



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO
FRENTE A LA FALTA DE SEÑALIZACIÓN,
EN OBRAS DE CONSTRUCCIÓN**

Autor: Christian Gustavo Albarracín Narváez

Director: Abg. Guillermo Ochoa Rodríguez

**Cuenca - Ecuador
2017**

DEDICATORIA

Dedico el presente Trabajo de Investigación a mi padre que desde el cielo me cuida en cada paso que doy.

A mi madre por apoyarme a lo largo de mi vida, por sus consejos y valores los que me han permitido llegar lo más lejos posible.

A mis hermanos que estuvieron en todo momento y que gracias a ellos este duro camino fue menos complicado.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por la oportunidad de vida y haberme permitido cumplir mi objetivo.

A la Universidad del Azuay por convertirme en un profesional del Derecho.

A mis profesores que trazaron la ruta en cada etapa de este camino universitario.

A mi director de tesis Dr. Guillermo Ochoa Rodríguez, por su enorme colaboración, sus conocimientos y por estar siempre presto en cada consulta.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS	iii
ÍNDICE DE CONTENIDOS	iv
RESUMEN	vii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	3
EL CONTENIDO DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO	3
La Acción, Generalidades.-	3
La Acción, Concepto.-	5
La Acción, sus Teorías.-	6
Ausencia de Acción.-	10
La Acción Civil y Penal, Análisis.-	12
La Tipicidad, su Importancia.-	13
El Principio de Legalidad.-	16
Limitaciones del Principio de Legalidad.-	18
La Culpa, Antecedentes y Generalidades.-	22
La Culpa, Conceptos.-	23
La Culpa, sus Clases.-	25
La Culpabilidad.-	26
Tipicidad y Antijuridicidad.-	27
El Deber Objetivo de Cuidado, Generalidades.-	28
El Deber Objetivo de Cuidado, Concepto.-	29
El Deber de Cuidado desde la Óptica de la Teoría de la Culpa.-	30
El Deber de Cuidado, sus Clases.-	32
La Imputación Objetiva y el Riesgo Permitido en su Relación con el Deber Objetivo de Cuidado.-	33

El Deber Objetivo de Cuidado y su Relación con el Principio de Confianza.-	36
Infracciones al Deber Objetivo de Cuidado.-.....	37
CAPÍTULO II.....	41
IMPORTANCIA DE LA SEÑALETICA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.....	41
La Señalética, Antecedentes y Generalidades.-	41
La Señalética, Conceptos.-	43
Importancia de la Señalética en Procesos de Construcción.-	45
Objetivo de la Señalética.-	46
La Señalética, Clasificación.-.....	48
Parámetros de Legibilidad.-	51
Señalización y Señalética.-.....	53
Señalización y Señalética, Características.-	56
Análisis del Principio de Culpabilidad, por la falta de Señalización.-.....	58
CAPÍTULO III	61
PARÁMETROS RESPECTO A LA SEÑALIZACIÓN Y SU VULNERACIÓN AL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO	61
Decreto Ejecutivo No. 2393, Análisis.-	61
Reglamento de Seguridad y Salud para la Construcción y Obras Públicas respecto a la vulneración del Deber Objetivo de Cuidado, Análisis.-.....	63
Reglamento de Seguridad y Salud de los Trabajadores y Mejoramiento del Medio Ambiente de Trabajo, respecto a la Vulneración del Deber Objetivo de Cuidado, Análisis.-	70
Resolución No. 073-FGE-2014, Suplemento del Registro Oficial No. 318, Análisis.-	74
Análisis de la normativa aplicable por Vulneración al Deber Objetivo de Cuidado.-	76
CAPÍTULO IV.....	81
DEBER OBJETIVO DE CUIDADO - CASO PRÁCTICO	81
Antecedentes.-	81

Medios de Prueba.-.....	82
Testimonios.-.....	82
Testimonio del Profesor Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo.-.....	84
Testimonio del acusado Andrés David Gómez Pulla.-	85
Testimonio de la procesada Mónica Catalina Rivas Calle.-	85
Alegatos de la Defensa del Profesor Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo.-	86
Análisis del Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay.-	87
Resolución.-	88
Recurso de Apelación presentado ante la Corte Provincial de Justicia Del Azuay, Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito.-	88
Alegatos.-	89
Resolución.-	90
Recurso de Casación interpuesto ante la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia.-	90
Recuento de lo Sucedido.-.....	91
Análisis de la Sala.-.....	91
Resolución.-	93
Opinión Personal.-.....	93
CONCLUSIONES	97
RECOMENDACIONES	99
BIBLIOGRAFÍA	100

RESUMEN

El avance tecnológico y social, el desarrollo profesional y el manejo de las relaciones diarias permiten la presencia de riesgos por ende lesiones a los bienes jurídicos protegidos, donde el ser humano al integrar el núcleo social tiene derecho a la reparación por los daños y perjuicios ocasionados tanto por personas públicas o privadas.

Son los profesionales de las diferentes ramas, llámese médico, abogado, arquitecto, etc., los encargados de tener aquella conducta que una persona razonable y prudente lo haría en el manejo de su profesión, de manera tal que si no obra con arreglo a estas teorías infringirá en el denominado Deber Objetivo de Cuidado, traspasando los límites y creando un riesgo.

El presente estudio jurídico pretende promover la conciencia de los profesionales de la construcción que trabajan sin las debidas señalizaciones. El objetivo será crear espacios de seguridad máxima donde la salud y vida de las personas no se vean afectadas, del mismo modo asegurar la protección de aquellos individuos involucrados en aquellas zonas para lo cual el Deber Objetivo de Cuidado será el pilar fundamental dentro de este enfoque jurídico.

Palabras claves: Deber Objetivo de Cuidado; Culpa; Señalización; Señalética; Seguridad.

ABSTRACT

The technological and social progress, professional development and the management of daily relationships lead to the emergence of risks, which can cause damage to protected legal goods that the human being, due to the fact of being part of the social nucleus, has the right to compensation for damages caused either by public or private persons.

The professionals of different areas, doctors, lawyers, architects, etc., are the ones called to have a reasonable and prudent conduct in the exercise of their profession; consequently if they do not work according to these principles, they will infringe the so-called Objective Duty of Care, crossing the boundaries and creating a risk.

This legal study aims to promote awareness among construction professionals who work without proper signage. The objective will be to create maximum security spaces so that people's health and life are not affected, and the protection of those individuals involved in those areas is guaranteed. Hence, the Objective Duty of Care will be the fundamental pillar within this legal approach.




Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

INTRODUCCIÓN

Las responsabilidades profesionales constituyen un supuesto de particular importancia dentro del Sistema Penal, su evolución ha sido mínima, si revisamos los expedientes de Jurisprudencia, es difícil encontrar sentencias absolutorias o condenatorias respecto al actuar profesional, por ende, resulta importante incluir medidas que controlen el accionar de los diferentes profesionales.

No se puede esperar que existan daños humanos para tomar los correctivos necesarios, de tal modo que una gestión en señalización significa tomar medidas que impidan la presencia de lesiones. El hombre en el desenvolvimiento de sus actividades necesita de las diferentes señales, sea por necesidad, comodidad o evitar lesiones que aquejen su salud, en este sentido se crea el Deber Objetivo de Cuidado que se determina por el actuar del agente, dicha institución nos guía a conducirnos con diligencia en el manejo de las actividades diarias.

Cualquier acción que infrinja el Deber Objetivo de Cuidado se traduce en una omisión, la calificación de negligente se da al momento de hacer o no hacer, es aquí donde la culpa encuentra su fundamento. La violación a los deberes de cuidado se examina desde la prudencia, diligencia y el grado de formación, así la falta de señalización es una consecuencia de negligencia que el agente pudo prever y no lo hizo.

La culpabilidad se establecerá por los actos generados, siendo así, el Tratadista Francesco Carrara expresa: *“Se debe evitar la presencia de un derecho punitivo aberrante, destacando la previsibilidad y la posibilidad de la prevención”*, definiendo a la infracción del Deber Objetivo de Cuidado como, *“La voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho”*.

La seguridad al igual que la señalización son cuestiones de necesidad humana y una función general del sistema jurídico por lo que su vulneración genera responsabilidades, en tal sentido sea que se trate de una obra en edificación, restauración o demolición, deberá contener un plan de señalización que garantice la salud de las personas, de este modo el actuar negligente del profesional nos conduce al Deber Objetivo de Cuidado, que sirve como filtro en la determinación de las conductas antijurídicas.

El deber de cuidado y la producción del resultado típico estarán estrictamente ligados por una relación de causalidad, por ende, para su configuración no basta la producción del resultado típico, se requiere también la vulneración de leyes, reglamentos, ordenanzas o *lex artis*.

CAPÍTULO I

EL CONTENIDO DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

La Acción, Generalidades.-

Para llegar al centro de este análisis jurídico como es la violación a las normas de señalización en proyectos de construcción, es necesario partir del hecho que lo produce, así comencare mi exposición desde la acción, elemento que ha tenido argumentaciones y diferenciaciones de todo tipo, ya sean filosóficas, jurídicas, dogmáticas. La acción parte desde la óptica de la conducta humana siendo el eje fundamental en la determinación de una pena.

Ante el cometimiento de una conducta antijurídica el ser humano deberá acudir ante el órgano jurisdiccional quien brindara seguridad jurídica en cualquier etapa procesal, dicha conducta entonces será fruto de una acción que ponga en riesgo a los llamados bienes jurídicos protegidos. En este sentido Claus Roxin en su obra Derecho Penal Parte General, dice, “*Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho Penal*”. (Roxin, 1997, pág. 137).

La palabra acción proveniente del latín *actio*, término que conlleva una serie de definiciones a saber, así existen acciones voluntarias, como cuando el agente realiza un acto determinado, o involuntario, cuando el mismo agente actúa en base a situaciones donde la fuerza, actos reflejos o estados de inconciencia dominan su estado físico.

En la actualidad la acción es el punto de partida para la determinación de una relación jurídico penal, es así que después del nacimiento del Estado de Derecho, la acción que se la ejercía mediante la justicia por mano propia a través de la venganza y la autodefensa, hoy en día el Gobierno de turno es quien vela por los intereses del ciudadano en situaciones de vulnerabilidad.

Al iniciar un proceso penal será el Estado o los particulares quienes actúen en el ejercicio de la misma, ya sea con una investigación, persecución o acusación, para consecuentemente ser el juez quien administre justicia en torno a la normativa jurídica establecida. Si bien la acción penal busca el castigo del agente del delito, es decir la

aplicación de una pena, debemos diferenciarla de la acción civil ya que su objetivo es siempre el resarcimiento económico por los daños ocasionados.

Al momento de hablar de acción se incluyen definiciones de toda clase, sin embargo, estas interpretaciones han ayudado a que nuestra ciencia se nutra cada día más incluyendo elementos que son debatidos por unos y admitidos por otros, así el concepto de acción parte de una relación jurídico penal, facultando al Estado, o a los particulares, según el delito, al procesamiento de una conducta criminal, siendo el juez quien se pronuncie sobre la responsabilidad por la falta o delito cometido.

La acción entonces es aquel movimiento físico, capaz de producir efectos jurídicos, además se le atribuye solo al ser humano, excluyendo de esta forma a situaciones naturales, por lo que para que un acto sea considerado ilícito deberá surgir únicamente de la voluntad del sujeto que deberá poseer tanto un elemento interno, cuando externo, el primero haciendo referencia al pensamiento y el segundo donde se configurara la acción misma.

Si bien el Derecho Penal tal como lo expresa el Profesor Hans Welzel, *“Es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad”* (Welzel, Derecho Penal Parte General, 1956, pág. 11). En este análisis, la acción sirve de referencia a la omisión, por lo que no solo los actos de comisión están tipificados, sino también los de omisión, en este aspecto la acción es el presupuesto para la configuración de la tipicidad, la antijuridicidad y culpabilidad del agente.

Hablaremos de acción únicamente cuando se produzca una conducta humana conducida por la voluntad más no para aquellos actos que viven únicamente en la esfera interna del ser humano o aspectos como fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estados de inconsciencia que son circunstancias ajenas a la voluntad del agente, así lo establece nuestro Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 24: *“No son penalmente relevantes los resultados dañosos o peligrosos resultantes de fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estados de plena inconsciencia, debidamente comprobados”*. (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 34).

La Acción, Concepto.-

Si bien la acción es el pilar fundamental en la estructura de la teoría del delito, no es menos cierto que dicha institución marca la pauta en la activación del proceso penal, es decir sin acción no hay delito. Ahora es necesario saber que debemos entender por acción para lo cual enumeramos los siguientes conceptos doctrinarios:

1. Francisco Muñoz Conde: “*Se llama acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad*”. (Muñoz Conde, 2002, pág. 9).
2. Alfonso Zambrano Pasquel: “*La acción debe ser entendida como un mero proceso causal desencadenado por la voluntad, independientemente de que el autor haya querido el resultado o pudiera preverlo*”. (Zambrano Pasquel, 1998, pág. 13).
3. Francesco Antolisei: “*La acción (en sentido estricto) consiste en un movimiento corporal del sujeto. En esta forma de conducta la fuerza psíquica opera sobre los nervios motores, determinando un movimiento muscular, que representa precisamente la manifestación exterior de la voluntad del sujeto*”. (Francesco, 1960, pág. 165).
4. Hans Welzel: “*La acción humana es ejercicio de actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecer finalista y no solamente causal*”. (Welzel, Derecho Penal Parte General, 1956, pág. 39).
5. Carlos Fontan Balestra: “*La acción se concibe como un movimiento corporal regido por la voluntad hacia un determinado fin previamente anticipado*”. (Fontan Balestra, 1998, pág. 192).
6. Enrique Bacigalupo: “*Es todo comportamiento exterior evitable, es decir, un comportamiento que el autor habría podido evitar si hubiera tenido un motivo para hacerlo*”. (Bacigalupo, 1999, pág. 250).

7. Claus Roxin: *“Acción es una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad. Por tanto, 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 meros pensamientos o actitudes internas, pero tampoco sucesos del mundo exterior que como por ejemplo los movimientos reflejos o los ataques convulsivos son sencillamente indomables para la voluntad humana”*. (Roxin, 1997, pág. 194).

8. Felipe Villavicencio: *“Acción es toda conducta conscientemente orientada en función de un objeto de referencia y materializada como expresión de la realidad humana práctica”*. (Villavicencio Terreros, 2006, pág. 264).

La Acción, sus Teorías.-

A lo largo de la historia, la acción es el término que más significaciones ha tenido ya sea partiendo desde su definición, su importancia o desde sus teorías, circunstancia que ha permitido un avance para el Derecho Penal. Durante mucho tiempo la acción como elemento principal en la estructura de la teoría del delito, ha llevado a identificar teorías que han puesto en marcha los diversos análisis, ante ello surgen las teorías causalista, finalista y social con una significación mucho más importante en la segunda, de esta manera traemos a consideración las mismas:

1) Teoría Causalista.-

En la determinación de la acción, llega el concepto causal, teoría que en su inicio fue defendida por Franz von Liszt y Ernst von Beling, en dicha concepción importa únicamente la acción proveniente de una conducta humana con carácter de voluntaria y con la posibilidad de lograr cambios en el mundo exterior; para dicha teoría el accionar mediante una conducta humana debería producir una significación en el mundo exterior así sea en lo más mínimo.

En este análisis causal se entiende a la acción como un comportamiento corporal que depende de la voluntad, sin que importe su contenido tal como lo expresa Welzel, *“La acción sería el mero proceso causal que desencadena la voluntad en el mundo exterior,*

sin tomar en consideración si el autor lo ha querido o si solo lo podía prever". (Welzel, Derecho Penal Alemán, Parte General, 1987, pág. 61).

Lo que importa dentro de la actividad causal es que la voluntad provenga de una actividad humana excluyendo de esta manera a los hechos naturales al igual que la omisión, por lo que únicamente interesa la conducta humana produciéndose como ya se dijo un cambio en el mundo exterior. Sin más se debe entender a la acción causal como una conducta dirigida por la voluntad sin analizar los pensamientos del agente, los medios o su propósito.

Tal como lo expresa Enrique Bacigalupo en su obra Derecho Penal, Parte General, *"La teoría causal identificaba la acción humana con su aspecto causal naturalístico"*, a diferencia de la teoría final, que a consideración del mismo tratadista, *"Se desarrolló en un contexto científico – social en el que el sentido social de la acción dependía de la dirección dada por el autor a su acción y, por lo tanto, de la dirección subjetiva de la misma"*. (Bacigalupo, 1999, pág. 246).

En definitiva, podemos afirmar que la teoría causal se dirige no en función de una finalidad como ocurre con la teoría finalista, sino que es producto natural de las diversas actividades que se presentan en sociedad. En este sentido el tratadista Fontan Balestra, al analizar la teoría tradicional ve a la acción como: *"Un acontecer del que es causal la voluntad del autor"*, (Fontan Balestra, 1998, pág. 190), decimos entonces que ante la falta de voluntad por parte del autor es imposible hablar de acción, por eso se habla que la capacidad de actitud del autor como lo es la voluntad se convierte en el elemento que enlaza al nacimiento de una acción.

