en el cual se hizo presente la acción del sujeto.

Capitulo I

1.1 DOMINABILIDAD EN BASE A LA TEORIA DE LA ACCIÓN:

En el Derecho Penal, la acción es toda conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad humana; y todo lo que no es dominable por la voluntad humana no es acción. La trascendencia de la acción humana es incuestionable, por ser el eje central de la teoría general del delito, porque siempre que hablemos de acción, se entenderá que la misma se encuentra precedida por la conducta humana dominable de modo general por la voluntad. Es evidente y lógico decir que el hombre por su propia esencia puede prever sus actos consecuentemente sus resultados, por el simple hecho que los puede dominar o tomar riendas sobre el curso causal.

Sin dejar de preocuparse por la voluntad del sujeto, que es un proceso humano en la que se establece que el impulso o reflejo a de efectuarse con los efectos concomitantes posibles con cuya producción contaba el autor o con cuya producción no la contaba; lo que le interesa al Derecho Penal, es que si esa conducta guiada por la voluntad es o no relevante, porque no todos los cursos

causales son jurídicamente relevantes para el Derecho Penal; y la relación causal relevante sólo vendrá a ser dada por el enlace del tipo objetivo en el tipo subjetivo, es la concordancia entre el curso causal (dominabilidad) y el dolo que lo gobernaría.

Antes, de acuerdo con la concepción de dominabilidad, una conducta poseía la posibilidad objetiva de pretender un curso causal lesivo, cuando creaba un riesgo para el bien jurídico, esta posibilidad de lesionar que antes era un mero dato estadístico por decirlo así, ahora se le suma un criterio valorativo, es decir que existe un nivel de probabilidad de riesgo para el bien jurídico, el que no es jurídicamente y socialmente tolerado.

Se ha definido a la acción como una conducta humana relacionada con el medio ambiente, dominada por una voluntad dirigente y encaminada hacia un resultado; la conducta humana abarca acciones en donde la voluntad del sujeto dirige y prevé el resultado típico (hecho doloso); y en los casos en donde la voluntad esta dirigida a un resultado distinto del típico causado por el autor (hechos culposos). Para que una conducta socialmente relevante pueda ser valorada como acción, siempre que ella estaba o no dirigida por la voluntad; sólo en el primer caso cabe hablar de una acción ¹. En base a la teoría de la acción se han presenciado diversas concepciones: concepto causal, concepto final y el concepto social de acción.

En la concepción causal la acción era un movimiento corporal causado por un impulso de la voluntad, movimiento que a la vez

¹ MAURACH, "Derecho Penal" Parte General, -tomo I 3era Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina 1994 pag. 246

causa una modificación en el mundo exterior², que es dominada o al menos dominable por la voluntad³; así sólo los comportamientos humanos guiados por la voluntad pueden constituirse como delitos; porque para el Derecho Penal, el delito debe ser obra de un ser humano (Aunque en algunas legislaciones se admite que puede constituir como delito las actuaciones de personas jurídicas distintas al hombre como por ejemplo una Sociedad Anónima). Porque solo la conducta de una persona individual está sometida aun reproche de culpabilidad, no hay responsabilidad penal de personas colectivas ni de personas jurídicas.

Desde este punto de vista la acción es la representación de la voluntad en el exterior, es un mero proceso causal⁴, dejando aun lado la consideración si el autor lo ha querido o si sólo lo podía prever; se hace presente el contenido de la voluntad, si el autor pudo o no dominar el acto. Esta teoría busco limitar los cursos causales, además sigue el método de la equivalencia de condiciones pero no admite como causa a cualquier condición sino solo aquella que generalmente es idóneas para el resultado previsto en el tipo, superándose las interrogantes en los supuestos de cursos causales inadecuados; admitiéndose que no es posible

² “...exige para la acción un movimiento corporal en relación con la voluntad y causante de un resultado...” VON LIZT, Tratado II pag, 297

³ “... no son acciones en sentido jurídico los efectos producidos por fuerzas naturales o por animales, pero tampoco los actos de una persona jurídica. No son acciones los pensamientos o actitudes internas, pero tampoco sucesos del mundo exterior que como p. ej los movimientos reflejos o los ataques convulsivos, son sencillamente indominables para la voluntad humana...”ROXIN “Derecho Penal” Parte General, Tomo I Editorial: CIVITAS S.A, 1997 pag 194

⁴ “...la doctrina de la acción causal pone decididamente de cabeza la relación entre la voluntad y la acción: la tentativa no es un mero proceso causal al que falta efecto, sino una acción que apunta a un resultado propuesto, luego una acción en la que el contenido de voluntad es un elemento constitutivo...” WELZEL “Derecho Penal Alemán” Parte General, 12ª Edición, Editorial Jurídica de Chile- 1987 pag 163

separar el delito en un sustrato objetivo estrictamente y en otro subjetivo.

Primeramente porque el agente o sujeto debe reconocer previamente la probabilidad de producción del resultado en base a conocimientos naturales o empíricos, implicando por lo tanto un cálculo y dominabilidad, lo que hace lo expuesto relativo a la separación entre momentos objetivos y subjetivos. La causalidad en la acción o conducta humana se la ha descrito como mutación en el mundo exterior atribuible a la voluntad humana, que por nosotros ha sido identificada como resultado, y su realización es atribuible a la voluntad humana cuando resulta del movimiento corporal de un hombre.