2) Teoría Finalista.-

Para la teoría finalista y esencialmente para la determinación de una relación jurídica importa exclusivamente que la acción del agente vaya encaminada a una finalidad concreta, basando su accionar en la voluntad misma; a decir de Hans Welzel creador de dicha teoría, la acción humana es el ejercicio de una actividad finalista.

La esencia misma de esta teoría se encuentra cristalizada desde el punto de vista del fin, así lo concibe Welzel al decir: *"La actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el*

fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales en cada caso". (Welzel, Derecho Penal Alemán, Parte General, 1987, pág. 53).

Siguiendo esta línea el tratadista Fontan Balestra indica que para la teoría final el fin o finalidad es el punto de partida en la determinación de una relación jurídico penal, sosteniendo que: "*El autor parte mentalmente de la meta propuesta y acondiciona las causas para alcanzarla*", (Fontan Balestra, 1998, pág. 190).

En esta teoría la voluntad con previsión es la columna vertebral de la acción final, lo que importa es el contenido de la acción por lo que será el sujeto quien predetermine una situación pudiendo posteriormente realizarla ya sea con su conducta ya sea incluyendo medios para ello. Para la teoría finalista es indispensable que una acción lleve consigo una finalidad, es decir la acción se orientara exclusivamente hacia un fin o fines determinados; de esta forma se ha dicho que la finalidad es vidente, mientras que la causalidad es ciega.

Al hablar de la teoría finalista, el sujeto anticipa los fines para lo cual incluye los diferentes medios de producción para finalmente obrar de acuerdo a su voluntad, un ejemplo de ello encontramos cuando el sujeto quiere envenenar a otro, entonces el sujeto buscara a su amigo, elegirá el veneno y finalmente lo preparará en su forma más conveniente hasta buscar envenenar a su víctima; a diferencia de lo que sucede con la teoría causalista donde todos los aspectos originariamente están marcados.

En la teoría final importan solo aquellas conductas manejadas por la voluntad del autor, en este supuesto no existirán acciones finales sino solo cuando una conducta humana provenga de una voluntad con realización inmediata, sin embargo esta realización final puede estar asociada a una situación no querida, como cuando el cazador de aves falla en su disparo sin saber que en el árbol donde posaba el ave se encontraba otro cazador y lo mata; la acción final del primer cazador fue matar el ave más no al cazador, tenemos entonces una acción final no querida.

Para la teoría finalista la acción es producto de un acto humano tendiente a la realización de una finalidad, ante ello para la concreción de dicha teoría se deberán cumplir dos fases, la primera denominada interna, que está marcada por tres supuestos a saber:

1. Anticipación: se trata de la proposición del fin mismo, o como lo dice Welzel, *“La anticipación del fin, que el autor quiere realizar”*. (Welzel, Derecho Penal Alemán, Parte General, 1987, pág. 54).
2. Selección de medios: donde el agente ha de elegir los diferentes medios para lograr su cometido, a decir del mismo tratadista, *“El autor determina, sobre la base de su saber causal y en un movimiento de retroceso desde el fin, los factores causales que son requeridos para el logro del mismo, incluso aquel movimiento corporal con el que puede poner en marcha toda la cadena causal”*. (Welzel, Derecho Penal Alemán, Parte General, 1987, pág. 54).
3. Efectos concomitantes: *“La consideración de los efectos concomitantes puede inducir al autor a reducir los medios escogidos hasta ese momento o a seleccionar factores antagónicos adicionales que impidan la producción de los efectos concomitantes, o, en caso contrario, a dirigir la acción de modo de evitarlos”*. (Welzel, Derecho Penal Alemán, Parte General, 1987, pág. 55).

Y una segunda fase llamada externa, que es donde el agente realiza su accionar, relacionando los propósitos, los medios utilizados y los efectos concomitantes para en consecuencia lograr su objetivo.

3) Teoría Social de la Acción.-

Para esta teoría, se concibe a la acción como aquella manifestación de la voluntad del agente, que es relevante para el conglomerado social, esta nueva teoría es insuficiente en su contenido, sin embargo, una conducta humana será socialmente relevante si está tipificada debidamente dentro del tipo penal. La teoría social de la acción es producto de la controversia entre las dos teorías anteriormente manifestadas, así una conducta como lo expresa Enrique Bacigalupo tendrá una doble consideración será: *“El ejercicio de una actividad final”*, tal como señalaba la teoría finalista, o como *“Causación de determinadas consecuencias”*, (Bacigalupo, 1999, pág. 246), como lo sostenían los causalistas.

Al tratar sobre la teoría social de la acción, término acuñado por Eberhard Schmidt, se dice que acción es: *“Un comportamiento proveniente de la voluntad en relación al mundo social exterior, luego, se trata de un concepto valorativo en el que el sentido social de la acción debe determinarse de un modo objetivo, de acuerdo con las concepciones, las experiencias y las costumbres de la propia vida social”*. (Borjas Calderón).

Cada una de las teorías respecto a la acción lleva argumentos del más variado tipo, las mismas han originado avances dentro de la ciencia penal, así, en la determinación de una relación que interesa al conglomerado social no es menos pensar que no necesitaríamos guiarnos por una teoría en forma unánime si cada persona se ajusta a un tipo penal.

Ausencia de Acción.-

Si bien la acción se convierte en el elemento principal dentro de la estructura del delito, es oportuno recalcar que sin acción no existe delito posible; pero que pasa en situaciones donde llegase a faltar aquella manifestación de voluntad, en este caso nos encontramos ante una ausencia de acción, es decir importa únicamente a la ciencia penal aquellas acciones voluntarias, así lo sostiene nuestra legislación dentro del Código Orgánico Integral Penal al referirse a las causas de exclusión de la conducta en su artículo 24, disponiendo: *“No son penalmente relevantes los resultados dañosos o peligrosos resultantes de fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estados de plena inconciencia, debidamente comprobados”*. (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 34). Siguiendo este supuesto existe falta de acción cuando nos encontramos frente a las siguientes posibilidades:

- a) **Fuerza Irresistible:** conocida también como vis absoluta en el Derecho Romano, estamos ante esta posibilidad cuando el agente actúa sin su querer, es más actúa en base a fuerzas de tipo externo ya sea fenómenos naturales o por intervención de terceros en un mismo acto; encontramos así entonces validez en el postulado que para la configuración de un delito es necesario una voluntad.

Sin embargo, hablamos de ausencia de acción por fuerza física irresistible al elemento externo que produce un movimiento corporal involuntario, fuerza

física entendida también como vis absoluta, es la que proviene del mundo exterior sea de un accionar humano o natural. Cuando hablamos de fuerza ésta comprende una fuerza con carácter de irresistible, es decir que no exista por parte del agente una manifestación de voluntad de lo contrario estaríamos frente a un accionar voluntario circunstancia que promueve relevancia jurídica en la activación del proceso penal.

- b) Movimientos Reflejos: a decir de los movimientos reflejos estos tampoco forman parte de la teoría del delito, se trata en consecuencia de acciones que son producidas por movimientos ajenos a la voluntad o que no están controlados por el agente, a ello Francisco Muñoz Conde expresa: *“El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que lo transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores”*. (Muñoz Conde, 2002, pág. 14).

Recordando la tesis de Felipe Villavicencio, el doctrinario considera que los movimientos reflejos: *“No constituyen delito porque no son acciones ni omisiones sancionadas por la ley”*. (Villavicencio Terreros, 2006, pág. 274). Reflejándonos en esta redacción, esta teoría concuerda con lo que anunciamos en líneas anteriores donde nuestra legislación marca como causas de exclusión de acción los movimientos reflejos, un ejemplo de ello tenemos en los estados epilépticos o aquellos movimientos instintivos de defensa.

- c) Estados de Inconciencia: se excluye también de la acción a situaciones donde el sonambulismo, embriaguez letárgica e incluso la hipnosis, causan un resultado pero que no son considerados actos relevantes para el Sistema Penal por ser actuaciones que escapan a la voluntad del agente.

Encontramos que la falta de inconciencia se da por la ausencia de factores mentales del autor; sin embargo, debemos aclarar que los estados de inconciencia pasan a convertirse en situaciones de relevancia para el derecho penal cuando el agente se ha puesto voluntariamente bajo este efecto para posteriormente causar daños o lesiones; hablamos entonces de exclusión de acción por cuanto no interviene la voluntad del sujeto.

Tratándose de algo fundamental para la teoría del delito como lo es la acción, encontramos que sin acción no hay delito, necesariamente debe existir la concurrencia de voluntad del autor, o tal como lo señala Felipe Villavicencio, *“Se requiere un impulso socio – individual orientado a un objeto de referencia, de manera que la ejecución causal este dirigida a lo que se propuso el sujeto, como consecuencia material”*. (Villavicencio Terreros, 2006, pág. 272).

La Acción Civil y Penal, Análisis.-

No se puede negar que el concepto de acción es uno de los elementos más debatidos en la dogmática jurídica, por lo tanto, es el punto de partida en la activación del órgano jurisdiccional ya sea que se invoca una acción civil o penal, con una sola finalidad que es el advenimiento de la justicia social. Si bien la acción basa su ideología en la conducta humana, esta acción para ser considerada delito deberá responder a hechos ilícitos provocando el ejercicio de la actividad estatal, sin embargo, esto no quiere decir que siempre obtengamos una resolución favorable a nuestra pretensión.

A decir de esta redacción nuestro Código Civil al tratar sobre los efectos del hecho ilícito, en su artículo 2214 establece: *“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”*. (Nacional, Código Civil, 1970, pág. 766). A esto, el autor de la acción que puso en riesgo a bienes jurídicamente protegidos, está en la obligación no solo de cumplir una sanción económica, sino que deberá sujetarse a sanciones penales según el caso.

Al hablar de responsabilidad civil debemos entenderla como aquella posibilidad de resarcimiento económico que debe cumplir una de las partes ya sea por incumplimiento de una de las cláusulas de un contrato ya sea por un acto lesivo a los bienes jurídicos protegidos, en este caso no solo estamos frente a una responsabilidad civil, sino también al cumplimiento de la ley penal.

Debemos anotar que producto de una violación a la ley, nos encontramos frente a una responsabilidad extracontractual, que como se dijo anteriormente puede tener hasta una sanción de tipo penal, sin embargo, cuando lo que se violenta es una obligación estamos en presencia de una obligación puramente contractual donde únicamente cabe una

sanción económica, salvo que las partes convengan al momento de redactar el contrato, una sanción penal.

Como lo hemos venido manifestando la finalidad de la responsabilidad civil comprende una indemnización pecuniaria, en este caso podrá pedirse dicha indemnización por cuenta del autor del daño o bien por sus herederos, así lo sostiene nuestro Código Civil, en su artículo 2216, donde se expresa: “*Están obligados a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos*”. (Nacional, Código Civil, 1970, pág. 767).

La norma jurídica permite reclamar una indemnización aun en ausencia del propietario de la cosa, así lo dispone el Código Civil Ecuatoriano, cuando habla de petición de indemnización en su artículo 2215, “*Puede pedir esta indemnización, no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño*”. (Nacional, Código Civil, 1970, pág. 767).

La acción civil pretende entonces el advenimiento de una seguridad jurídica hacia el grupo social cuando se vea en situaciones de inferioridad ya sea por daños o lesiones ocasionadas; su finalidad comprende volver las cosas al estado anterior, o lo que es igual, al momento en las que se encontraba hasta antes de su puesta en peligro, en otras palabras, el objetivo de la acción civil es de carácter pecuniaria, más no represiva.

En definitiva, una acción civil puede estar ligada a una acción penal en un mismo acto, en las acciones civiles la finalidad será obtener una reparación de tipo económico, donde se logrará obtener lo que se cree conveniente, situación diferente en la acción penal, donde el Estado será quien imponga las sanciones correspondientes.

La Tipicidad, su Importancia.-

Como es sabido la Tipicidad al igual que la Antijuridicidad y la Culpabilidad como elementos en la estructura de la Teoría del Delito no solo basan su esencia desde la conducta humana en actividades solamente relevantes para el Derecho Penal, sino que se relacionan entre sí de tal forma que un elemento conlleva al otro hasta la

determinación del delito. La Tipicidad parte del accionar humano como no puede ser de otra manera siendo esencial que el legislador establezca las razones lógicas para sancionar una conducta sea por cuestiones sociales o criminales, en este plano las relacionara con una pena desde el enfoque de la responsabilidad promoviendo la seguridad jurídica.

Tal como lo tratamos al referirnos a la acción, la Tipicidad está íntimamente ligada con el Principio de Legalidad donde sólo las conductas prohibidas o no permitidas serán las que sean consideradas delictuales, es decir mediante el tipo se prohíben las conductas más lesivas o dañosas, así nos da a entender nuestra legislación cuando nos habla de Tipicidad, regulación que la encontramos en el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 25, sosteniendo: “*Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes*” (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 35).

Si bien la Tipicidad es parte integral de la llamada teoría general del delito, no podemos concebir la existencia de un delito si éste no está debidamente fundamentado dentro de la norma jurídica como tal, pues resulta indispensable que la normativa establezca los límites para que el sujeto de derechos pueda desenvolverse en sociedad marcando una línea entre lo que se permite y lo que se prohíbe.

A la Tipicidad se la puede observar como una garantía desde la órbita del Principio de Legalidad por ello una conducta solo será prohibida si traspasa los límites del Sistema Penal, de tal forma el juez deberá actuar única y exclusivamente con estricto apego a la Constitución y la ley. Ante ello decimos que todo acontecimiento humano producto de una conducta voluntaria deberá estar relacionada con un delito, si esta conducta sobrepasa los límites del Derecho Penal mediante una acción u omisión, nos introducimos entonces en la esfera de la tipicidad, institución mediante la cual se analiza si una conducta cumple con los requerimientos que exige la norma penal en la sanción de un ilícito.

Cuando hablamos de Tipicidad, en primer plano se la relaciona con una conducta humana ya sea que se trate de una acción u omisión, en este contexto la norma penal estará detallada en su forma más específica, así tenemos que el fin que se persigue a través de la Tipicidad será adecuar una conducta humana a lo descrito previamente en la

ley. En este orden una actividad humana será considerada delito si previamente reposa dentro del marco legal, todo esto desde el punto de vista del Principio de Legalidad ya que a decir del tratadista Francisco Muñoz Conde, cuando nos habla que la Tipicidad, esta no es más que: “*La adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal*”. (Muñoz Conde, 2002, pág. 31).

Sin duda que la misión del legislador será regular las conductas más lesivas a los bienes jurídicos, entendiéndose que una conducta podrá ser juzgada como delito pues esto se logrará sólo si esa conducta esta descrita en el tipo penal, no por esto el legislador incluirá conductas con todas las especificaciones del caso, sino únicamente aquellas que pongan en estado de vulnerabilidad al grupo social.

Cuando decimos que los delitos culposos son el origen de la violación a normas de cuidado tal como ocurre con el profesional de la construcción que no señaliza las áreas del lugar generando posibles daños, estos delitos dentro del tipo están regulados en cuanto al resultado, de ahí que sea el juez quien al administrar justicia analice si el comportamiento del agente se ajusta a la acción considerada ilegítima por lesiones a bienes jurídicamente protegidos. En los delitos culposos, su forma de acción es variable, mediante la cual no se pueden elaborar tipos en sentido abstracto, entonces el juez partirá de una orientación, ajustándose a la lógica y a la sana crítica al formular su dictamen.

La Tipicidad entonces es una de las fórmulas que más se utiliza al analizar una conducta humana para posteriormente dar paso a la Antijuridicidad y finalmente al juicio de reproche; sin más el tipo penal como lo señala Alfonso Zambrano Pasquel: “*Es el conjunto de características o elementos de la fase objetiva y subjetiva de una conducta que lesiona un determinado bien jurídico*”. (Zambrano Pasquel, 1998, pág. 35).

Francisco Muñoz Conde es claro en indicar que el tipo tiene una triple significación dentro del Derecho Penal, así tenemos los siguientes:

- 1) Función Seleccionadora: hace alusión a la selección que hace de los “*Comportamientos humanos penalmente relevantes*”, (Muñoz Conde, 2002, pág. 32).

- 2) Función de Garantía: es decir, “*En la medida en que solo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente*”, (Muñoz Conde, 2002, pág. 32).
- 3) Función Motivadora General: se dice, “*De la descripción de los comportamientos en el tipo penal el legislador indica a los ciudadanos que comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida, la materia de prohibición*”, (Muñoz Conde, 2002, pág. 32).

El Principio de Legalidad.-

El Principio de Legalidad, traducido al latín con el nombre de *nullum crimen, nullum poena sine lege*, no es más que aquel límite al ejercicio estatal por el cual una conducta se sancionará solo si esta descrita dentro del tipo penal. El Principio de Legalidad se constituye en el pilar fundamental para la seguridad jurídica de un pueblo, siendo una garantía en casos donde el ser humano será castigado solamente en estricto apego a la ley evitando arbitrariedades.

Tal como lo expresa el Profesor Hans Welzel en su obra Derecho Penal, Parte General, pág. 26, el Principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es considerado no un principio del Derecho Romano, tampoco del Derecho Germano – Alemán, de modo cierto encuentra apego al Derecho Penal Germano, por lo que en un momento se debía penar de conformidad con el Derecho Consuetudinario.

El Principio del *nullum crimen, nullum poena sine lege*, considerado como de *estricta legalidad*, sostiene que nadie podrá ser sancionado por un acto que no esté expresamente previsto en la ley como delito, en este supuesto el juez como administrador de justicia se abstendrá de imponer penas más allá de los casos expresamente permitidos, por lo que aplicara sanciones a situaciones taxativas.

A decir de nuestra Legislación una conducta será regulada en estricta aplicación del Código Orgánico Integral Penal, cuando nos referimos a los Principios Procesales, tal como se señala en el artículo 5, numeral 1: “*El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos*

internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: 1.- Legalidad.- No hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla” (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 16).

Tratándose de un principio esencial para la teoría del Derecho Penal, dicho principio estuvo inmerso en la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia, en su artículo 8, declarando lo siguiente: *“En todo proceso criminal, inclusive aquellos en que se pide la pena capital, el acusado tiene derecho a saber la causa y naturaleza de la acusación, a ser careado con sus curadores y testigos, a pedir pruebas a su favor, y a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no podrá considerársele culpable; tampoco puede obligársele a testificar contra sí mismo; que nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales”.* (MarcadorDePosición2). El Principio de Legalidad se transforma entonces en aquella garantía social limitando el poder gubernamental y respaldando libertades individuales.

Siguiendo este contexto el Principio de Legalidad a entender del teórico Fontan Balestra, se lo analizara desde tres perspectivas a saber:

1. Exclusividad: es decir, *“Solo la ley puede crear delitos”.*
2. Irretroactividad: por lo que, *“La ley que crea el delito ha de tener vigencia anterior al hecho amenazado con pena”.*
3. Prohibición de Analogía: se considera que, *“La ley debe prever las acciones punibles con límites claros y definidos, entregando así el instrumento eficaz para evitar la aplicación analógica de la ley”.*

Una conducta será juzgada o penada si así reza en la ley mediante la descripción del tipo penal, y es que cuando hablamos del Principio de Legalidad aspectos como la costumbre, jurisprudencia, doctrina, quedan obsoletos de cualquier determinación en el juzgamiento de un comportamiento humano, situación muy diferente de lo que sucede en el ámbito civil donde la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales del Derecho e incluso la analogía son categorías accesibles en la formulación

de una sanción, en este caso la ley penal será el único método disponible para la determinación de una relación jurídica penal.

El Principio de Legalidad tiene una supremacía frente a los poderes de orden público, en este caso todas las actividades estatales están subordinadas al fiel cumplimiento de la ley, siendo así un Estado se lo considerara de Derecho si su ejercicio está relacionado con dicho principio, esto conlleva a imaginar que el ejercicio estatal está limitado constitucionalmente generando de esta forma garantías en los ciudadanos.

Nuestra Carta Magna recoge esta teoría al referirse al debido proceso en su artículo 76 numeral 3, disponiendo: *“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1.- Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”*. (Nacional, Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 60).

De dicha redacción podemos colegir que estamos frente no solo a sanciones de tipo penal, sino que se incluyen sanciones administrativas, situación que en un pasado no era viable pero que con la actual Constitución se permite sancionar lesiones al Ordenamiento Jurídico. Vemos entonces que no se trata solamente de un principio constitucional, sino que, al ser un principio penal propiamente, es independiente de cualquier teoría.

Limitaciones del Principio de Legalidad.-

Es necesario referirnos a cuatro aspectos que comprende el principio de legalidad, que para autores como Claus Roxin se tratan de *“prohibiciones”*, dos de ellas vinculadas al juez y las dos restantes al legislador, prohibiciones que se asemejan a teorías anteriormente manifestadas, siendo así tenemos:

1) Prohibición de Analogía:

Conocido también como *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, si bien en derecho civil se admite la analogía, en materia penal dicha figura está prohibida, así lo establece el Código Orgánico Integral Penal cuando habla de la interpretación en su artículo 13, numeral 3, disponiendo: “*Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas: 3.- Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos*”. (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 30).

En este aspecto la analogía como bien lo dice Claus Roxin es, “*Trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza*”. (Roxin, 1997, pág. 140).

2) Prohibición del Derecho Consuetudinario para fundamentar o agravar la pena:

Traducido al latín con el nombre de *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, como bien lo indica el tratadista alemán, “*La punibilidad no puede fundamentarse o gravarse por Derecho consuetudinario es una consecuencia obvia de la norma que prescribe que la punibilidad solo se puede determinar legalmente*”. (Roxin, 1997, pág. 140). Al igual que lo que sucede con la analogía, en Derecho Penal está prohibido interpretar una norma desde el punto del Derecho Consuetudinario, ya sea que se trate de agravar o crear un tipo penal.

3) Prohibición de retroactividad:

Sin más decir que una conducta humana al momento de ser sancionada no puede ajustarse a situaciones anteriores al cometimiento del acto, prohibición que lleva en el idioma latín el nombre de *nullum crimen, nulla*

poena sine lege praevia, es la prohibición que la ley hace de la retroactividad de aquellas leyes consideradas más severas.

Es importante conocer que un hecho que no era punible al momento de su comisión no podrá ser penado retroactivamente, o el caso de un acto que, siendo punible legalmente, no se puede agravar con penas más graves o simplemente no se puede agravar una pena dentro de una misma clase. Claus Roxin al respecto sostiene, “*Estas formas de retroactividad son constitucionalmente inadmisibles, pues la punibilidad no estaba declarada y determinada legalmente antes del hecho*”. (Roxin, 1997, pág. 140).

4) Prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas:

Conocido como el principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, en esta categoría de prohibiciones tenemos a las leyes indeterminadas o imprecisas, consideradas como preceptos nulos, una norma penal para ser acuñada en la teoría del delito a más de coincidir con la conducta ilícita deber estar redactada de forma clara y obvia, ya que una norma al ser nula en precisión evitara conocer el fundamento de una conducta punible, dejando al juez el deber de adecuar su raciocinio al momento mismo de la determinación de una relación jurídico penal.

En un momento de la vida jurídica von Liszt, sostuvo que el principio de Legalidad es la “*Magna charta del delincuente*”, (Bacigalupo, 1999, pág. 107), sin embargo, este reconocimiento deja ver que no es el delincuente quien goza de protección legal, sino son todos los habitantes de un Estado, de esta manera el término acuñado por von Liszt se lo debería concebir como la “*Magna charta del ciudadano*”.

Un delito en este sentido para ser considerado como tal deberá normativamente constar dentro del texto legal y en consecuencia para determinar su culpabilidad deberá dictarse prisión preventiva de libertad o cualquiera de las medidas sustitutivas, ante ello se crea la posibilidad de abstención por parte del fiscal de iniciar la investigación de una causa por el denominado principio de oportunidad, nos referimos a este principio ya que dentro de nuestro análisis jurídico dicho principio marca su importancia desde el plano de las infracciones culposas, así esta figura se encuentra regulada en el Código Orgánico

Integral Penal en su artículo 412, estableciendo lo siguiente: “*La o el fiscal podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada, en los siguientes casos:*

1.- Cuando se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad de hasta cinco años, con excepción de las infracciones que comprometen gravemente el interés público y no vulneren a los intereses del Estado.

2.- En aquellas infracciones culposas en las que el investigado o procesado sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal.

La o el fiscal no podrá abstenerse de iniciar la investigación penal en los casos de delitos por graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, delincuencia organizada, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, trata de personas, tráfico de migrantes, delitos de odio, de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y delitos contra la estructura del Estado constitucional de derechos y justicia”. (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 240).

A entendimiento del Profesor Hans Welzel, el Principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, se fundamenta desde el accionar del ser humano imponiendo una pena que haya sido determinada legalmente antes de cometerse el acto, siguiendo al tratadista este principio conlleva tres supuestos a saber; “*Solo una ley puede declarar una acción como delito, y solamente una ley puede determinar para ella una pena, y ambas cosas, solamente antes de que haya sido ejecutada la acción*” (Welzel, Derecho Penal Parte General, 1956, pág. 25).

En consecuencia una conducta formará parte de la estructura del delito si previamente se encuentra enmarcada en el tipo penal, así el raciocinio judicial deberá iniciar en la ley, imponiendo penas en base a fundamentos legales por lo que el órgano jurisdiccional deberá sentenciar en base a los resultados que provoco al accionar del autor; cabe recordar que el mandato del Legislador va encaminado a reducir la intervención del juez en su decisión personal, o como ha expresado Claus Roxin, el

Principio de Legalidad, “*Sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva*”. (Roxin, 1997, pág. 137).

La Culpa, Antecedentes y Generalidades.-

El contenido de la culpa está en la previsibilidad, sin embargo, este no será su fundamento ya que como se verá más adelante el autor aun tomando las previsiones del caso incurrirá en culpa. Para saber si una acción que al ser típica, antijurídica, culpable es punible se partirá del hecho que lo produjo, es decir una conducta será punible no solamente si se pudo haber previsto un acto sino en no prever cuando la ley así lo exige.

Para llegar al entendimiento de la culpa partiremos desde la acción que, a decir de nuestro criterio, “*sin acción, no hay delito posible*”, es preciso indicar entonces que la teoría de la culpa es entendida desde el actuar imprudente o descuidado del agente, así la culpa o delito culposo será aquella acción u omisión no querida o realizada por el sujeto activo del delito. Otro de los aspectos que fundamentan la teoría de la culpa son las diferentes actividades que se cumplen en sociedad, y que con el avance tecnológico su regulación se vuelve cada vez más complicada, de esta manera las reglas de cuidado resultan insuficientes cuando estamos frente a consecuencias dañosas, como es el caso del peatón que sufre una fractura en su pierna al cruzar un área donde se está construyendo, pero esta última no está debidamente señalizada.

La culpa llamada también delito culposo surge de la vulneración a las reglas de cuidado, por lo que es oportuno decir que dicha vulneración se da a consecuencia de negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de leyes; los delitos culposos comprenden actos que conllevan consecuencias lesivas a los bienes jurídicos protegidos pero que pueden ser intencionales o involuntarios, ya sea por acción u omisión del agente. Esta inintencionalidad o involuntariedad está dada desde el plano de las diferentes actividades que caracterizan a la sociedad de hoy, sea porque diariamente surgen los más variados accidentes, ya sea por las nuevas tecnologías en lo referente al mundo comercial, industrial o mecánico.

En un inicio la teoría de la culpa fue inmensamente desconocida lo que provocó su no regulación, es así que el Código de Hammurabi simplemente pudo establecer alguna diferencia entre el querer y el no querer, luego fue la Biblia quien sancionaba aspectos

vinculados con la ignorancia, en la India con el Código de Manú no se distinguía la culpa del caso fortuito por lo que se sancionaba el homicidio involuntario de acuerdo a las clases sociales, después en el Estado Hebreo se trataban los hechos culposos sin la mayor rigurosidad ya sea que se cause lesiones por hierro o descuido, luego con las leyes egipcias, en consideración a la vida humana como el bien máspreciado se castigó con una pena tanto al homicidio voluntario como al involuntario

Ya en Grecia se impuso castigos a los médicos por mala praxis, mientras que, en el Derecho Romano, se introdujo la culpa aquiliana gracias a su pretor Aquiles, sin embargo, es la Escuela Positivista quien incorpora la culpa a textos normativos basándose en el aspecto netamente social, por lo que establece que el delito culposo se da básicamente no por la voluntad misma del autor del hecho punible sino también por su omisión como el caso del médico tratado en párrafos anteriores. A decir del autor Raúl Plascencia, *“Gran parte de la dogmática penal considera que no existió una concepción de culpa válida para el derecho penal, sino sólo con validez para las controversias de índole civil”*. (Plascencia Villanueva, 2004, pág. 122).

La Culpa, Conceptos.-

La culpa nace de la acción u omisión del agente y termina con el juicio de reproche, a esto debemos sumar los diferentes conceptos que la doctrina ha dado al referirse a dicha institución que junto al dolo forman una de las teorías de la antijuridicidad, a continuación, algunas de sus definiciones:

- a) Guillermo Cabanellas de Torres, según el tratadista chileno: *“Se entiende por culpa cualquier falta, voluntaria o no, de una persona que produce un mal o daño; en cuyo caso culpa equivale a causa”*. (Cabanellas de Torres, 2003, pág. 103).

- b) Francesco Antolisei, el autor italiano concibe a la culpa de la siguiente manera: *“Es culposo, o contra la intención, 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 leyes, reglamentos, ordenes o instrucciones”* (Francesco, 1960, pág. 268).

- c) Carlos Fontan Balestra trata a la institución de la culpa como: *“La falta de previsión de un resultado típicamente antijurídico, que pudo y debió haberse previsto al obrar”*. (Fontan Balestra, 1998, pág. 331).
- d) Raúl Plascencia Villanueva, nos dice que la culpa: *“Cobra sus bases de la previsibilidad vinculada con un denominado vicio de la voluntad a partir del cual se ha omitido voluntariamente aquello que debía prever lo previsible”*. (Plascencia Villanueva, 2004, pág. 122).
- e) Código Civil: nuestro código civil distingue las clases de culpa, más no expresa una definición, así el artículo 29 expresa: *“La ley distingue tres especies de culpa o descuido:*

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado”. (Nacional, Código Civil, 1970, pág. 18).

- f) Código Orgánico Integral Penal, artículo 27: *“Culpa.- 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". (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 35).

A decir de esta redacción debe surgir una relación directa entre la violación al deber de cuidado y el resultado que produce dicha violación de aquellas normas que componen el deber objetivo de cuidado.

La Culpa, sus Clases.-

Siguiendo el análisis jurídico es momento de elaborar una definición en lo que respecta a las clases de culpa, a nuestro entender tenemos las dos más importantes, entre ellas las siguientes:

1) Culpa Consciente:

Conocida también como *culpa con representación; culpa con previsión o culpa ex ignorancia*, establece que estaremos frente a ella cuando un hecho antijurídico se lo ha cometido a sabiendas de las consecuencias lesivas del mismo. En esta categoría el agente previene la lesión a bienes jurídicos, confiando en que no se producirá dicha lesión, es decir excluye la producción del resultado ante la equivocación de evitarlo.

Rafael Márquez establece: "*Este tipo de culpa se da cuando el agente ha previsto el resultado (típico penalmente) como posible, aunque no lo quiere e incluso, actúa con la esperanza de que no se producirá*". (Márquez Piñero, 1997, pág. 301).

2) Culpa Inconsciente:

A diferencia de lo que sucede en la culpa consciente, en este tipo de culpa el hecho antijurídico se lo ha cometido sin conocimiento de las consecuencias presentes o futuras, denominada también *culpa sin representación, culpa sin previsión o culpa ex lascivia*. Del mismo modo Rafael Márquez destaca que en la culpa inconsciente, "*No se ha previsto un resultado previsible, encajado en el*

correspondiente tipo penal; el agente no prevé el resultado por falta de diligencia. El agente ignora las circunstancias del hecho, aunque el resultado era posible prever". (Márquez Piñero, 1997, pág. 301).

La Culpabilidad.-

Siendo la culpabilidad uno de elementos de la teoría del delito no podemos dejar de lado su estudio cuando queramos llegar a determinar si una conducta puede ser sujeta a la ley penal, entonces un hecho considerado antijurídico será culpable solo si ha faltado a lo que el tipo a prohibido o permitido, ya sea que después se lo realice en cualquier forma posible.

La culpabilidad comprende aquel juicio de reproche que se lo hace al agente cuando ha vulnerado normas jurídicas establecidas violentando bienes jurídicamente protegidos. Para el mejor entendimiento de esta institución jurídica, daremos algunos conceptos, entre ellos tenemos:

- a) Baumann: *"La culpabilidad es el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre este"*. (Zaffaroni, 2002, pág. 650).
- b) Reinhart Maurach, la culpabilidad, *"Es reprochabilidad de un hacer o un omitir jurídicamente desaprobado, o más brevemente, es un reproche fundado respecto del autor"*. (Maurach, 1994, pág. 582).
- c) Enrique Bacigalupo sostiene que la culpabilidad, *"Constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica, antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma"*. (Bacigalupo Z., 1996, pág. 147).

Cuando hablamos de culpabilidad se la debe diferenciar de aquellas ideologías acerca de una culpabilidad religiosa, ética o moral, la culpabilidad vendrá determinada por la conducta del autor en su accionar, estableciendo que el autor será culpable cuando pudiendo respetar lo típicamente normado o penado, no lo ha hecho.

Para saber si el autor del acto considerado ilícito encaja en la categoría de culpable, partiremos del hecho que lo produce ya sea por dolo, culpa o preterintención; dolo en este sentido no es más que intención de causar daño a una persona; la culpa como ya lo tratamos comprende aquella vulneración de la norma jurídica; y la preterintención engloba un aspecto no muy normal en el cometimiento de delitos, está comprendido como la realización de un hecho antijurídico diferente al querido, como es el caso del individuo que quiere asustar a su amigo, pero este sufre un paro cardíaco y muere, o como es el caso del individuo que quiere golpear a su amigo pero éste cae al piso y muere, en ambos casos los hechos son queridos, es decir asustar o golpear pero no esperados, como causar la muerte.