En la concepción final de la acción, teniendo como referencia a Welzel, creador de la teoría final de la acción; quien demuestra que lo específico no es la causalidad sino la finalidad; porque la acción humana es el ejercicio de la actividad final⁵. El hombre gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites las consecuencias posibles de su actividad y ponerse fines de acuerdo a lo planeado, y gracias a la acción humana que ve a donde dirige su finalidad, se puede dar diversas situaciones en el transcurso de la ejecución del plan, que modifiquen el resultado por hechos u actos ajenos o no a su voluntad, que pueden o no ser previstos. La acción no exige ser causada por una voluntad, cualquiera que sea,

⁵ WELZEL "Derecho Penal Alemán" Parte General, 12ª Edición, Editorial Jurídica de Chile- 1987 pag 53

sino además ser conducida por el contenido de finalidad de la voluntad⁶

El dolo, como elemento subjetivo, pasa a formar parte del ilícito (tipo subjetivo), y la culpabilidad del delito doloso pasa ser un juicio de reprochabilidad; la comprensión de la esencia de la culpabilidad según Welzel reside en “el poder en lugar de ello” del autor en referencia a la configuración antijurídica de la voluntad.

La concepción social, de la acción se ha presentado como una especie de corrección a los conceptos causal y final de la acción, enfocada en la trascendencia de los comportamientos relevantes para el Derecho Penal⁷; cuyos comportamientos produzcan efectos en la realidad social, definiendo a la acción como “toda conducta objetivamente dominable en dirección a un resultado social objetivamente previsible”⁸

1.2 DOMINABILIDAD EN BASE A LA VOLUNTAD HUMANA:

El hombre tiene la posibilidad de prever sus actos, siendo plenamente dominables por su conciencia y voluntad; así todo comportamiento humano es dependiente de la voluntad humana y solo este acto puede ser penalmente relevante, por dirigirse a un

⁶ MIR PUIG, “Derecho Penal” Parte General, 7ª Edición, Editorial IB de f, Montevideo 2005 pag. 185

⁷ “...los comportamientos para el Derecho Penal existen antes de éste y con independencia de sus condicionamientos: el matar existiría aunque nose hallara penado por la ley. Más también existen otros hechos que no pueden importar al Drecho Penal ni ser incluidos en los conceptos de acción...” MIR PUIG, “Derecho Penal” Parte General, 7ª Edición, Editorial IB de f, Montevideo 2005 pag 188

⁸ Roxin, Claus “Derecho Penal” Parte General, Tomo I, Editorial CIVITAS S.A, 1997 pag.13

objetivo, a un fin ⁹. El hombre como un ser inteligente, puede controlar sus acciones, sus impulsos y desistir del cometimiento de un ilícito, cuyo control dependerá de su voluntad de actuar; algunos tratadistas indican que un elemento que acompaña a la voluntad del sujeto, son los sentimientos del mismo, que le ayudarán conjuntamente con su raciocinio a tener un control de la situación y ver más haya del resultado.

“...la voluntad supeditada a un fin, fin que él sabe que rige como una ley las modalidades de su actuación, el hombre sabe que puede actuar de una u otra forma, (lo presupone) para lograr el objetivo propuesto. Gobierno de la voluntad en la causalidad de su acción y supeditación de la voluntad a esa causalidad...” ¹⁰

La dominabilidad esta inmersa en la voluntad consiente del fin, porque el hombre sabe lo que quiere y conoce el fin o el resultado, pues lo ha revisto como posible y para ello adecua su voluntad; ahora bien, en la acción se encuentra involucrada la voluntad y el conocimiento, cuyo dominio se ve reflejado en el actuar libre del individuo, por la actividad inteligente del hombre, que es explicada por la capacidad involucrada en el desarrollo de su querer hacer al ejecutarse, mediante el despliegue de su acción dirigida a la consecución de un objetivo.

⁹ “ ... De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final , una acción dirigida a la consecuencia de un fin...” MUÑOZ CONDE, Francisco “Teoría General del Delito” Editorial: TEMIS, Bogotá-Colombia 1990 pag 11.

¹⁰ MARX, K “El Capital” Vol. 1, 8ª reimpresión, Editorial F.S, Colombia 1976 pag. 130

El dominio de la voluntad sobre el hecho y que se remite el mismo a la culpabilidad, porque el problema se hace notorio con el querer¹¹ actuar, efectuándose movimientos corporales determinados por un acto de voluntad consiente. Algunos seguidores de la teoría social de la acción, consideran que de todas formas el comportamiento humano es receptado para el juicio de imputación (acción-omisión).

Afirmando que los tipos omisivos y culposos no pueden ser explicados por la teoría causal ni final de la acción; claro está que la teoría final no explica la conducción final de un proceso causal que al no querer final debe agregarse el deber de actuar que es puramente normativo.