Tipicidad y Antijuridicidad.-

Tanto tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son tres de los componentes que declaran a una acción como delictiva por lo que la antijuridicidad deberá estar contenida dentro del tipo penal, sin embargo, no todos los tipos penales se ajustan a la realidad, por lo que existen tipos que simplemente marcan una parte de lo injusto dejando al juez la posibilidad de interpretar lo restante. Esta clase de tipos es común que los encontremos en los delitos imprudentes, ya que en muchos de los casos se describe el resultado y no la acción, por lo tanto, será el juez quien establezca la acción que ha infringido el deber de cuidado. La antijuridicidad será entendida como un solo conjunto para todo el Derecho en sí, ya sea que existan conductas penales, civiles, administrativa, etc.

En el cometimiento de acción típica acompañada de una lesión a uno de los bienes fundamentales hablaremos de antijuridicidad, pero que podrá ser excluida por situaciones como la legítima defensa o el estado de necesidad. La antijuridicidad comprende entonces la posibilidad de que una conducta típica sea contraria a lo que el Ordenamiento Jurídico dispone, entendiéndose que sólo la conducta será antijurídica más no el tipo, ante aquello la antijuridicidad es la descripción de las conductas no permitidas.

El Deber Objetivo de Cuidado, Generalidades.-

El deber objetivo de cuidado es aquel elemento que integra uno de los tipos culposos que como se ha dicho a lo largo de este trabajo nace de la acción del autor; ya en 1930 English, sostuvo que entre la conexión causal de la conducta imprudente con el resultado y la culpabilidad dejaba a relucir un tercer elemento, hablamos del deber objetivo de cuidado.

La importancia de dicho deber se basa en la conducta que el agente debió impedir y que posteriormente produjo lesiones a bienes jurídicamente protegidos, por ende, cuando hablamos de este deber se lo asemeja con la diligencia debida, ya lo dice la doctrina, *“Se trata de una medida objetiva, que está en función de la necesidad de protección de los bienes jurídicos y de las exigencias de la vida social”*. (Donna, 1999, pág. 110). En este supuesto el autor Francisco Muñoz Conde, sostiene, *“Lo esencial el tipo de injusto del delito imprudente no es la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción”*. (Muñoz Conde, 2002, pág. 54).

Es necesario sostener que una infracción al deber objetivo de cuidado, aunque este parcialmente establecido en la ley, existen casos donde una infracción se da no por violaciones al tipo, sino por situaciones diversas que se presentan en la vida social, ya sea por el avance tecnológico o la implementación de aparatos que han hecho que el ser humano este propenso a sufrir los más variados accidentes.

Las violaciones existentes al deber de cuidado deben constar en cada tipo penal, ya sea que después se causen vulneraciones por negligencia, imprudencia, impericia, inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, etc. Para que una conducta humana sea relevante para el Derecho Penal y consecuentemente producto de la violación al deber objetivo de cuidado, deberá contener un resultado, es decir deberá existir una relación directa entre la violación misma y el resultado producto de aquella violación, pues así lo establece nuestro Código Integral Penal, en su artículo 27, *“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”*. (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 35).

Vemos entonces que no solo es necesario el resultado producto de la intervención humana, sino que este resultado deberá ser violatorio de las normas que componen el Ordenamiento Jurídico. La Legislación Ecuatoriana cae en deficiencia jurídica al no incorporar textos normativos en la explicación del deber objetivo de cuidado, circunstancia que ha llevado a que tengamos que relacionarnos con normas no penales para su mejor conocimiento y es así que son los reglamentos, ordenanzas, manuales o reglas técnicas las que nos indican cuando estamos frente a la violación de este deber como lo sucedido con el Reglamento de Seguridad y Salud de los Trabajadores y Mejoramiento del Medio Ambiente de Trabajo, en lo que al uso de señalización respecta.

El Deber Objetivo de Cuidado, Concepto.-

Para la teoría del delito importa saber si la conducta fue producto de violaciones a la norma por ende si estamos frente a delitos imprudentes el deber objetivo de cuidado es el pilar fundamental para la determinación del mismo. Importa no solo el resultado que provoca el autor, sino aquellas medidas necesarias para evitar el hecho ilícito al vulnerar lo estrictamente permitido.

Si bien el deber objetivo de cuidado es el filtro en la determinación de los delitos imprudentes, en muchos de los casos para entender su significado, recurrimos como se dijo a normas extrapenales, a continuación, detallamos algunos conceptos para el mejor de los entendimientos:

1) Tozzini y Bustos: *“Deber de cuidado es objetivo porque no es otra cosa que una conducta modelo o rectora sustentada sobre la imagen generalizada del hombre prudente, inteligente, previsor, diligente, y nutre su contenido del ámbito de relación en que se injerta el obrar”* (Donna, 1999, pág. 109).

2) Enrique Bacigalupo: *“Infringe el deber de cuidado el que no emplea el cuidado que sus capacidades y su conocimiento de la situación le hubieran permitido”*. (Bacigalupo Z., 1996, pág. 215).

3) Hans Welzel: de la nota tomada por Enrique del Castillo Codes, el tratadista alemán define al deber de cuidado como: *“La característica o*

propiedad externa que debe acompañar a la conducta del sujeto, a fin de que el bien jurídico protegido no resulte lesionado”. (Codes, pág. 10).

El Deber de Cuidado desde la Óptica de la Teoría de la Culpa.-

Tanto el deber de cuidado como la previsibilidad del resultado son los elementos que integran la teoría de la culpa, situación que se ve reflejada de la siguiente manera:

a. El Deber de Cuidado:

El deber de cuidado exige que el autor actúe con las diligencias que el Ordenamiento Jurídico impone evitando lesionar objetos jurídicos. Cuando hablemos del deber objetivo de cuidado, estaremos frente a los delitos imprudentes por lo que en la determinación del proceso penal se analizará no solo la falta de diligencia provocando el resultado típico, sino aquella acción negligente; sin embargo, el autor estará libre de culpabilidad si se comprueban que las consecuencias se dieron por causas ajenas a su voluntad.

El deber de cuidado se analizará desde el comportamiento del profesional diligente, frente a esta diligencia se analizará también la infracción a dicho deber puesto que cuando se omite el cuidado debido se vulnera el deber jurídico, este deber se lo toma en consideración desde el riesgo jurídicamente permitido.

La acción será atípica por la importancia que genera la acción, siendo en muchos de los aspectos un beneficio para la comunidad. En consecuencia, al ser humano se le impone un deber de cuidado que será exigible en todo momento dentro de su convivir social, debiendo observar cada una de las medidas necesarias al momento de su actuar de lo contrario estaríamos frente a los denominados delitos culposos, entendiéndose que a mayores conocimientos en el caso de un profesional mayores serán sus exigencias, todo esto evitando lesionar bienes protegidos.

b. La Previsibilidad del Resultado:

Cuando el autor no ha previsto un hecho el juez considerará lo previsible, la previsibilidad es aquel elemento característico de la culpa, mediante la cual se podrá prever los resultados dañosos de una conducta que no fue prevista, de lo contrario hablaríamos de una infracción diferente.

Un delito culposo se da cuando el agente con su actuar ha producido un acto prohibido o no permitido por el Ordenamiento Jurídico omitiendo normas de cuidado o precaución.

La Culpa según Carrara se la define como: *“La voluntaria omisión de la diligencia al calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho. Se habla de consecuencia previsible, porque la esencia de la culpa reside en la previsibilidad”*. (Francesco, 1960, pág. 270).

La culpa la vemos reflejada normativamente con la introducción del Código Orgánico Integral Penal situación distinta a lo que sucedía con el Código Penal, donde se la relacionaba con la negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de ley, reglamentos u órdenes; así lo establecía el artículo 14 cuando se refería a la infracción de carácter culposa: *“La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de ley, reglamentos u órdenes”*. (Código Penal, 1971, pág. 8).

La culpa será entendida desde un doble sentido, por un lado, analiza los comportamientos que se exige evitando la puesta en peligro a bienes jurídicos, por otro lado, el mismo comportamiento será exigido desde el punto de vista de las capacidades del agente, es decir a mayor conocimiento mayor exigencia.

Debemos tener presente que la culpa se configura sólo por violaciones a conductas descritas en el tipo, por ende no deberíamos entender como infracciones culposas a aquellas faltas de carácter común o a situaciones como lo descrito en el numeral primero del inciso final del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, cuando dice: *“La mera producción del resultado no*

configura infracción al deber objetivo de cuidado” (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 93), análisis que lo haremos al tratar las infracciones a dicho deber.

El Deber de Cuidado, sus Clases.-

El deber de cuidado se ha transformado en el elemento más importante al momento de analizar una acción de tipo culposa, por ende, importa conocer cuáles son estos deberes, así tenemos:

1. Deber Objetivo de Cuidado:

No existe una definición en el comportamiento del deber objetivo de cuidado, por lo que se lo relaciona directamente tal como lo ha hecho nuestra legislación con leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* que forman parte de una actividad.

Gran parte de la doctrina ha vinculado el deber objetivo de cuidado con las acciones imprudentes, esta clase de cuidado no es otra cosa que aquel elemento que acompaña el accionar del agente con el fin de evitar la puesta en peligro de los bienes protegidos.

Será considerado objetivo por el riesgo que presenta una actividad mediante la cual se realizará con las exigencias debidas por la intensidad misma del peligro, exigencia que viene dada como ya se dijo por normas de cuidado evitando lesionar bienes; el deber de cuidado es objetivo en la medida que el agente debe conocer los riesgos que representa su actividad y evitar la producción del mismo.

2. El Deber Subjetivo de Cuidado:

Este tipo de deber hace referencia a los conocimientos y capacidades que posee el agente por lo que podrán agravar su conducta, en base a esto al agente con mayores conocimientos responderá en la misma intensidad, es decir su responsabilidad será mayor.

En el deber subjetivo de cuidado como lo señala Cabrera Freyre, “*Importa aquel juicio que recae sobre la capacidad individual: son los conocimientos especiales, deberes profesionales, etc.; tales elementos servirán de barómetro para poder establecer si el autor contaba con poder de evitabilidad, es decir si ha obrado negligentemente y asimismo si le era exigible*” (Peña Cabrera Freyre, pág. 1022). El deber de cuidado entonces será subjetivo cuando exista una exigencia de tipo cognoscitivo hacia el autor en el desenvolvimiento de sus actividades.

La Imputación Objetiva y el Riesgo Permitido en su Relación con el Deber Objetivo de Cuidado.-

Es necesario referirse a la imputación objetiva, situación mediante la cual se marca la fase de iniciación de una pena, esta teoría proviene de la imputación penal y es creada con el propósito de regular las más diversas actividades que se presentan en una sociedad que avanza sin detenerse provocando acciones que por ende conllevan una responsabilidad.

La imputación objetiva, será entendida desde el aspecto del riesgo no permitido, es decir desde una desvalorización de la norma jurídica provocando un resultado marcado en el tipo. Para formular la imputación objetiva no solo será necesario el nexo directo entre el resultado y la acción que produce ese resultado, es imprescindible también la relación de causalidad y la del riesgo mismo para llegar a la determinación de la realización del tipo, formulación que en el caso que nos preocupa está relacionada a los delitos culposos.

Hemos de revisar lo que la doctrina ha manifestado al respecto, así Enrique Bacigalupo dice, “*Los principios de la imputación objetiva surgen del fin del derecho penal, de garantizar expectativas normativas*”. (Bacigalupo, 1999, pág. 273), entonces la imputación objetiva será excluida si el resultado ha llevado a consecuencias que no están dentro del alcance de la norma.

Una imputación objetiva es considerada como una exigencia del tipo penal por lo que será necesario que una conducta tenga como fuente una causa y efecto, nosotros lo llamaremos causa y resultado, es decir, la causalidad es el nexo para la fundamentación de una conducta determinada, fundamentación que investigará tal como lo sostiene

Felipe Villavicencio, *“Primero si la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado y, segundo, si el resultado es producto del mismo peligro”*. (Villavicencio Terreros, 2006, pág. 323).

Una acción humana puede provocar un resultado típicamente relevante para el Derecho Penal, nos referimos a las conductas que lesionan bienes jurídicos como por ejemplo el trabajador que no se percató de sostener un andamio dentro de la remodelación de una vivienda y que provoca daños en la salud del ciudadano que cruza sin que exista una señal que indique el peligro.

Una conducta será relevante para el Derecho Penal, si ésta se ajusta a lo descrito en el tipo, por ende el riesgo permitido será uno de los componentes esenciales definiéndolo como el espacio de desenvolvimiento de las actividades en sociedad; en consecuencia la teoría de la imputación objetiva consigna un acto humano como antijurídico si se lo ha realizado por parte del agente como un riesgo no permitido, es decir tratándose de un hecho que supera el límite del riesgo permitido por el accionar que presenta el agente, sólo desde esta perspectiva el autor podrá ser imputado penalmente.

Hoy por hoy la gran diversidad de actos provenientes del avance industrial ha llevado a establecer el mejor de los cuidados en el ser humano creando lo que se llama el riesgo permitido, ante esto a mayor peligro mayor será el cuidado del agente, para ello se determinará en primer lugar la acción que ha llevado a la lesión de un bien protegido a decir verdad el peligro dependerá de que el agente lo desconozca; la teoría del riesgo permitido permitirá visualizar hasta donde el autor puede ejercer su accionar, situación que es de suma importancia en el Derecho Penal para la inclusión de la imputación objetiva.

En base al riesgo permitido podremos determinar que conductas se encuentran enmarcadas dentro del referido tipo y cuáles serán excluidas de imputación; si bien un delito culposo es producto de la infracción a los deberes de cuidado, también forman parte de éste el llamado riesgo no permitido, por lo que las acciones imprudentes devenientes del peligro son las más comunes ya sea por negligencia, impericia o violación a las normas de cuidado, situación que refleja la falta de regulación por parte del aparato estatal.

El riesgo permitido presenta un enfoque diferente puesto que libera de una futura responsabilidad penal, que, aunque presente riesgos de peligro para el conglomerado social está plenamente aceptada por representar un desarrollo socio económico. La teoría del riesgo permitido estará aceptada cuando presentare beneficios para la sociedad, así por ejemplo el hecho de construir un puente o cualquier acceso para el tránsito automotor, al mismo tiempo de provocar peligros crea un sin número de beneficios por estas razones un accionar humano dejará de ser típicamente relevante.

Por otro lado, cuando decimos que una actividad presenta riesgos o peligros, estos deberán ser observados con el mayor de los cuidados empleando un actuar diligente, nos encontramos así ante una infinidad de actividades riesgosas que por ende son causa de exclusión de culpabilidad por representar beneficios para la sociedad, estas actividades van desde el tránsito vehicular, el ejercicio industrial, construcción de vías, juegos pirotécnicos, etc.

Dentro de lo manifestando una sociedad que avanza a pasos agigantados permite riesgos porque supone que sin ellos su desarrollo se vería estancado; de esta manera si bien un elevador de carga lleva consigo riesgos, la sociedad lo permite por la equiparación frente a las demás ciudades; los riesgos permitidos apuntan a exigencias de todo tipo, como lo sucedido con los actos festivos, donde existen juegos mecánicos y artificiales.

Para la imposición de una pena, un riesgo considerado como tal debe estar distante de lo que jurídicamente se permite hablamos entonces del riesgo permitido, que según Felipe Villavicencio lo conceptualiza como: *“Una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida”*. (Villavicencio Terreros, 2006, pág. 325).

En muchos de los casos el riesgo esta jurídicamente aceptado, sin embargo, ante la falta de regulación normativa por los riesgos permitidos será el juez quien valore mediante un juicio de ponderación de bienes, las situaciones en conflicto partiendo de lo que socialmente se está permitido; dentro de ese mismo juicio se analizará la disminución del riesgo, evitando una lesión o perjuicio mayor.

Frente al *riesgo permitido*, se encuentra el *riesgo no permitido*, por lo que una acción humana será producto de imputación objetiva cuando ha sobrepasado los límites

permitidos socialmente, este análisis se lo hará desde el actuar negligente o imprudente, así lo dispone el numeral cuarto del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal al referirse al homicidio culposo por mala práctica profesional, “*Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas la previsibilidad y evitabilidad del hecho*”. (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 93).

Entonces en la determinación de una relación jurídico penal a través de la teoría del riesgo no permitido su principal efecto es que haya violentado las normas de cuidado y que esta violación haya provocado una lesión a los bienes jurídicamente protegidos por lo tanto la norma de cuidado y el riesgo no permitido tendrán una relación intrínseca; de este modo una conducta será objeto de una determinación jurídica si ha superado los límites permitidos sabiéndose que el ser humano será responsable por no emplear el debido cuidado.

El Deber Objetivo de Cuidado y su Relación con el Principio de Confianza.-

El principio de confianza es un término que expresa que las personas que forman un grupo social actuarán de acuerdo a lo dispuesto por las normas de conducta evitando la puesta en peligro a los diferentes bienes, este principio tiene su importancia desde el ámbito del tránsito automotor donde se supone que quien actúa según lo establecido el resto del conglomerado lo hará del mismo modo.

El principio de confianza está considerado desde el punto de vista personal y no de otros hechos o sucesos, por lo que la persona que falte a dicho principio responderá por los actos cometidos, en este plano la falta a este principio se verá por ejemplo si al momento de conducir depende no únicamente de mi accionar sino específicamente de los demás.

La ley castiga con una pena por el accionar imprudente cuando éste vulnera los más variados bienes, cabe precisar que la sociedad al estar altamente arraigada a las máquinas y nuevas tecnologías su comportamiento será sin duda diferente a las de épocas pasadas donde el ciudadano confiaba ciegamente en el actuar del resto, es entonces la confianza del ser humano la que lleva a creer que las personas actuarán en base a normas de comportamiento social.

En el tránsito social será difícil encontrar acciones que no conlleven riesgos, por lo que el ser humano duda vivir en sociedad ante la falta de atención de las reglas sociales provocando resultados lesivos; nos vemos entonces en la necesidad de crear tipos penales que se ajusten a la realidad que nos toca vivir ya que el ciudadano prudente y que ejerce su máxima precaución creará que los demás animales sociales lo harán de igual forma.

Al hablar del principio de confianza se lo debe entender como aquella posibilidad de obrar positivamente de acuerdo a lo dispuesto en las normas de conducta, sin embargo este principio está dirigido no sólo a los delitos imprudentes, sino que abarca también a los delitos dolosos.

Entendido de otro modo el principio de confianza será el elemento que marque o no la existencia de la imprudencia ya que como se dijo el ciudadano prudente que vive en sociedad actuará confiadamente imaginando que el resto también lo hará del mismo modo, como en el ejemplo del transeúnte que al pasar por la carretera sufre el impacto de un objeto contundente que cae de la parte superior de una edificación provocando graves lesiones, esa lesión activará la imprudencia del autor que vio caer el objeto sin tomar las debidas precauciones.

Infracciones al Deber Objetivo de Cuidado.-

Es normal encontrar conductas relacionadas con la culpa sea consciente o inconsciente, sin embargo, existen acciones que vulneran el deber de cuidado, acciones a las que el cuerpo legal las denomina infracciones, éstas se encuentran detalladas en el inciso final del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, cuando se refiere al homicidio culposo por mala práctica profesional, manifestando lo siguiente:

Art. 146.- “Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

- 1) La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.*
- 2) La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.*

- 3) *El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.*
- 4) *Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho”.* (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 93).

A continuación, analizaremos cada una de las circunstancias por las que se transgrede el deber de cuidado:

- 1) La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado:

El artículo se refiere que el simple resultado no establece infracción al deber de cuidado y por ende no hablaremos de una presencia de delito. A decir de esta causal, entendemos que hay acciones que aún lesionando bienes jurídicos protegidos no son producto de una infracción a dicho deber, en consecuencia, una conducta será considerada delito si se la puede demostrar o probar. No se puede considerar como constitutiva de delito imprudente por lo que carecería de responsabilidad objetiva.

- 2) La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión:

Cuando decimos que una infracción al deber de cuidado será objeto de una determinación jurídica penal, es porque antes existió una falta de observación y en consecuencia vulneración no solo de leyes, sino que por el contrario están reglamentos, ordenanzas, manuales o reglas técnicas, que en definitiva integran las exigencias de la culpa.

Al referirnos a la *lex artis* este es uno de los conceptos más importantes dentro de la ciencia penal, es entendida como el conjunto de reglas que establecen el modo correcto de una conducta profesional, estas reglas forman parte tanto de guías, protocolos o instructivos referentes a una actividad profesional que está

acompañada de racionalidad científica que permite justificar la conducta realizada.

- 3) El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas:

El numeral se refiere claramente que el resultado dañoso deberá provenir exclusivamente de una infracción al deber objetivo de cuidado, así no podemos vincular un resultado a una conducta que es ajena a la del autor como el caso de la enfermera que no cuida al paciente que sale del quirófano y muere, en este supuesto no podemos vincular el resultado al médico tratante.

El resultado lesivo a bienes jurídicamente protegidos será producto de una infracción al deber de cuidado, es decir se elimina consecuencias supervinientes, como lo que pasa cuando una ambulancia choca y se da la muerte del paciente que es llevado al hospital.

- 4) Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho:

Se incluye la posibilidad de que una conducta sea analizada desde el punto de vista de la diligencia, el grado de conocimiento o formación, entendiéndose que al profesional con mayores conocimientos su exigencia será mayor, es decir una conducta se analizara independientemente del resto.

El artículo incluye las condiciones objetivas, es decir deberá existir una relación directa entre la conducta del profesional y el resultado mismo de esa conducta produciendo una lesión, en este aspecto se establece una selección de medios con los cuales el autor lesionó o puso en peligro a bienes jurídicos protegidos, sin embargo, esta conducta deberá estar regulada con anterioridad al cometimiento del hecho.

Se incluye también la previsibilidad, es decir aquel elemento integrante de la culpa por lo que el profesional de una obra ya sea en construcción, modificación

o destrucción, tiene la posibilidad de prever los resultados lesivos como se dijo a bienes jurídicamente protegidos.

Finalmente, el artículo se refiere a la evitabilidad del hecho, elemento que permite analizar las capacidades físicas e intelectuales que faltan en el autor al momento de cumplir una actividad determinada. La evitabilidad supone ante todo la base para una relación jurídica penal, por lo que el autor responderá exclusivamente por actos que le fueron posible evitar es decir no se le exigirá al profesional más de lo que su capacidad lo permite.

CAPÍTULO II

IMPORTANCIA DE LA SEÑALETICA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

La Señalética, Antecedentes y Generalidades.-

La misión de la señalética apunta a la orientación del ser humano a los diferentes puntos o espacios físicos brindando mejor accesibilidad, se constituye además en aquella guía procurando un objetivo que en muchos de los casos se traduce en proporcionar información.

La señalética es una rama no muy conocida, pero juega un papel preponderante en el manejo de cada una de las actividades, actúa con total silencio produciendo grandes efectos. En este supuesto la ciencia de la señalética no es otra cosa que un conjunto de escrituras formada por signos que determinan una información. Por otro lado, resulta imprescindible las señales y símbolos en el manejo de las relaciones dentro de la sociedad ya sea por razones de emergencia, peligros, información, prohibición o accidentes, y en el caso que nos corresponde en lo relativo a los procesos de construcción.

Recordando el paso del hombre por la prehistoria, éste como forma de guía utilizaba signos o marcas a las cosas de uso diario, las que podremos decir que por la necesidad de ese momento era una especie de señalización e información. Pensemos entonces en aquellas piedras que se las utilizaban como señalización de senderos para un pronto retorno, pensemos también en aquellas estacas que eran colocadas para la delimitación de la propiedad, o quizá las marcas que los agricultores impregnaban en su ganado como signo de pertenencia.

En territorios del Imperio Romano, los pilares y columnas de piedras servían de referencia para establecer las distancias de los diferentes pueblos, para la edad media las señales eran del todo comunes y se las encontraba en cada ciudad, sin embargo, a partir de los siglos XVIII y XIX, la señalización en columnas de piedras pasó a impregnarse en planchas de metal que eran colocadas en postes o paredes.

Estos signos posteriormente se transformaron en monumentos, cercas o flechas como lo acontecido con los griegos que para adorar a su Dios “*Hermes*”, utilizaban una montaña de piedras. Con el avance del grupo social los mecanismos más ágiles y de información instantánea como carteles, avisos, numeración en casas, letreros, placas en automóviles, pantallas led o dibujos en paredes se los ve más a menudo.

El termino señalética aparece como un conjunto de marcas, signos o símbolos destinados en su inicio al tránsito humano y automovilístico, término que entre los años de 1933 y 1954 respectivamente con los filólogos - lingüistas estadounidenses Bloomfield y Pike, quienes al separar del vocablo *fonética* el sufijo *ética*, lo direccionaron para nominar al gran sistema de signos no lingüísticos, en éste orden, el vocablo señalética comprende, “*El sistema de signos pictográficos en que cada enunciado es representado por una señal*”. (Costa, 1987, pág. 17).

A medida que crece la humanidad, crece también la necesidad por brindar servicios según las exigencias del momento, entonces serán estos servicios o urgencias las que marquen el inicio de un lenguaje simbólico cambiante; antes el uso del automóvil era una exigencia de tipo emergente, ahora se construyen rutas de ciclo vía para evitar congestionar el tránsito, en este caso la señalización se ajustará al uso masivo de las bicicletas.

Todos los seres humanos tenemos derecho a la integración social permitiéndonos vivir decorosamente, en este contexto la señalética promueve no solo la igualdad de personas con invalidez, sino que facilita sus relaciones diarias. Un sistema señalético entonces comprenderá un conjunto de enunciados que son traducidos mediante figuras, tal como sucede con aquellos pictogramas que describen por ejemplo a un estacionamiento tarifado, escaleras mecánicas, ascensores, peligros o simplemente zonas en construcción.

Autoridades de países europeos y americanos han creado leyes que promueven la igualdad de condiciones y la integración de personas con capacidades especiales mediante la implementación de rotulación braille o sonidos. Al referirnos a los indicadores de tipo auditivo éstos servirán esencialmente para dirigir a personas discapacitadas, como ocurre con las cajas sonoras colocadas en semáforos, brindando seguridad y confort a personas con este tipo de necesidad visual.

La señalética no permite similitud con los medios de comunicación ya que la señalética es una ciencia más no un medio, es por ello que no ha sido producto de un estudio profundo como sucede por ejemplo con la radio, la televisión, la fotografía, el cine, el computador, etc.

Para la comprensión de la señalética se necesita conciencia y voluntad es decir acción por parte del sujeto de derecho, nos referimos básicamente a las funciones cognoscitivas de la mente a través de la retina que encuentran fundamento por la amplia gama de signos y señales implementadas bien por la intensidad del peligro o por la necesidad del momento, desapareciendo con posterioridad de manera casi que inmediata como ocurre por ejemplo con aquellos banners que son colocados en una acera cuando se lleva a cabo trabajos en redes de alcantarillado público.

Esta práctica de señalética debe ser tomada en consideración por los diferentes estados promoviendo vincular cada tipo de señalización al realizar trabajos de construcción inmobiliaria, evitando la puesta en peligro a los bienes jurídicos protegidos por el derecho que tiene todo ser humano a vivir decorosamente en un ambiente sano.

La ciencia de la señalética en definitiva se la atribuye al funcionamiento organizacional de los servicios requeridos, de especial manera a aquellos servicios de carácter público; la señalética es una técnica disciplinaria que comporta a dirigirnos en sociedad de manera ordenada, tiene como función primordial proveernos de información en forma ágil, veraz e inmediata que como dijimos se aplica a la obtención de servicios, trabajos en la industria, arquitectura, producción de programas gráficos o al mejoramiento del medio ambiente.

La Señalética, Conceptos.-

La señalética al ser parte integrante del diseño gráfico por la cual se comunican ideas o hechos ya sea que se traten de aspectos sociales, culturales o económicos, se encarga de interpretar el desenvolvimiento del ser humano, garantizando su seguridad en el manejo de las diferentes actividades.

La principal función de la señalética es facilitar la comunicación visual, funcional y organizativa orientando al ser humano dentro de zonas específicas a cada uno de las actividades o servicios, es decir a medida que crece la sociedad, la necesidad es mayor; imaginemos la urgencia por controlar el tránsito automotor en tiempos pasados pero que en nuestros días las líneas cebras o ciclo vías son aspectos de inmediata señalización, por ello la implementación de la bicicleta en los buses urbanos. A modo de ejemplo para los años de 1904, *“El Touring Club de Francia mandaba colocar los primeros paneles de prescripción para automovilistas y ciclistas, situándolos a 200 metros del punto a señalar”*. (Costa, 1987, pág. 54), es decir el tránsito automotor fue uno de los conceptos que mayor regulación tuvo en ese entonces.

El sistema de señalética como ciencia dirigida a regular el orden, busca establecer conductas de tal manera que exista una adecuada armonía en el diario vivir, de este modo incluimos algunos de sus conceptos a saber:

- a) La señalética, *“Es parte de la ciencia de la comunicación visual que estudia las relaciones funcionales entre los signos de orientación en el espacio y los comportamientos de los individuos”*. (Costa, 1987, pág. 9).
- b) La señalética, *“Es la ciencia que estudia el empleo de signos gráficos para orientar a las personas en un espacio determinado e informar de los servicios que se encuentran a su disposición”*. (Londres, pág. 8).
- c) Un sistema de señalética, *“Es una actividad perteneciente al diseño gráfico que estudia y desarrolla un sistema de comunicación visual sintetizado en un conjunto de señales o símbolos que cumplen la función de guiar, orientar u organizar a una persona o conjunto de personas en aquellos puntos del espacio que plateen dilemas de comportamiento”*. (Alava Rosales, 2012, pág. 5).
- d) Señalética, *“Es la ciencia de las señales en el espacio, que constituyen un lenguaje instantáneo, automático y universal, cuyo fin es resolver las necesidades informativas y orientativas de los individuos itinerantes en situación”*. (Costa, 1987, pág. 14).

La señalética intenta no inmiscuirse en las decisiones del ser humano, sino que busca facilitar la comunicación visual en el conglomerado social evitando entorpecer las acciones de los individuos en sus motivaciones, intereses o necesidades; en este sentido un lenguaje señalético será conducido no por la acción del agente, aunque si por su consentimiento a situaciones de localización, orientación, atención o comprensión.

Tampoco se pretende a través de la señalética buscar beneficios económicos como sucede con los spots publicitarios o las propagandas, su función va encaminada puntualmente al servicio colectivo y no individual, ofreciendo cada uno de los servicios requeridos para después ser eliminado por la consciencia cumpliendo su cometido.

Importancia de la Señalética en Procesos de Construcción.-

En la sociedad actual nos encontramos con aspectos de todo tipo, uno de ellos son los accidentes laborales, situación que hoy en día es común observar en cualquier lugar sin embargo para la prevención de los mismos se han implementado los más variados procesos de señalización, así por ejemplo una industria textil cuenta con señalización en lo referente a zonas de evacuación, salidas de emergencia, timbres de aviso, etc.

Para nuestro objetivo nos referiremos a los trabajos de construcción donde se presentan los diversos riesgos no solo al personal que se desenvuelve en el área sino a individuos que transitan a su alrededor produciéndose en muchos de los casos lesiones, incapacidades y hasta la muerte, es así que resulta necesario establecer medidas apropiadas de control minimizando toda posibilidad de accidentes. Se cree injustificadamente que accidente es igual a lesión, sin pensar que, a partir de un accidente, un acto se puede constituir en lesión, a decir de esto el Tratadista Guillermo Cabanellas establece que accidente es, *“Un suceso imprevisto, sobrevenido en el acto o con motivo del trabajo, que produce una lesión o perturbación funcional transitoria o permanente”*. (Cabanellas de Torres, 2003, pág. 16).

A decir del propio tratadista accidente también es concebido como: *“Todo acontecimiento que, por razón de su trabajo, ocasione un daño fisiológico o psicológico al obrero o empleado, y que le impida proseguir con toda normalidad sus tareas. Puede originarse este por culpa del mismo trabajador, por la del patrono, por la de ambos, por la de un tercero, por circunstancia o naturaleza del*

trabajo o por causas indeterminables”. (Cabanellas de Torres, 2003, pág. 16). De esta manera el profesional encargado de la obra en construcción velara por la seguridad tanto del grupo que ejecuta la obra como del ciudadano que transita por aquel lugar implementando adecuadamente cada una de las señalizaciones sin las cuales se pudiesen ocasionar accidentes y causar lesiones.

Al iniciar un trabajo sea de construcción, restauración o demolición, se presentan situaciones de peligro afectando el tránsito de personas o vehículos por lo que se deberá tomar en cuenta medidas de protección con el propósito de disminuir el riesgo evitando la posible producción de un resultado. Es lógico que el ser humano al formar parte del conglomerado social tenga derecho a la reparación integral por los daños y perjuicios ocasionados por acciones imprudentes de aquellos profesionales encargados de una ciencia o profesión, en este supuesto la normativa existente indica que al ejecutarse trabajos en zonas de la construcción se está en la obligación de incorporar la debida señalización, así lo expresa el Reglamento de Seguridad y Salud de los Trabajadores y Mejoramiento del Medio Ambiente de Trabajo, situación que lo veremos con mayor amplitud en el capítulo siguiente.

Ante la lesión o muerte de una persona, bien por violentar normas de conducta obligatoria como es el caso de una deficiente señalización, bien por infringir el deber objetivo de cuidado, se sancionará con estricto apego al artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, que como sanción incluye la pena privativa de la libertad que va desde uno hasta los cinco años, justificando además si el agente incurrió en alguna de las acciones ilegítimas que vulnera el deber objetivo de cuidado en cualquiera de sus cuatro formas tal como lo establece el último inciso del mismo artículo.