Comenzaremos diciendo que para determinar la responsabilidad de un delito a una persona, se debe tener presente la finalidad objetiva, no subjetiva que exige siempre los cánones de culpabilidad; la posibilidad de control de un curso causal o dominabilidad humana del mismo, poniendo en riesgo el bien jurídico protegido por la presencia del dolo que obliga, lo importante es la previsibilidad subjetiva por su inclusión en el plan del autor. Para constatar la existencia de una acción basta la certeza que el autor ha actuado voluntariamente. Lo que haya querido es aquí indiferente, el contenido de la voluntad es relevante para el problema de la culpabilidad, el dominio que tuvo el autor del ilícito de controlar la relación causal entre el hecho y el resultado.

¹¹ “... Por querer debía entenderse también únicamente el impulso de la voluntad por que ponemos causas...” WELZEL “Derecho Penal Alemán” Parte General, 12ª Edición, Editorial Jurídica de Chile-1987 pag 61

1.3 CONTROL DEL CURSO CAUSAL O DOMINABILIDAD HUMANA.

Existe una desviación esencial del curso causal, no se debe resolver por ausencia de dolo, sino directamente como casos en los que falta el tipo objetivo, pero a diferencia de la solución que nos da la imputación objetiva, donde caería el tipo objetivo por el resultado ocasionado no ha sido alcanzado por la realización de un peligro creado por el autor, sino por otro.

Considero además, que no existe tipicidad objetiva por que falta la dominabilidad del hecho y el resultado debe ser obra del autor exteriorizarla en todo el proceso del curso causal, aunque bien se dice que no hay capacidad humana para prever con exactitud todo el curso causal, el plan concreto encierra con certeza algunas precisiones que dependen de la voluntad concreta del autor.

Del análisis de las teorías de la acción, se puede decir que en el marco de los delitos de resultado (dolosos, culposos), la obtención de un resultado lesivo sólo puede ser valorado en primer lugar por el sujeto, cuando afirme que el mismo, por obra suya, que le pertenece las consecuencias de ese resultado; y para imputarle un resultado a una conducta el ordenamiento jurídico debió haber previsto una norma que sancione estas conductas que atenta contra el bien jurídico y la sociedad, por la producción de un resultado típico y el riesgo que se genere a la vez.

Capítulo II

2.-RELACIÓN ENTRE DOMINABILIDAD Y CULPABILIDAD.

2.1 LA DOMINABILIDAD COMO INDICIO DE CULPABILIDAD:

Para Welzel un hecho o una acción es perteneciente a un sujeto al que se le es objetivamente imputable el resultado típico, que fue realizado con sentido por el autor con cuya evitación era realizable previsiblemente y con sentido; la culpabilidad tiene una concepción en la que abarca indudablemente el análisis de otros elementos de la teoría del delito, y en un primer término se debe analizar el concepto de acción y todo lo que este encierra, para luego tocar con problemas del injusto y la culpabilidad.

A través de la voluntad el autor hubiera dirigido de acuerdo a la norma su conducta, siendo el objeto primordial de reproche de la culpabilidad la voluntad, y consiguientemente toda acción; así todo cuanto puede el hombre voluntariamente se le será reprochado como culpabilidad. La culpabilidad es la constatación de que el autor ha utilizado erróneamente su capacidad de querer-poder,¹² es decir ha formado equivocadamente su voluntad.

En cambio la creación objetiva de la acción típicamente antijurídica describe la manipulación exterior del destino, a través de una organización no permitida, lo que sería una categoría subjetiva del tipo, hace referencia a la voluntad y al conocimiento que tiene el autor, sobre el impacto social que generaría su actuar o conducta

¹² MAURACH, "Derecho Penal" Parte General, -tomo I 3era Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina 1994 pag. 58

delictiva; haciéndose referencia al conocimiento que tiene el autor, sobre la ruptura de los esquemas sociales.

Desde este punto de vista la culpabilidad implicaría la necesidad funcional y permanencia de organizacional del sistema del orden jurídico. El Derecho Penal castigaría aquellos comportamientos dañosos y lesivos para el hombre y la sociedad en general; caso contrario atentaría contra el orden jurídico.

Como se manifestó con anterioridad, que la acción es una actividad final, la misma que coincide con el dolo y sólo el sujeto libre de acciones finales , con sentido y con dominabilidad causal, se le puede imputar penalmente tanto la propia conducta como el resultado obtenido.¹³

La ejecución de un acto típicamente antijurídico con conocimiento y voluntad de la realización del resultado, no exige un saber jurídico, es suficiente que sepa que su conducta es contraria al Derecho, y peor aún basta la intención de cometer el hecho delictivo, respondiendo por conductas dolosas y culposas. Más claro, tomando la acción en sentido estricto, como la actividad voluntaria realizada por el sujeto, consta de un elemento físico y de un elemento psíquico, el primero es el movimiento y el segundo la voluntad del autor, esta actividad voluntaria produce un resultado y existe un nexo causal entre la conducta y el resultado. Dicho resultado de la acción deber ser sancionado por la ley penal, y deberá configurar en un delito descrito y penado en la ley; además

¹³ DONNA, EDGARDO ALBERTO, "Derecho Penal" Parte General Tomo I, Editorial Rubinzal-Culzoni pag. 58

cabe considerar que la capacidad de imputabilidad y al defecto inevitable de la conciencia de la ilicitud, dado que la inexigibilidad de la conducta adecuada de la norma debe ser pesquisada antes del examen de culpabilidad, tomando en cuenta las causales de exclusión de la culpabilidad, que no son más que una serie de circunstancias que impiden el nacimiento del delito.