Objetivo de la Señalética.-

La ciencia de la comunicación social y de la información presentan como una de sus principales ramas a la señalética, sistema que permite la orientación de un lugar específico, se aplica también a los diferentes servicios donde el ser humano está íntimamente relacionado sea por razones de necesidad, emergencia o diversión continua.

La señalética encuentra su validez con el avance tecnológico, así en la actualidad para el mejor comportamiento social en lugares de mayor afluencia se han implementado monitores o pantallas gigantes que son manejadas en muchos de los casos por smartphones, tabletas o computadores portátiles mediante una red wifi proporcionando de esta manera información en tiempo real.

Un sistema de señalética entonces, *“Se forma como una disciplina de comunicación característica de nuestra civilización de la movilidad social. Uno de sus ejemplos significativos, es el flujo actual de 325 millones de turistas itinerantes por todo el mundo”*. (Costa, 1987, pág. 12). A medida que se incrementa el grupo social, al igual que los peligros, la señalética convierte el mundo más asequible y mejor utilizable, así un proceso de señalética será eficaz si se definen los indicadores de mayor impacto y los distintos parámetros que vayan en pro del comportamiento social originando los más distintos servicios al ser humano mejorando la calidad de vida en una sociedad cada vez más compleja.

Se debe tener presente que en el momento de hoy la calidad de vida del ser humano encuentra su justificativo no solo desde un proceso alimenticio, conservación de los recursos naturales, mitigación del impacto ambiental sino también por la fácil comunicación y accesibilidad a los distintos servicios, ya sea que se traten de transportes, sanidad, ingreso a entidades bancarias, educativas o seguridad social, de este modo un servicio difícilmente asequible, será difícilmente utilizable.

La señalética es aquella forma de comunicación visual que se adapta a las exigencias del momento brindando soluciones inmediatas y oportunas como es el caso de cruzar una calle por la numeración de las mismas o localizar puntos de asistencia médica, entonces el objetivo de la señalética va encaminado a dirigir los servicios o puntos de acción en beneficio de una comunidad de personas. Es una ciencia técnica que se la aplica en gran parte a la actividad arquitectónica, se basa esencialmente en una información veraz e instantánea, dicho sistema está compuesto por un conjunto de señales y signos de tipo universal, encontramos su importancia como cuando contratamos con una empresa extranjera para la construcción de una avenida o un puente colgante, esta corporación rápidamente iniciara su despliegue técnico con el uso bien de sus propias señales, bien con señalización propia del lugar donde se trabaja.

Siendo la deficiente señalización en zonas de la construcción el contenido exacto del presente estudio jurídico, debemos expresar que lo que importa es dar cumplimiento al deber objetivo de cuidado que el Estado nos exige mediante el acatamiento no solo de leyes, sino también de reglamentos, ordenanzas, manuales o reglas técnicas aplicables a una profesión.

La Señalética, Clasificación.-

El sistema señalético como se dijo en líneas anteriores ayuda en el desenvolvimiento diario de las diferentes actividades humanas por lo que el aspecto más importante será señalar cada una de las zonas con mayor peligro sin diferenciar si se trata de construcciones de viviendas, carreteras, puentes, puertos o aeropuertos. Lo importante será dar mayor visibilidad y lenguaje mediante el uso de gigantografías, letreros, rótulos, letras de alto relieve, letreros de lona y estructura, banners, impresiones con protección UV, iluminación led, etc. De lo dicho podemos decir que un sistema señalético está integrado por las diferentes formas entre ellas encontramos las siguientes:

Por la técnica:

- Señales de Advertencia: como su nombre lo dice advierte cada una de las entradas y salidas en especial de aquellas salidas de emergencia o zonas seguras, como lo sucedido cuando se ocasionan incendios.
- Señales de Prohibición: su función principal es impedir el acceso a zonas de peligro como por ejemplo aquellas viviendas que no podrán ser intervenidas por encontrarse ante una réplica por un eventual terremoto, o como el caso de un poste de alumbrado que contiene cables de alta tensión; por lo general están integrados por pictogramas o textos de aviso. La señal de prohibición será circular con un borde ancho de color rojo intenso, tendrá una barra oblicua estrecha que atreviese diametralmente, el color de fondo será blanco y el logotipo de color negro.

- Señales Obligatorias: las señales obligatorias se las utilizan para adecuar el ambiente al que se ingresa donde se advertirá el uso de gafas, cascos o protectores auditivos, por la intensidad del peligro; un ejemplo de ello son los cuartos de rayos X.
- Señales Preventivas: su objetivo será prevenir o reducir futuros peligros; dichas señales, *“Advierten a los usuarios de las vías, sobre condiciones inesperadas o peligrosas en la vía o sectores adyacentes a la misma”*. (Alava Rosales, 2012, pág. 10).

Por la necesidad del momento:

- ✓ Señal Indicativa: estas se las utiliza para señalar áreas o espacios con carácter de importante ya sea que sean zonas que se encuentran al inicio o al final de un trayecto o ruta.
- ✓ Señal Direccional: por lo general están ubicados en lugares donde el sujeto elegirá un destino, se tratan de un sistema de flechas que marcan un camino o dirección.
- ✓ Señales de Nomenclatura: *“Pueden tener fondo negro, azul o verde, para las ubicadas en postes, y azul o verde, para murales. Las leyendas y símbolos en su caso serán siempre en color blanco y reflectivas”*. (Alava Rosales, 2012, pág. 11).

Por la magnitud con el objeto de reducir el riesgo de accidentes:

- Señal Horizontal: dichas señales se transforman mediante marcas de tipo viales que sirven para dar mayor seguridad en zonas de construcción o alrededores con el firme propósito de regular el tránsito y la circulación humana.
- Señal Vertical: sirven para la rehabilitación, el mantenimiento y ejecución de obras que se simplifican en señales de carácter preventivo, reglamentario o informativo.

Por la movilidad:

- a) Señalización en Carreteras: sirven para el direccionamiento de los diferentes destinos, a más de configurarse en señales para temas turísticos donde necesariamente y en varios de los casos se acude a un transporte mecánico.
- b) Señalizaciones Urbanas: se fundamentan en la orientación al visitante intentando localizar puntos de atracción turística o zonas de diversión, entre ellas están comprendidas las señales que trasladan a lugares como: miradores, museos, monumentos, instalaciones deportivas, etc.
- c) Vallas Informativas de Destino: estas señales están creadas para, “*Designar o confirmar la ubicación, éstas pueden ser: vallas turísticas de provincia, valla turística capital de provincia, límites cantonales, poblaciones, pórticos de límite de provincia, pórticos de frontera*”. (Alava Rosales, 2012, pág. 13).

Por su forma estática:

- 1) Señalización Informativa: como su nombre lo indica trata de proporcionar información instantánea sobre asuntos importantes, por ejemplo, los desvíos en calles por trabajos en las mismas. Dichas señales también tienen como objeto vincular una información con situaciones que ocurren en ese momento como lo ocurrido con horarios, recorridos o instrucciones.
- 2) Señalización Direccional: se trata de una señalización diseñada en base a flechas, su función es dirigir y encaminar a los visitantes de un lugar a otro, estas señales se las encuentra con mayor frecuencia en instituciones educativas, bancarias, o centros de salud.
- 3) Señalización Interpretativa: la señalización interpretativa es un tipo de señalización que facilita al visitante a una explicación detallada de los servicios que éste requiera, se fundamenta también a situaciones como la arquitectura, parques ecológicos o costumbres.

- 4) Señales de Servicio o Turísticas: estas señales se utilizan para “*Informar a los conductores de la existencia de algún lugar o servicio durante su camino*” (Alava Rosales, 2012, pág. 12).

Los sistemas señáleticos pueden también comprenderse mediante construcciones adosadas, es decir estarán adheridas a un soporte de cemento; tenemos por otro lado aquellos sistemas señáleticos de autotransporte que no es otra cosa que una señal sujeta por postes verticales; o un sistema señáletico de banda, señal contenida a columnas, muros o postes de forma perpendicular.

Al momento de proveer señales para trabajos de construcción, la utilización de luces intermitentes son razón obligatoria por la intensidad del peligro y para una mayor visibilidad, como lo sucedido en la realización de trabajos en la noche donde se necesitará señales de tipo reflectivas. Debemos decir entonces que la señalización permite una clasificación desde diferentes puntos de vista, sea por la necesidad del momento, por la intensidad del peligro o por la regulación de la movilidad del ser humano.

Sin bien las señales son importantes en todo momento, éstas son del más variado tipo según su necesidad, exigencia o servicio, recalando que a medida que aumente la necesidad del ser humano los sistemas de señalización no se quedarán atrás.

Parámetros de Legibilidad.-

Dentro del presente estudio jurídico es importante referirnos a la legibilidad, en este supuesto nos es más que, “*El contraste de la tipografía con los demás elementos del contexto*”. (Londres, pág. 59). La legibilidad no debe ser confundida con la Leibilidad siendo esta última, “*La factibilidad de que un texto pueda ser leído con facilidad y comprensión y con el mínimo de fatiga y errores*”. (Londres, pág. 59).

Se dice además que una persona que posee una visión perfecta en cualquier hora del día puede visualizar topografías de 2.5 centímetros a una distancia aproximada de 15 metros, esto obliga a que nuestros diseñadores se vean en la necesidad de hacer los cambios y ajustes al crear un tipo de señalización, de este modo detallamos algunos criterios de legibilidad:

- a. Visión a corta distancia: la señalización utilizada para este tipo de distancias, *“Suelen tener pequeño tamaño y se contemplan a distancias menores de 10 metros. Su colocación, respecto al suelo, será entre 1,5 y 2,5 metros”*. (Londres, pág. 60).
- b. Visión a media distancia: cuando hablamos de una distancia de tipo media se dice lo siguiente, *“Cuando sea de 10 a 15 metros la separación entre el observador y la señal, el tamaño del letrero o cartel no puede ser menor de 1 x 1 metros”*. (Londres, pág. 60).
- c. Visión a larga distancia: aquí, *“Estos letreros se sitúan a una altura superior al primer piso de un edificio. En este caso han de ser de un grado tamaño, y a ser posible estarán iluminados por focos, o serán luminosos de material translúcido e iluminación interior, para hacerlos más visibles durante la noche”*. (Londres, pág. 60).

Un sistema de señalización que aporte beneficios a la comunidad hará de esta significativamente más importante, sin embargo y como no es raro las calles en muchos de los casos han sido producto de diversos gráficos insignificantes, dejando a relucir una comunicación confusa como lo acontecido cuando estamos frente a un rompe velocidades, o quizá una estación de bus, donde se ha cambiado la señalización original por figuras obscenas.

Estos actos de vandalismo son situaciones ajenas al control municipal por lo que debe ser regulado en su forma más inmediata imponiendo sanciones que vayan en bien de la colectividad, evitando poner en peligro aspectos como la protección de los bienes estatales o lo que resulta más importante la protección a los denominados bienes jurídicos protegidos, como cuando una persona que va conduciendo su automóvil choca con una valla producto de la distracción por figuras poco atractivas, hirientes o por gráficos que concentran la atención del conductor por la mofa del momento creando confusión visual, a esto los estudiosos del diseño gráfico lo han llamado, *la contaminación visual*.

Los mensajes entonces son confusos para el usuario de un diferente servicio dificultando los elementos que forman parte del grafismo sean estos escritos o sonoros; una sociedad como la nuestra necesita de un programa de señalamientos que eviten lesionar la integridad de las personas, dichos programas harán que la comunicación visual sea acorde al servicio prestado, sea que se trate de medios de transporte, industrias, centros comerciales, administración de justicia o espacios urbanos, como por ejemplo miradores turísticos, sitios arquitectónicos, centros de diversión, etc.

Un sistema de señales entonces incluirá textos acordes a la exigencia del momento para la adecuada percepción del mensaje, es decir se tratará de proteger los señalamientos mediante la inclusión de óptima legibilidad, leibilidad o elementos de tipo sonoro, al igual que la implementación del color, que sin duda es el mensaje de mejor retención por el cerebro humano.

Señalización y Señalética.-

La señalización y señalética son sistemas en los que el impacto visual incide de manera fundamental, dichos sistemas buscan brindar funcionalidad en la información que se ofrece. La señalización inició como una variante por la necesidad del hombre ya sea para mejorar su entorno o espacio mediante la intervención de signos o señales, su orientación apuntaba a criterios como objetos o marcas, pero con el pasar de los tiempos el lenguaje simbólico rápidamente se transformaría en un lenguaje universal, éste era una de las formas de comunicación que debía ser general e inmediata.

Una gestión de señalización comprenderá tomar medidas de seguridad ante una posible concurrencia de peligro, sin embargo, la colaboración del personal de una determinada obra mejorará dichas medidas por ende un sistema de seguridad incluirá procesos de planificación, identificación de áreas problemáticas y lo más importante control y dirección de los diferentes tipos de señalización, evitando de esta manera perjuicios en la integridad de las personas.

La señalización a más de ser una guía, está al servicio del ser humano en situaciones de accesibilidad traduciéndose en ahorro de tiempo, a más de brindar economía equilibrada, de esta forma definimos a la señalización como:

- a) Según el diccionario de la Lengua Española define al término de señalización como: “Acción y efecto de señalar”.
- b) “La señalización es la parte de la ciencia de la comunicación visual que estudia las relaciones funcionales entre signos de orientación en el espacio y el comportamiento de los individuos” (Londres, pág. 7).

La señalización entonces provee orientación e información de carácter organizacional en cada espacio donde el ser humano se encuentre, de este modo un turista no tendrá dificultad en transitar por las calles de un centro histórico, un parque o las orillas de una ribera por lo que la señalización esta en beneficio del individuo que vive en sociedad, sin importar que éste tenga un grado de educación mayor o menor, una nacionalidad diferente o una religión poco apreciada. No así la señalética, que no es más que una ciencia dedicada a implementar sistemas comunicacionales dentro de un lugar o momento mediante símbolos icónicos, lingüísticos o cromáticos, todos ellos derivados del diseño gráfico.

Cuando hablamos de señalización debemos indicar que esta guarda una estrecha relación con la ergonomía, disciplina que busca, “Asegurar que los humanos y la tecnología trabajen en completa armonía, cuidando que los equipos, productos, señales y tareas estén diseñados de acuerdo con las características humanas”. (Londres, pág. 53).

Si bien la señalización está integrada especialmente por señales destinadas al tránsito automotor, no es menos decir que el color también es una forma de señalización por lo que puede ser utilizado como un elemento de información o como un código de identificación. Algunos de los colores están arraigados al ser humano como una suerte de acostumbamiento visual, así por ejemplo el color rojo se lo relaciona con el peligro o emergencia.

Una señalización para ser considerada como tal y surtir efectos inmediatos deberá contener una serie de parámetros que por el contrario provocaría confusiones en el observador. Los parámetros a los que nos referimos responden a situaciones como: ubicación correcta; iluminación artificial oportuna; evitar la obstrucción de las señales mediante objetos arquitectónicos y maquinaria pesada; evitar colocar elementos

naturales que incluyen plantas o árboles y prohibir zonas para el aparcamiento de vehículos ya que la inclusión de estos interferiría la visión humana.

A decir verdad, tanto las figuras graficas o tipográficas que componen un sistema de señalética y que por lo general están integradas por flechas, logotipos o dibujos al igual que las señales, deberán estar diseñadas con fórmulas sintéticas y de fácil percepción con el propósito de evitar la producción de accidentes en lugares de gran afluencia humana y más aún en zonas donde el peligro es elevado. Para la obtención de una correcta señalización no solo importa el conjunto de símbolos gráficos, el mayor aspecto esta en mantener una perfecta ubicación de las señales, así la visión será de fácil percepción por los sentidos.

Entendiéndose que la visión es el elemento más importante a destacar, a continuación, detallamos algunas de las medidas para una correcta observación, así tenemos:

- ❖ *“La altura promedio del nivel del ojo o nivel visual medido desde el suelo de una persona de pie es aproximadamente de 1.60 m en promedio.*
- ❖ *Mientras está sentado es aproximadamente de 1.30 m.*
- ❖ *Al manejar un vehículo es aproximadamente de 1.40 m.*
- ❖ *El nivel visual de un conductor de camión es mucho más alto que el del automovilista y muy variable por lo que deberá ser considerado especialmente cuando el proyecto lo requiera.”. (Londres, pág. 54).*

Los elementos de señalización son parte esencial en la vida humana así por ejemplo para dirigirnos a nuestro lugar de trabajo, la Universidad, cuando nos encontramos ejerciendo el comercio, o quizá al acudir a un partido de futbol, las diferentes señalizaciones contribuyen a una identificación, se trata de una orientación hacia el destino final promoviendo el avance y reduciendo en forma integrada costos de operación, en este sentido se incluyen las flechas como formas de señalamiento inmediato.

Si bien señalización y señalética son ramas que se encuentran directamente relacionadas, estas como ya se dijo apuntan básicamente al mejoramiento de las condiciones de vida, siendo una de ellas las discapacidades físicas que por su

importancia y necesidad deben ocupar siempre el primer lugar, el principal objetivo será entonces orientar, guiar e informar los servicios que se los requiera.

La señalización en definitiva es el sistema que facilita la comunicación e información en cualquier lugar del mundo, de no ser así, imaginemos si al acudir a un centro hospitalario nos encontráramos sin señalamientos en pasillos, en este caso un proceso de señalización a más de brindar información de primera mano se convierte en un elemento de utilidad económica, ya que por el contrario se necesitará de todo un personal dedicado a brindar información en todo momento.

Señalización y Señalética, Características.-

Los sistemas de señalización y señalética están conformados por situaciones de necesidad social procurando el bienestar y seguridad, encontramos que señalización y señalética son sistemas que tienen ideales diferentes pero que están vinculados entre sí por la importancia que representa en cuanto a información, detallamos entonces dos de sus importancias:

- a) Un sistema de señalética está formado por figuras graficas o tipográficas, estas figuras en muchos de los casos son de tipo informativo, a diferencia del sistema de señalización que está compuesto por señales que por ende serán claras y oportunas evitando confundir al individuo, así por ejemplo si al conducir un auto nos encontramos con carteles donde el elemento tipográfico no es perceptible ya sea por el color, tamaño o contiene información en exceso, seguramente el mensaje será ignorado.
- b) Un sistema de señalética es particular a diferencia del sistema de señalización que es universal, el código utilizado para el sistema señalética es por lo general de lectura, mientras que el sistema de señalización está definido por un código normalizado, un ejemplo de esto lo encontramos en las señales de tránsito.

Sin embargo, señalización y señalética confluyen en beneficio de la humanidad permitiendo que la información sea inmediata y de fácil percepción por los sentidos. No es menos cierto que un proceso de señalización conlleva beneficios que se concretan

básicamente en la reducción de costos, a manera de ejemplo en gran parte de Europa y Estados Unidos las estaciones de carga de gasolina cuentan con servicio integrado automático controlado únicamente por un cajero, situación semejante lo encontramos en nuestra ciudad cuando nos introducimos en un parqueadero público donde el personal de cobro es quien guía la actividad comercial.

Sin lugar a dudas estas ciencias de la comunicación o de la información son elementos que facilitan la prestación de un servicio al mismo tiempo que orientan al individuo en cualquier hora del día. En este contexto es oportuno mencionar aquellas características propias de cada ciencia que si bien han regulado gran parte de nuestra vida cotidiana han estado desde la antigüedad hasta nuestros días mediante marcas, signos, objetos o pantallas gigantes, así tenemos las siguientes:

1. La señalización tiene como regulación principal al tránsito automotor, a diferencia de la señalética, que busca brindar excelencia en la información de los distintos servicios requeridos.
2. El sistema de señalización es un sistema de carácter universal, los sistemas señáleticos han sido puestos a disposición por la necesidad del momento o por cuestiones particulares.
3. Un sistema de señalización es introducido mediante un código de lectura que será obligatoriamente universal, esto no sucede con un sistema de señalética en donde los códigos de lectura pueden ser nacionales o locales.
4. Las señales que componen un sistema de señalización lo encontramos al lugar que vayamos, esto no es posible en los sistemas señáleticos, hablamos de señales producidas para una situación de necesidad concreta.
5. Un proceso de señalización existe aun cuando la necesidad haya terminado, a diferencia de un proceso de señalética en donde terminada la necesidad, las figuras gráficas o tipográficas también desaparecen.

Tanto señalización como señalética son sistemas que ayudan de gran medida en el manejo de las actividades en el diario vivir, así por ejemplo el profesional encargado de llevar a cabo una construcción deberá tener el asesoramiento para situaciones como redacción de las señales, redacción que deberá estar formada por nombres del lugar que se pretende señalar siendo lo más corto posible para su mejor lectura evitando producir confusiones para lo cual el diseñador investigara las costumbres del sitio, el horario de afluencia, situaciones referidas al ruido, su abolengo o simplemente al tratarse de una señalización temporal.

Análisis del Principio de Culpabilidad, por la falta de Señalización.-

El principio de culpabilidad es aquella herramienta legal que protege al ciudadano de posibles amenazas por parte del Estado, este principio junto al de Legalidad forma uno de los pilares fundamentales de un Estado Constitucional de Derechos; este principio establece el grado de sanción o pena por el delito cometido sea por negligencia o impericia. A decir del referido principio un delito podrá ser encauzado si el mismo fue cometido por acción u omisión por parte del agente, además sirve de límite en la producción de un resultado por lo que el agente responderá por sus propios hechos sea que ha obrado con dolo o culpa.

La Culpabilidad según el autor argentino Raúl Zaffaroni, no es otra cosa que, *“El juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo operar como el principal indicador, que desde la teoría del delito condiciona la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre este”*. (Zaffaroni, 2002, pág. 650). La culpabilidad entonces estará en relación a la pena por lo que al momento de juzgar una conducta la pena no sobrepasará los límites de la culpabilidad.

Si hablamos del Derecho Penal, este va hasta las últimas consecuencias cuando de conductas antijurídicas se trata, el autor del delito responderá únicamente por sus actos o lo que es lo mismo decir responderá por sus propios hechos sea que se lo trate como autor o cómplice, lo contrario sería una puesta de ilegitimidad o abuso de autoridad.

La figura de la culpabilidad lo encontramos regulada en nuestro Código Orgánico Integral Penal en su artículo 34, estableciendo: “*Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta*”. (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 37).

De esta manera una persona será declarada culpable cuando actué como dice el código con conocimiento de antijuridicidad, institución jurídica que lo detallamos en el capítulo anterior, pero que para su mejor entendimiento nos referimos desde el ámbito legal, tal como lo describe el artículo 29 del mismo código manifestando: “*Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código*”. (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 36).

De esta forma el autor del delito y en el caso que nos corresponde al originarse una muerte por la desorientación originada por la ausencia de señalización en el caso de una mujer embarazada que cae al precipicio sin visualizar ningún pictograma que indique peligros, la responsabilidad recaerá en el profesional encargado de llevar a cabo la obra.

Cada delito es diferente no así la paupérrima señalización que se utiliza al iniciar un contrato para la construcción de una obra, la sanción en este caso será tal como lo expresa el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, estableciendo que el profesional que vulnere el deber objetivo de cuidado tendrá como sanción la pena privativa de la libertad de uno a cinco años dependiendo de la magnitud en cómo se violente el denominado deber de cuidado.

Podemos afirmar entonces que el principio de culpabilidad es un principio que sirve de límite para el ejercicio de un Sistema Penal propio de un Estado de Derecho, de esta forma el autor de una conducta antijurídica será culpable por sus propios actos a sabiendas que actuó con dolo o culpa.

Si bien la culpabilidad se configura por la realización de un hecho, sea por negligencia o imprudencia todo ello supone decir que la violación a los deberes de cuidado y el resultado producido por aquella violación deben estar vinculados por aquella relación de causalidad para lo cual se deberán tomar todas las medidas necesarias empleando la precaución que amerita el caso por la intensidad del peligro.

Si bien los delitos imprudentes vienen dados por cuestiones de señalización, el profesional de la construcción deberá prever los posibles peligros para lo cual incorporará un sistema señalético que incluya signos, palabras, colores, tipografía o contrastes cromáticos que permitan una mejor legibilidad cubriendo las exigencias que se presentan en la sociedad de una manera más ordenada evitando lesionar la integridad de las personas.

CAPÍTULO III

PARÁMETROS RESPECTO A LA SEÑALIZACIÓN Y SU VULNERACIÓN AL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

La probabilidad de sufrir accidentes en muchos de los casos viene dado por la falta de señalización en áreas donde el peligro es el factor más determinante, siendo así y ante la realización de actividades de construcción se deberá implementar proyectos de seguridad. A decir de la Política Institucional en Seguridad su misión será el asesoramiento, capacitación y control en programas de prevención de riesgos laborales en zonas del trabajo, minimizando las lesiones y daños a los bienes jurídicos protegidos, mejorando la calidad de vida de los trabajadores y de las personas que conviven en sus alrededores.

Decreto Ejecutivo No. 2393, Análisis.-

Al determinarse que los riesgos del trabajo presentan situaciones de lesión en el patrimonio de una persona, así lo determina el Reglamento de Seguridad y Salud para la Construcción y Obras Públicas en su artículo 1, considerando que riesgo es: *“La posibilidad de que ocurra un daño a la salud de las personas con la presencia de accidentes, enfermedades y estados de insatisfacción ocasionados por factores o agentes de riesgos presentes en el proceso productivo”*. (Ec. Rafael Correa Delgado, 2008).

De este modo y ante la probable mecanización de lesiones surge el Reglamento de Seguridad y Salud de los Trabajadores y Mejoramiento del Medio Ambiente de Trabajo, mediante el Decreto 2393, Reglamento que incorpora aspectos como seguridad estructural, situación que lo encontramos regulado en su artículo 21 disponiendo lo siguiente:

“Art 21.- Seguridad Estructural:

- 1. Todos los edificios, tanto permanentes como provisionales, serán de construcción sólida, para evitar riesgos de desplome y los derivados de los agentes atmosféricos.*

2. *Los cimientos, pisos y demás elementos de los edificios ofrecerán resistencia suficiente para sostener con seguridad las cargas a que serán sometidos.*
3. *En los locales que deban sostener pesos importantes, se indicará por medio de rótulos o inscripciones visibles, las cargas máximas que puedan soportar o suspender, prohibiéndose expresamente el sobrepasar tales límites”. (Leon Febres-Cordero Ribadeneyra Registro Oficial No.249, 1986)*

A más de establecer la forma en cómo se llevará a cabo una seguridad estructural dicho Reglamento en su artículo 61, regula situaciones relacionadas con radiaciones ultravioletas elaborando la siguiente descripción:

“Art. 61.- Radiaciones Ultravioletas: En los lugares de trabajo donde se efectúen operaciones que originen radiaciones ultravioletas, se señalará convenientemente la existencia de este riesgo. Los trabajadores a él sometidos serán especialmente instruidos en forma verbal y escrita sobre el peligro y las medidas de protección”.

Así mismo el artículo 180 establece protección de vías respiratorias del siguiente modo:

“Art. 180: Protección de Vías Respiratorias:

1. En todos aquellos lugares de trabajo en que exista un ambiente contaminado, con concentraciones superiores a las permisibles, será obligatorio el uso de equipos de protección personal de vías respiratorias, que cumplan las características siguientes:

- a) Se adapten adecuadamente a la cara del usuario.*
- b) No originen excesiva fatiga a la inhalación y exhalación.*
- c) Tengan adecuado poder de retención en el caso de ser equipos dependientes.*
- d) Posean las características necesarias, de forma que el usuario disponga del aire que necesita para su respiración, en caso de ser equipos independientes”.*

El referido Reglamento indica aspectos en lo que ha construcción respecta, estableciendo regulaciones que van desde un proceso de elaboración hasta la protección misma del ser humano, sin embargo, estas regulaciones son del todo olvidadas ya sea

por la negligencia del profesional, ya sea por la imprudencia del grupo de trabajadores que laboran en lugares de precaución.

Es importante por otro lado referirnos al numeral 5 del artículo 326 de la Constitución de la República, donde se establece el derecho al trabajo sustentado esencialmente en la seguridad del ser humano, regulación que la vemos reflejada de la siguiente manera:

“Artículo 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

5: Toda persona tendrá derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar”. (Nacional, Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 214).

Al hablar entonces de seguridad en el trabajo nos referimos al conjunto de técnicas que tienen por finalidad reducir o disminuir los riesgos y las distintas enfermedades profesionales; los campos en donde se debe tener mayor precaución, y así evitar posibles daños y lesiones en la integridad de las personas son las áreas donde se realizan los trabajos, a más de la precaución en el traslado de maquinaria pesada, el mantenimiento de los diferentes equipos y el almacenamiento de los productos a utilizarse.

Reglamento de Seguridad y Salud para la Construcción y Obras Públicas respecto a la vulneración del Deber Objetivo de Cuidado, Análisis.-

En el manejo de las relaciones laborales la seguridad depende no solo de las personas que trabajan en conjunto sino de las condiciones de seguridad que están comprendidas por aspectos de planificación, coordinación y dirección de actividades de señalización de los diferentes lugares con un solo propósito que es la prevención de accidentes.

Ha decir del mismo Reglamento en su artículo 1, accidente de trabajo no es otra cosa que: *“Todo suceso imprevisto y repentino que ocasiona en el trabajador una lesión corporal o perturbación funcional con ocasión o por consecuencia del trabajo. Se registrará como accidente de trabajo, cuando tal lesión o perturbación fuere objeto de la pérdida de una o más de una jornada laboral”.* (Ec. Rafael Correa Delgado, 2008).

A decir de esto cuando hablamos de construcciones sean estas públicas o privadas se debe tener en consideración las distintas seguridades que el caso amerita ya que como resultado de un proceso en construcción se presentan las diversas lesiones no sólo del personal de trabajo sino también a las personas que conviven con éstos.

Esto conlleva a que nuestra legislación mediante el Reglamento en mención anticipe las probables lesiones tanto a trabajadores como a individuos que se relacionan con dichos procesos siendo su mayor preocupación la falta de señalización; en muchas de las ocasiones estas disposiciones se ven violentadas por la gran mayoría de profesionales lo que ocasiona la vulneración del denominado deber objetivo de cuidado, que como se dijo en capítulos anteriores no es otra cosa que aquel elemento para la determinación de una infracción penal.

Si bien los agentes de la construcción están en la obligación de hacer respetar aquellas disposiciones reglamentarias por su ética profesional, en muchas de las ocasiones éstos hacen caso omiso a lo que estrictamente se refieren las normas de conducta. A continuación, y como es propio haremos el análisis de aquellas disposiciones que se ven violentadas por la omisión de aquellos deberes de diligencia propios de cada profesión, ante ello tenemos las siguientes disposiciones:

i. Artículo 119:

A decir del artículo 119 del Reglamento de Seguridad y Salud para la Construcción y Obras Públicas dispone lo siguiente: *“Es obligación del constructor colocar señalización preventiva, informativa, de obligación e informativa en el fin de que el riesgo sea fácilmente identificado por los trabajadores o personal que ingrese a las áreas de trabajo”*. (Ec. Rafael Correa Delgado, 2008).

Como es de suponer y así lo establece el Reglamento, el profesional de una obra en construcción, demolición o simplemente reparación está en la obligación de colocar los diferentes paneles de señalización para la prevención de los denominados accidentes laborales, situación que no solo afecta al grupo de empleados de la zona, sino que abarca al grupo de personas que caminan por aquellos puntos de referencia.

El artículo es claro cuando se refiere a la colocación de señalización preventiva o informativa, que como se vio en el capítulo anterior su objetivo será prevenir y reducir peligros o en el caso de las señales informativas sirven para brindar información instantánea sobre aspectos de índole primaria.

Al no introducirse en el plan de trabajo aquellas señalizaciones lo más lógico es esperar a que suceda un acontecimiento no querido pero que pudo evitarse, a esto se lo ha dominado culpa consciente, donde el agente sabe de la calidad del peligro, pero actúa con la suposición que no se producirá ningún resultado.

ii. Artículo 121:

El mencionado artículo detalla las señalizaciones que deberán colocarse en aquellos puntos de mayor peligrosidad, así lo vemos reflejado de la siguiente forma: *“La señalización deberá colocarse en sitios visibles, en buen estado y se procederá en base a los siguientes criterios:*

- a) *Se usarán símbolos con preferencia evitando palabras escritas; y,*
- b) *Los símbolos, formas, y colores deben sujetarse a las disposiciones de las normas del Instituto Ecuatoriano de Normalización y en su defecto se utilizará aquellos con significado internacional”.* (Ec. Rafael Correa Delgado, 2008).

De dicha redacción podemos colegir que al no situarse las señalizaciones en aquellos lugares donde existe mayor peligrosidad sea que se trate de productos químicos o simplemente porque en dichos lugares existen profundidades que causen lesiones, de no ser colocadas las respectivas señales el agente habrá vulnerado uno de los deberes de cuidado es decir habrá fallado a las diligencias que el Ordenamiento Jurídico impone.

De ser el caso y de presentarse la necesidad el artículo dice que se colocarán símbolos, todo esto con el fin de servir no solamente al personal que labora en dicho lugar sino también a las personas que diariamente transitan por aquellos puntos de acceso.

iii. Artículo 122:

El Reglamento en su artículo 122 se refiere a la colocación de señales con el fin de evitar accidentes, que a decir de la señalización deberán contener iluminación en forma geométrica, de no ser así el profesional al omitir la colocación de dichas señales luminosas infringirá el deber objetivo de cuidado, situación que lo llevará a responder por actos que sobrevengan por su falta de diligencia en el manejo de sus actos, así lo vemos detallado de la siguiente manera:

“La señalización a utilizarse para la prevención de accidentes será:

- a) Óptica, iluminación externa o incorporada de forma que combinen formas geométricas y colores; y,*
- b) Acústicas, intermitentes o continuas en momentos y zonas según el tipo de riesgo que se presente, este debe ser diferente a los ruidos del ambiente”.* (Ec. Rafael Correa Delgado, 2008).