Hay que tener en cuenta que la imputación sirve para la formación de un juicio de culpabilidad; así cabe aclarar que en ningún caso la capacidad de imputabilidad del autor es un elemento de su acción y que su incapacidad de imputabilidad no excluye su capacidad de actuación. Es importante determinar que el sujeto según su condición moral y social pueda reconocer el ilícito de su acción y de obrar bajo a tal conocimiento; se hace presente el elemento intelectual de la capacidad de imputabilidad, lo fundamental es que determinar si la voluntad del hombre se dirige a ser dueño de sus decisiones y poder así justificar su comportamiento.

2.2 CUANDO SE PUEDE CONSIDERAR A UNA PERSONA CULPABLE POR SUS ACTOS:

El momento que comprobamos materialmente la existencia de la infracción, esto es una acción típica, antijurídica no es suficiente para responsabilizar penalmente a su autor. La responsabilidad penal, el reprocharle un injusto penal a un sujeto depende que aquel haya actuado culpablemente. La culpabilidad del autor abre la posibilidad de relacionar el hecho típico y antijurídico con el comportamiento social del autor. La realización del injusto en

relación con la conducta de su autor permitirá explicar que el delito es producto de su personalidad.

La doctrina considera como elementos de la culpabilidad, a la capacidad de culpabilidad, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta, elementos que no son afectados al momento de configurar el concepto de culpabilidad.

La culpabilidad se centra en la relación entre la voluntad humana y el delito en su juicio de reproche. Se ve en estado de continua adaptación, evolución e influenciado por los condicionamientos no solo personales del individuo sino del entorno que le rodea y aún siendo conscientes de que la evolución del Derecho Penal se muestra de forma más clara en el terreno de la acción a la hora de ir despenalizando disposiciones subjetivas ante los hechos sino los hechos mismos que en cada momento el legislador considera dignos de inclusión o supresión en el Código Penal. Es interesante analizar la evolución de la responsabilidad criminal de quien actúa con una capacidad anulada que no merece el mismo reproche que la persona que actúa libremente, justamente este estado es el que promueve discusiones de elevado interés.

La culpabilidad supone la imposibilidad de atribuir responsabilidad por hechos respecto de los que no exista dolo ni culpa del autor pero probados previamente en cuanto a su imputación objetiva. La prueba de la culpabilidad en sentido jurídico penal y como elemento del delito corresponde al Estado y es este sentido forma parte del Derecho la presunción de inocencia que representa un

límite para el legislador. El Estado deberá demostrar la culpabilidad del autor entendido como la atribución de un hecho a una persona determinada.

Para que alguien pueda ser castigado con una pena, es necesario que la realización del injusto penal le sea reprochable personalmente. Culpabilidad es reprochabilidad. El hecho debe pertenecerle al autor no solo objetiva y subjetivamente sino también como producto de una racionalidad normal que permita considerar que su obrar es de un ser responsable.

2.3 LA DOMINABILIDAD FRENTE A LA OMISIÓN

Hay que tener presentes que hacer (acción) o no hacer algo (omisión) produce cambios en el mundo exterior; y debemos tener claro que encontramos dentro del Derecho Penal los delitos por omisión, pues evidentemente estos delitos son ejecutados mediante una conducta omisiva que produce un resultado determinado, y consecuentemente ocasiona un resultado positivo; sin dejar de recordar que actuar significa convertirse, de manera individual evitable, en la razón determinante de un resultado.¹⁴ Es así que para poder analizar la omisión propiamente dicha es menester analizar la importancia del concepto de acción¹⁵, para poder

¹⁴ “...Una vez que se percibe que se trata de realizar una atribución y no de algo que pertenece a la naturaleza, también resuelve el problema de la omisión. También en la omisión tienen lugar la atribución de un suceso a un ser humano, en el ámbito de la omisión de plenos peso equivalente a la omisión...” GUNTHER JAKOBS, “El Concepto Jurídico-Penal de Acción” Manuel Cancio Melia (Traducción-1996) Colombia-1998 Pag. 31

¹⁵ “...pues en múltiples lugares hable de hacer o actuar, por una parte y de omitir por otra. Es evidente que para la dogmática requiere de requisitos como por ejemplo el dolo, se interesa interesa de ester fenómeno psíquico. Con mayor razón tiene que ser válido para un concepto todavía más fundamental como es el de actuar...” DONNA, EDGARDO ALBERTO, “Derecho Penal” Parte General Tomo I, Editorial Rubinzal-Culzoni pag. 56-57

determinar la intensidad de ejecutar el hecho por parte del agente, es decir analizar su dominabilidad o curso causal para determinar su responsabilidad penal.

Si la omisión da lugar para la atribución de un suceso, y al mismo tiempo decimos que es plenamente equivalente a la comisión; la atribuibilidad no se hará presente en cualquiera que pudiera haber evitado el resultado, sino en una persona esencialmente indicada e implicada, a las que la doctrina las ha denominado como garantes, quienes por el delito de comisión bajo esta posición de garantes son objeto de una imputación objetiva (quien omita la salvación ante un peligro sólo responde si su abstención es determinante, cuya abstención se la equiparado a la acción); entonces si bien el omitente actúa su comportamiento es relevante para el Derecho Penal por el resultado producido.

Por lo tanto podemos encontrar dentro de los delitos omisivos que producen un resultado determinado, cabe indicar que se tendremos un resultado positivo. Por ejemplo, tengo el deber de socorrer a una persona que se está ahogando y sencillamente no lo cumplo, producto de mi omisión de socorro a dicha persona muere ahogado; como vemos positivamente ocasioné un resultado, y el acto omisivo fue el origen.

Como creemos que la ciencia penal es muy rica, pues muy rica también es la práctica que da origen al reconocimiento legal de los tipos penales, y que en algún momento talvez, esa posición de ver la comisión por omisión de manera autónoma deje perplejo a

muchos y a otros les indique un nuevo camino de estudio dentro de la doctrina del Derecho Penal.

El derecho Penal se ocupa en determinada medida de la omisión de acciones ¹⁶, pues como se ha dicho existen normas jurídicas que ordenan las acciones para la producción de resultados socialmente deseados o para evitar aquellos socialmente indeseados. Estas normas se lesionan mediante la omisión de conductas mandadas ¹⁷

Capítulo III

3.1 Cuando se considera que el Bien Jurídico está en Riesgo:

Dentro del Derecho Penal los Bienes Jurídicos se encuentran protegidos y cuyos bienes son precedidos de valores ¹⁸ que tienen una gran significación, por que son el contenido de formas que tienen como vigencia un acto de conocimiento; con ello el concepto del Bien Jurídico como instrumento de trabajo propiamente jurídico-penal, se trasladó también al plano político-criminal, es decir a la correcta selección y determinación de los bienes individuales y colectivos que merecen la protección con los medios del derecho penal; así, tenemos como bienes jurídicos de los individuos la vida, la vida en gestación, la integridad corporal, la libertad personal, la integridad sexual, el honor , la esfera de la privacidad, el patrimonio

¹⁶ “... Desde un punto de vista ontológico, la omisión no es en sí misma una acción, ya que es la omisión de una acción...” WELZEL, “Derecho Penal Alemán” Parte General, 12ª edición. Editorial Jurídica de Chile-1987 pag. 276

¹⁷ “...la lesión de estas normas de mandato, que se produce por la omisión de la acción mandada, está en cierta medida sujeta a pena: en los llamados delitos de omisión...” WELZEL, “Derecho Penal Alemán” Parte General, 12ª edición. Editorial Jurídica de Chile-1987 pag. 276

¹⁸ “...Este problema comienza con Welzen en cuanto afirma que si el mundo es un caos y que lo que da sentido son los valores y los mismos se encuentran caracterizados dentro del Derecho Penal...” DONNA, EDGARDO ALBERTO, “Derecho Penal” Parte General Tomo I, Editorial Rubinzal-Culzoni pag. 115

en sus diversas manifestaciones entre otras; y, dentro de los bienes jurídicos protegidos de la colectividad tenemos por ejemplo los valores comunitarios supraestatales como la paz interna y externa, el sentimiento de humanidad, el de ayuda al prójimo, la seguridad nacional, la seguridad del tráfico interno, etc. Tal vez, esto es una de las características del Derecho Penal moderno, y es debido a la aparición desmedida de bienes jurídicos colectivos, de lo cual se han pronunciado los críticos, dando forma artificial y adelantada de una protección necesaria a los bienes jurídicos personales.

El legislador debe tener muy claro y enfocar que bienes jurídicos deben ser legalmente protegidos ¹⁹ por el Derecho Penal, considerando que en el mundo las realidades sociales y emergentes son distintas, y cuya tipificación debe ser adecuada a cada realidad social. Por lo tanto, queda abierta la cuestión de quién y sobre la base de que criterios se decide que debe ser penalmente protegido como bien. El *ius punendi* se presenta como derecho que tiene el legislador de establecer penas, reconociendo que el legislador presupone la existencia de un Estado a penar, ²⁰ y proteger ²¹ los bienes jurídicos tiene un sentido trascendental en el

¹⁹ "... la función de protección de los bienes jurídicos tiene bien entendida, la idea de un concepto simbólico, ya que no hay posibilidad alguna de cuidar a los bienes de toda agresión y ni siquiera de meras acciones tentadas. Es mas analizada la cuestión desde la praxis , se descubre que lo cotidiano es la lesión y hasta la destrucción de objetos que están protegidos por el concepto ideal del bien jurídico. La solución de estos problemas esta en el derecho penal..." DONNA, EDGARDO ALBERTO, "*Derecho Penal*" Parte General Tomo I, Editorial Rubinzal-Culzoni pag121

²⁰ "... Con ello no se a dicho nada sobre cómo tienen que estar configurada una conducta para que el Estado esté legitimado a penarla, esto es la cuestión acerca del "concepto material del delito", es decir de la cualidad en cuanto a contenido de la actuación punible, mientras que mediante el "concepto formal del delito" la conducta punible sólo es objeto de una definición en el marco del Derecho Positivo..." ROXIN "*Derecho Penal*" Parte General, Tomo I Editorial: CIVITAS S.A, 1997 Pag. 51

²¹ "...El Derecho Penal, comparte con las demás ramas del derecho la tarea de protección de la paz jurídica..." MAURACH, "*Derecho Penal*" Parte General, -tomo I 3era Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina 1994 pag. 333

campo penal, por proteger un derecho subjetivo frente a una acción delictiva.

Hay que tener presente, si por la existencia de varios bienes jurídicos protegidos por el Derecho en general de un Estado, es decir por sus diversas ramas como el Derecho Civil, Administrativo, Laboral, en fin; se deberá tomar en consideración, si se lo requiriese al Derecho Penal con un carácter de última ratio en los casos específicos, como por ejemplo la posesión, el dominio que se encuentra tutelada en derecho privado; y, si se produce un ilícito civil en contra de la posesión que se ejerce sobre un bien inmueble, desde el inicio debe distinguirse claramente el tipo, y ver si procede o no la estricta aplicación de una acción penal, en aquellas lesiones contra el dominio y la posesión; desde mi punto de vista debe agotarse toda la protección de ese bien jurídico protegido en el área civil, para luego recurrir al Derecho Penal si existen graves lesiones contra el dominio y la posesión.

En la práctica y por la realidad social ecuatoriana, se a partido de nuevos riesgos que tienen sus orígenes en decisiones y actuaciones humanas individuales o colectivas, que en principio serían controlables, pero ni el Derecho Administrativo, ni Civil ofrecen una respuesta satisfactoria como instancia de protección, pienso que por esta razón, el sistema jurídico (del Ecuador), no es claro y preciso para hacer frente a los riesgos o peligros que puedan tener los bienes jurídicos reconocidos en el tipo; así, el legislador ha recurrido al Derecho penal para hacer frente a estos peligros y recompensar la seguridad perdida por la sociedad.

La creación de nuevos bienes jurídicos penales, la ampliación de los espacios de riesgo jurídico penalmente relevantes, la flexibilización de las reglas de la imputación y acoplar los principios políticos criminales de garantía serían aspectos de una tendencia general del Derecho Penal.

Ahora bien, cuando se puede considerar que el bien jurídico protegido está en riesgo; si se imputa por el tipo objetivo, es porque se presupone la realización de un riesgo creado por el autor, y no cubierto por el riesgo permitido²² dentro del alcance del tipo.

Hay que plantearse si la conducta humana de una persona, encierra un significado de ser un delito, por ejemplo en el caso de tráfico de sustancias estupefacientes, si este delito constituye un tipo de resultado (de peligro concreto para el bien jurídico²³ “salud pública”), y como la doctrina lo ha manifestado hay que comprobar si su conducta despliega un riesgo en el sentido del tipo en cuestión y; además, que dicho resultado (peligro concreto)²⁴ sea de expresión de ese riesgo, por lo tanto la conducta de quien comete el tipo antes referido, crea un riesgo típicamente relevante para el

²² “...para el riesgo permitido sólo se consideran aquellos grupos de casos en los cuales la situación no permite actuar con el cuidado necesario pero el riesgo asumido es menor que la completa inactividad. Debido a que el sujeto actuante asume, por lo general, un riesgo reconocible para él, es posible que el riesgo permitido se de tanto respecto de la culpa consciente como el dolo eventual...” MAURACH, “Derecho Penal” Parte General, -tomo I 3era Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina 1994 Pag. 498

²³ “...Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto...” ROXIN “Derecho Penal” Parte General, Tomo I Editorial: CIVITAS S.A, 1997 Pag. 363

²⁴ “...en los casos de peligro concreto es preciso que el juez determine, basándose en las características individuales del hecho, si cierto bien jurídico penalmente protegido se ha visto en una situación de peligro efectivo, para así analizar si se ha cumplido el respectivo elemento típico. Sólo el concepto del peligro concreto es adecuado para determinar la imagen concreta del ilícito y con ello para la investigación de ilícito de resultado. MAURACH, “Derecho Penal” Parte General, -tomo I 3era Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina 1994 Pag. 283

bien jurídico protegido en el tipo del Derecho Penal. Y para que cuyo resultado sea imputable es preciso que, además de la relación de causalidad exista una relación de riesgo, es decir que como consecuencia de riesgo creado por la conducta de produzca el resultado. Si no existe esa relación de riesgo no se puede imputar el resultado, aunque en algún caso pueda existir responsabilidad por frustración o tentativa.

Y podría desencadenarse una serie de interrogantes a resolver como por ejemplo:

- ¿Se realiza dicho riesgo en el resultado? Un resultado causado por el autor, solo se le podrá imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto.²⁵ En otras palabras 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 penal; pero si el autor a creado un riesgo desaprobado, se debería cuestionar hasta donde llega el alcance del tipo, aquí ya no es una cuestión de la imputación de resultado, sino de la conducta típica, de su nexa causal o dominabilidad humana.
- ¿Puede ser el resultado consecuencia de la realización de otro riesgo distinto al creado por el comportamiento del autor? Lo que se intentará es explicar porque, no se imputan los resultados producidos por cursos causales “especiales” (raros no trascendentales) o desviaciones del curso causal. Pero en

²⁶ “...Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor por regla general es imputable, de modo que se cumple con el tipo objetivo...” ROXIN “Derecho Penal” Parte General, Tomo I Editorial: CIVITAS S.A, 1997 Pag. 364

los delitos imprudentes, cuando el resultado producido es consecuencia de otro riesgo distinto al riesgo creado por la infracción de la norma de cuidado y que esta trata de proteger; pues estamos frente a los supuestos en los que se lesiona el deber objetivo de cuidado o falta de diligencia debida y se produce un resultado, pero este resultado no es fruto del riesgo contra el que la norma de cuidado intenta proteger.

- ¿Existe o no incremento del riesgo de producción del resultado en relación con la conducta real? Aquí, el resultado producido por quien actuó infringiendo la norma de cuidado, hubiera actuado conforme a derecho. Roxin acude para solucionar estos caso a la teoría del incremento del riesgo²⁶; y para el autor imprudente tiene que haber creado un riesgo mayor que el permitido, incrementando la producción del resultado, hay que comparar el riesgo real creado y el que hubiera generado el comportamiento correcto, tomando en cuenta los factores ex ante, y los conocidos una vez producido el resultado. Roxin al formular su teoría del incremento del riesgo, dice que la conducta imprudente ha debido incrementar el riesgo²⁷ de producción del resultado, y para comprobar esto se debe realizar una comparación entre

²⁶ “...Incluso entre los partidarios de la teoría del incremento del riesgo es polémica la cuestión de cuál deber la decisión cuando no se pueda comprobar si la conducta prohibida ha creado un peligro mayor que el que hubiera supuesto la observancia del riesgo permitido...” ROXIN “Derecho Penal” Parte General, Tomo I Editorial: CIVITAS S.A, 1997 Pag. 382

²⁷ “...En la praxis los casos de incremento del riesgo se refieren mayoritariamente a los delitos imprudentes, sin embargo las reglas de imputación expuestas tienen teóricamente la misma validez para los delitos dolosos...” ROXIN “Derecho Penal” Parte General, Tomo I Editorial: CIVITAS S.A, 1997 Pag.382

riesgo real creado y el que hubiera generado el comportamiento correcto. (ejemplo: empresario en el caso de los pelos de cabra²⁸, en el caso que hubieran actuado correctamente, también se hubiera producido los resultados lesivos, éstos no serían imputables. La doctrina considera que hay que tomar en cuenta las posibles conductas hipotéticas, equiparado al resultado producido es consecuencia de otro riesgo distinto al creado por la infracción de la norma de cuidado y que trata de proteger.

El riesgo permitido sería fundamental, su alusión en una imputación objetiva²⁹, pues es un instrumento fundamental para permitir la adecuación del tipo a la evolución social, de forma que se constituye en uno de los elementos más activos que se acerca a la Ley, y esta a la vez a la realidad; además el bien jurídico protegido debe cumplir una función limitadora del ámbito de la tipicidad mediante la exclusión de conductas inócuas, o conductas levemente lesivas, estas función a de ser utilizada bajo la dirección del riesgo permitido³⁰, ya que permite describir perfectamente una realidad social compleja fundamentada en la existencia de ámbitos

²⁸ “...El haber descuidado la desinfección prescrita creó un incremento sustancial de riesgo, de modo que según la concepción aquí mantenida el patrono tendría que haber sido castigado pro homicidio imprudente...” ROXIN “Derecho Penal” Parte General, Tomo I Editorial: CIVITAS S.A, 1997 Pag. 383

²⁹ “...La crítica de Frischi en el sentido de que la consideraióndel riesgo permitido como ingrediente de la imputación objetiva condece a una hipertrofia de esta teoría, pero se debe a que él alude exclusivamente a una imputación objetiva de resultado...” YESID REYES ALVARADO, Imputación Objetiva, Editorial TEMIS S.A, Bogotá-Colombia, 2da. Edición 1996, Pag. 103

³⁰ “...Una sociedad sin riesgos no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos, no es factible; por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediamente tolerado como riesgo permitido...” GÜNTHER JAKOBS, La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Editorial Grijley. Lima-Perú, 2001 Pag.42

de riesgos, que pese a la eventual lesividad, son admitidos y reclamados por la sociedad.

Y, como se lo a referido una sociedad sin riesgo no es posible³¹ y nadie se puede renunciar seriamente a la sociedad, ya que una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos no es factible; y sin duda nos encontraremos con riesgos permitidos y riesgos no permitidos, los que han nacido de la evolución de la sociedad a lo largo del tiempo; y, por el comportamiento humano se ha reflejado la puesta en peligro de los bienes jurídicos reconocidos por la norma.

3.2 Por la voluntad del sujeto activo que domina sus actos, hasta que grado se puede decir que puso o no en riesgo el bien jurídico cuando el hecho delictuoso no se cumplió?

Si bien en la acción, se verifica si los delitos son dolosos o culposos, se determina que la conducta dolosa y la conducta generalmente culposa;³² son las dos formas del ilícito de acción, y toda conducta no dolosa o que no contenga una infracción al deber general de cuidado es inapropiada para cumplir con un tipo penal.

Pero todo bien jurídico protegido penalmente puede ser objeto de una lesión o puesta en peligro; la lesión y el peligro se diferencian en cuanto a la intensidad del perjuicio del bien jurídico;³³ el sujeto activo que comienza la ejecución de un delito, en donde se hace

³¹ Jakobs, Günter "La imputación objetiva en derecho penal", (trad. Cancio Meliá), Ed. Civitas, 1996.

³² "...contraria a un deber..." MAURACH, "Derecho Penal" Parte General, -tomo I 3era Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina 1994 Pag. 275

³³ MAURACH, "Derecho Penal" Parte General, -tomo I 3era Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina 1994 Pag. 283

presente el comportamiento humano voluntario, cuya conducta del sujeto es por acción o por omisión. Dentro la concepción finalista impulsada por Welzel, se llama a la acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana, y solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante.

Jugando el dolo un papel trascendental, por estar referido al comportamiento libre, conciente y voluntario que manifiesta el sujeto activo en su conducta delictiva, que busca un propósito criminal previamente establecido, previsto o previsible. Obteniendo una pauta para determinar lo que quiere el sujeto, siendo y asumiendo la responsabilidad riesgosa que se ocasiona por un actuar plenamente reprochable. Tal vez, el comportamiento riesgoso para algunos doctrinarios no es tan relevante, daría lo mismo que no se produzca ningún resultado a que se produzcan mil resultados; lo que le interesaría a la teoría del riesgo, desde un punto de vista social y desde el punto de vista del bien jurídico como lo hemos enfocado en el presente trabajo, considerando el daño que se puede ocasionar, porque no necesariamente tiene que dañarse un el bien jurídico, si no ponerlo en riesgo suficiente para que la ley castigue por el riesgo en el que se coloco dicho bien; y lo que importaría es determinar si el resultado puede ser imputado al sujeto; surgiendo dos situaciones por decir así: Una, que la conducta del sujeto pusiera en riesgo el bien jurídico protegido. Dos, que ese riesgo se materialice, se realice en el resultado, es decir que el resultado sea conforme al riesgo creado.

Pero, sin embargo no se debe imputar objetivamente en casos como: cuando el resultado de muerte, alguien actúa sin poner en riesgo el bien jurídico vida; o, cuando el riesgo creado no sea adecuado socialmente como por ejemplo en el caso de lesión en un partido de fútbol, en donde al jugador lesionado se lo lleva al hospital y muere por accidente, no se puede imputar por la muerte de este jugador al que en un inicio causó la lesión en el partido de fútbol.

De este breve desarrollo, se enmarco básicamente la teoría de la acción que comprende la conducta y la dominabilidad de actuar en un hecho delictuoso, en donde el sujeto activo manifiesta su libertad y voluntad humana como eje central de la imputación objetiva por poner en riesgo el bien jurídico protegido por la norma penal. Además, la teoría de la acción enfoca en un sentido más práctico la imputación, por considerar que el actuar de un agente es plenamente dominable por su voluntad, demostrando hasta que punto una persona que interviene en un hecho delictuoso es responsable del mismo, y en virtud de la teoría de la imputación objetiva aclara que no únicamente se debe tomar en cuenta el resultado, sino lo pretendido y querido por el autor. En donde se hace presente el riesgo al bien jurídico creado por el sujeto activo quien pudo prever la situación riesgosa, por un acto u omisión.

BIBLIOGRAFIA:

1. CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 8 tomos, 18ª edición, Buenos Aires-Argentina, Editorial Heliasta, 1984.

2. ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, Editorial Edino, Guayaquil-Ecuador, 2005
3. BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal Parte General, 1ª edición, Editorial ARA, Perú, 2004
4. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, Derecho Penal Parte General, 3ª edición, ARA editores, Perú, 2006
5. ROXIN, Claus, La Teoría del Delito en la discusión actual, Editora Jurídica Grijley, Perú 2007
6. JAKOBS, Günther, Derecho Penal.
7. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Derecho Penal, Parte General, 2da edición, Editorial Ediar, Buenos Aires-Argentina, 2002
8. MUÑOZ CONDE, Francisco, Manual de Derecho Penal, Parte General, 3ra. Edición, Editorial Temis, Colombia, 1990
9. MAURACH, Reinhart, Derecho Penal, Parte General, traducción Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, 2 tomos, Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina.
10. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo 1, Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires-Argentina
11. WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, 9na edición, Editorial Jurídica de Chile, traducida por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez.
12. REYES ALVARADO, Yesid, Imputación Objetiva, 2da edición, Editorial Temis, Colombia 1996

[PDF to Word](#)