Siguiendo las disposiciones del Reglamento de Seguridad y Salud para la Construcción y Obras Públicas, nos encontramos con aquellas en lo referente a las obras de carácter público, sea que se trate de construcción o refacción de carreteras u obras que van en bienestar de la colectividad tal como sucede en nuestra ciudad con el llamado Tranvía de los Cuatro Ríos de Cuenca; a continuación, analizamos cada una de ellas:

a) Artículo 124:

En este análisis nos referimos al artículo 124, mediante el cual se detallan situaciones relacionadas a la responsabilidad de constructores y contratistas, disponiendo lo siguiente:

“Los constructores tanto del sector público o privado y los contratistas deberán cumplir con las siguientes normativas:

- a) *Obstaculizar lo menos posible el libre tránsito peatonal o vehicular.*
- b) *Proporcionará y conservará medios de acceso a todas las residencias o locales comerciales situados en el trayecto de las obras.*
- c) *Planificará el trabajo para proporcionar seguridad en base a tres principios fundamentales, a saber:*
 - 1. *Protección máxima para los trabajadores de la obra.*
 - 2. *Protección máxima para el público; y,*
 - 3. *Inconvenientes mínimos para el público”.* (Ec. Rafael Correa Delgado, 2008).

El artículo en mención hace referencia a las obras tanto de carácter público como privado, el artículo dispone que los contratistas serán los que deban interrumpir aspectos como el tránsito peatonal y vehicular en la menor intensidad posible; a manera de ejemplo si un grupo constructor encargado del arreglo de una vía hace caso omiso de aquellas señalizaciones en lugares de peligro continuo sin dejar los accesos correspondientes, es claro que en un tiempo no muy lejano el representante de la constructora será quien tenga que resolver futuras demandas o reclamos por daños ocasionados.

Del mismo modo se deberán crear accesos alternos donde el tránsito fluirá de mejor manera ante la imposibilidad de acceder a vías en reparación; así mismo se implementará cruces directos para los puntos de afluencia como lo son centros o locales comerciales y aquellos lugares de habitación, como hoteles.

El artículo se refiere también a factores de protección ya sea el trabajador o público en general de no ser así y de producirse un resultado dañoso que afecte la integridad de las personas, el agente habrá incurrido en la vulneración a los deberes de cuidado mediante una acción negligente, sin embargo, el profesional estará libre de culpabilidad si aquellos resultados se produjeron por situaciones ajenas a su voluntad.

b) Artículo 125:

Es importante recalcar los diferentes señalamientos con el firme propósito de evitar la puesta en peligro al individuo, nos referimos así al artículo 125 que nos habla de aquellas señales de tránsito expresando lo siguiente:

“Los constructores y los contratistas cumplirán las siguientes disposiciones:

- 1. Antes de la ejecución de los trabajos elaborarán una lista de los artículos necesarios para la seguridad, basándose en el estudio preliminar de los problemas de la protección y en el programa aproximado de trabajo.*
- 2. Se proveerá con anticipación las señales, cercas lámparas y demás artículos.*
- 3. Se colocará en su lugar todas las señales necesarias antes de que se abra al tránsito un camino o una desviación nueva o antes de iniciar cualquier trabajo que constituya un riesgo.*
- 4. Todas las señales que se requieran por las condiciones y las restricciones especiales de un camino, se deben retirar en cuanto estas condiciones dejen de existir. Las señales que dirigen el tránsito hacia una desviación temporal se deben retirar al no ser necesarias.*
- 5. Todas las señales deben iluminar de noche con reflectores o con luz blanca. Si es posible se instalarán una o varias luces de destellos junto a la señal.*
- 6. Se debe colocar las señales aproximadamente en ángulo recto al sentido del tránsito y, por lo menos, a 1,50 metros de altura sobre la superficie del camino. Se deben colocar las señales de 1,80 a 3,00 metros a la derecha del camino transitado y nunca a menos de 0,30 metros, y aun cuando estén protegidos por una cuneta temporal. Las*

salpicaduras y el polvo del camino rara vez llegan a manchar o a cubrir una señal colocada a 1,80 metros a la derecha y a 1,50 metros de altura de la vía transitada.

7. *Se tomarán precauciones especiales para que las pilas de materiales, el equipo reunido, los vehículos estacionados, etc., no obstruyan la visibilidad de ninguna señal.*
8. *Se debe inspeccionar diariamente las señales para comprobar que estén en la posición debida, limpia y siempre legible. Se debe reponer inmediatamente las señales estropeadas.*
9. *Los letreros de todas las señales deben ser claros y comparables en diseño y estilo a las señales convencionales aprobadas por las autoridades de tránsito del Ecuador”. (Ec. Rafael Correa Delgado, 2008).*

El grupo constructor de manera obligatoria deberá acatar los puntos antes referidos al momento de iniciar un proceso de construcción; se elaborarán textos con los elementos más importantes antes del comienzo de una obra, elementos que incluirán señales, seguridades, y demás objetos acordes a la exigencia que amerite dicha obra.

El contratista deberá cerciorarse que las señalizaciones sean acordes a lo que se pretende realizar en conjunto, estas como expresa el referido artículo deberán ser reflectivas y serán eliminadas al momento de la terminación de los diferentes tramos, situación similar lo expresan los Manuales, Protocolos, Instructivos y Formatos del Sistema Especializado Integral de Investigación, Medicina legal y Ciencias Forenses en su capítulo IV al referirse a los requisitos de ubicación de señalética, sosteniendo: *“Las señales deberán retirarse cuando deje de existir la situación que las justificaba”*. (CorreaDelgado, 2014).

Las señales asimismo serán colocadas con las dimensiones que se detallan sabiendo que de no actuar conforme a lo establecido las situaciones de riesgo podrán sobrevenir con mayor peligrosidad, todo esto apunta a que el profesional incurre en la falta de cuidado de aquellos deberes que son de acatamiento obligatorio. Es decir, el deber de cuidado se examinará desde el comportamiento del agente suponiendo que ante la vulneración de las reglas de conducta nos encontramos frente a una acción atípica por el resultado de la acción, que no es otra cosa que la falta del actuar diligente.

Reglamento de Seguridad y Salud de los Trabajadores y Mejoramiento del Medio Ambiente de Trabajo, respecto a la Vulneración del Deber Objetivo de Cuidado, Análisis.-

Se puede advertir que no es necesario que exista el detrimento en la propiedad o patrimonio del individuo para tomar las medidas necesarias, es importante llevar a cabo una correcta seguridad en lo que ha señalización comprende evitando como ya se dijo la puesta en peligro a los bienes jurídicos protegidos.

Si bien el Reglamento que habla sobre la Seguridad y Salud para la Construcción y Obras Públicas, como el Reglamento de Seguridad y Salud de los Trabajadores y Mejoramiento del Medio Ambiente de Trabajo, establecen los diferentes puntos relacionados a seguridad en señalización, a entender nuestro existe deficiencia jurídica al no incluir sanciones que a que diere lugar la falta de señalización por negligencia del profesional que ocasiona el detrimento en el patrimonio de una persona.

La señalización en obras de construcción es tan necesaria como la seguridad misma, por ende, es importante indicar cuales son estas señalizaciones y de que forma el profesional las vulnera, todo ello por la falta a los deberes de cuidado que las leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales exige.

El contratista por su calidad de tal debe incorporar en su plan de trabajo aquellos parámetros para el desarrollo de una obra, siendo el caso nos encontramos con el Reglamento de Seguridad y Salud de los Trabajadores y Mejoramiento del Medio Ambiente de Trabajo, que describe normas en lo relativo a señalización, normas que

van en beneficio del trabajador ante la posible comisión de riesgos que aquejan la integridad del individuo, así lo establece el artículo 1 disponiendo lo siguiente:

“Las disposiciones del presente Reglamento se aplicarán a toda actividad laboral y en todo centro de trabajo, teniendo como objetivo la prevención, disminución o eliminación de los riesgos del trabajo y el mejoramiento del medio ambiente de trabajo”. (Leon Febres-Cordero Ribadeneira Registro Oficial No.249, 1986).

Se presenta entonces la imperiosa necesidad de saber que disposiciones están comprendidas ante la vulneración del deber objetivo de cuidado en lo que a señalización respecta, a decir de estas disposiciones el Reglamento anteriormente manifestado presenta al artículo 164 como su máximo exponente, expresando la siguiente descripción:

a) Artículo 164:

“Objeto.-

- 1. La señalización de seguridad se establecerá en orden a indicar la existencia de riesgos y medidas a adoptar ante los mismos, y determinar el emplazamiento de dispositivos y equipos de seguridad y demás medios de protección.*
- 2. La señalización de seguridad no sustituirá en ningún caso a la adopción obligatoria de las medidas preventivas, colectivas o personales necesarias para la eliminación de los riesgos existentes, sino que serán complementarias a las mismas.*
- 3. La señalización de seguridad se empleará de forma tal que el riesgo que indica sea fácilmente advertido o identificado. Su emplazamiento se realizará:*
 - a) Solamente en los casos en que su presencia se considere necesaria.*
 - b) En los sitios más propicios.*
 - c) En posición destacada.*

- d) *De forma que contraste perfectamente con el medio ambiente que la rodea, pudiendo enmarcarse para este fin con otros colores que refuercen su visibilidad.*
4. *Los elementos componentes de la señalización de seguridad se mantendrán en buen estado de utilización y conservación.*
5. *Todo el personal será instruido acerca de la existencia, situación y significado de la señalización de seguridad empleada en el centro de trabajo, sobre todo en el caso en que se utilicen señales especiales.*
6. *La señalización de seguridad se basará en los siguientes criterios:*
- a) *Se usarán con preferencia los símbolos evitando, en general, la utilización de palabras escritas.*
 - b) *Los símbolos, formas y colores deben sujetarse a las disposiciones de las normas del Instituto Ecuatoriano de Normalización y en su defecto se utilizarán aquellos con significado internacional”. (Leon Febres-Cordero Ribadeneyra Registro Oficial No.249, 1986).*

El artículo es muy claro en señalar que deberá implementarse una señalización que indique la presencia de riesgos y qué medidas tomar ante la existencia de los mismos; el profesional incluirá la señalización por los riesgos que presenta el lugar a más de optar por medidas en caso de presentarse riesgos futuros como es el caso de una explosión por productos inflamables, de no darse esta señalización el profesional habrá vulnerado los deberes de cuidado exigidos.

El artículo sigue su enunciado manifestando que las señalizaciones a implementarse serán un complemento de aquellas medidas de protección que deberán tomarse dentro del plan de obra o al inicio de la misma; no sólo importa entonces que el trabajador esté protegido con el

equipamiento, sino que ha de implementarse señales que anuncien la producción del peligro.

A decir del mismo Reglamento, se debe incorporar señalizaciones en lugares propicios al peligro acorde a la visibilidad del trabajador o trabajadores, pudiendo incluso reforzar la señalización con colores que denoten el peligro; se dice también que la señalización debe permanecer en buen estado, será visible en cualquier época del año, por ningún motivo estarán descoloridas aunque de ser el caso el profesional rápidamente las deberá sustituir por otras señales, de no ser el caso el profesional será el culpable directo de la producción de daños en la salud, violentando las normas de protección y más todavía las normas del deber de cuidado.

El artículo es diáfano en describir que, ante la colocación de señales en zonas de construcción inmediata o duradera, el personal será advertido de su significado por tratarse de señales especiales, como lo sucedido con la maquinaria que se utiliza en los hundimientos de terreno. Dicho Reglamento de Seguridad y Salud de los Trabajadores en su artículo 164 numeral 6, presenta gran similitud con el artículo 121 del Reglamento de Seguridad y Salud para la Construcción y Obras Públicas, cuando se refiere a que las señalizaciones serán en base a símbolos evitando en lo posible palabras escritas.

Esta descripción la vemos detallada por el lenguaje simbólico hacia el receptor de la señal, ya que en varios de los casos y al transitar personas extranjeras los símbolos denotarán el peligro; el profesional encargado de llevar a cabo la obra al no incluir en su plan de trabajo un lenguaje simbólico infringirá las reglas de conducta, será un profesional negligente por lo que conocía del riesgo y a pesar de aquello no guardo el cuidado debido.

Resolución No. 073-FGE-2014, Suplemento del Registro Oficial No. 318, Análisis.-

A inicios del 2016 la Organización Internacional del Trabajo informó que anualmente ocurren más de 317 millones de accidentes de trabajo a nivel mundial, muchos de ellos han provocado el abandono de las jornadas laborales; si bien debe existir una gestión de seguridad que abarque temas relacionados con la planificación y dirección de las actividades de seguridad en aspectos como la señalización, estos a menudo pasan desapercibidos.

Al momento de iniciar un proceso constructivo, sea que se trate de una edificación o demolición, deberá idearse un plan de seguridad que cuente con las señalizaciones adecuadas garantizando la integridad de las personas; estas señales comprenden las de prohibición, obligación, información, prevención o advertencia, tal como expresa el artículo 169 del Reglamento de Seguridad y Salud de los Trabajadores y Mejoramiento del Medio Ambiente de Trabajo, disponiendo:

“Art. 169. Clasificación de las Señales.- Las señales se clasifican por grupos en:

- a) Señales de prohibición: Serán de forma circular y el color base de las mismas será el rojo. En un círculo central, sobre fondo blanco se dibujará, en negro, el símbolo de lo que se prohíbe.*
- b) Señales de obligación: Serán de forma circular con fondo azul oscuro y un reborde en color blanco. Sobre el fondo azul, en blanco, el símbolo que exprese la obligación de cumplir.*
- c) Señales de prevención o advertencia: Estarán constituidas por un triángulo equilátero y llevarán un borde exterior en color negro. El fondo del triángulo será de color amarillo, sobre el que se dibujará, en negro el símbolo del riesgo que se avisa.*
- d) Señales de información: Serán de forma cuadrada o rectangular. El color del fondo será verde llevando de forma especial un reborde blanco a todo lo largo del perímetro. El símbolo se inscribe en blanco y colocado en el centro de la señal.*

Las flechas indicadoras se pondrán siempre en la dirección correcta, para lo cual podrá preverse el que sean desmontables para su colocación en varias posiciones. Las señales se reconocerán por un código compuesto por las siglas del grupo a que pertenezcan, las de propia designación de la señal y un número de orden correlativo". (Leon Febres-Cordero Ribadeneira Registro Oficial No.249, 1986).

La señalización deberá estar en el lugar donde se efectúen las obras en mención sin importar el clima ya que a decir de las épocas lluviosas la señalización será aún más efectiva, por lo que en muchos de los casos al realizarse el trabajo con aparatos de gran potencia utilizando maquinaria pesada, las señales serán del todo reflectivas beneficiando la visibilidad de las personas. Es imprescindible colocar señalizaciones cuando se trabajan con productos que afectaren gravemente la salud del sujeto sea que se trabajen en sitios con mayor impacto de energía, como cuando el trabajo se lo hace en contacto con soluciones químicas o simplemente cuando se labora en lugares donde el nivel de ruido excede los límites normales.

Se evitara en lo posible la colocación de señales que dificulten la visibilidad y la comprensión de la señal, así lo dispone la Resolución No. 073 al hablar de los Manuales, Protocolos, Instructivos y Formatos del Sistema Especializado Integral de Investigación, Medicina legal y Ciencias Forenses, cuando se refiere a los requisitos de ubicación, *"No se utilizaran demasiadas señales próximas entre sí a fin de evitar la disminución de la eficacia de la señalización"*. (CorreaDelgado, 2014, pág. 17).

En otra circunstancia las personas no comprendidas en el grupo de trabajo que ingresen en zonas de peligro continuo ingresarán con ayuda o de la mano de un guía designado por el profesional de la construcción siendo de su responsabilidad el tomar las debidas precauciones ante la visita de terceras personas con la utilización de todos los equipos, esto es botas de acero, casco, gafas, guantes, etc.

El proceso de señalización entonces se lo debe considerar como una obligación máxima determinada por la ley, será un complemento de aquellas normas creadas con el propósito de precautelar daños en la salud a más del mejoramiento del ambiente de trabajo; los procesos de señalización serán cambiantes por la evolución misma de las obras y los riesgos que puedan efectuarse.

Análisis de la normativa aplicable por Vulneración al Deber Objetivo de Cuidado.-

Cuando hablamos del deber objetivo de cuidado, lo entendemos como aquella institución jurídica encargada de relacionar el comportamiento del agente con la actividad que se lo desarrolla tomando en consideración la prudencia, destreza o pericia del mismo, así al producirse un daño en la integridad de las personas cabe la reparación integral, figura jurídica mediante la cual la víctima regresara al estado en el que se encontraba hasta antes de sufrir el perjuicio.

En este aspecto la reparación no será únicamente económica, deberá cumplir todos los ámbitos esto es lucro cesante, daño emergente y de ser el caso daño moral llamado también daño psicológico, así lo establece el artículo 77 del Código Orgánico Integral Penal al referirse a la reparación integral señalando lo siguiente:

“La reparación integral radicará en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado”. (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 64).

La restitución integral que menciona el segundo inciso del artículo 77 del Código Orgánico Integral Penal, es una forma de reparación integral se trata de un derecho y una garantía para interponer los recursos y las acciones dirigidas a recibir las restauraciones y compensaciones en proporción al daño causado, de esta manera la restitución comprende la restauración y compensación; no obstante el artículo 78 va más allá de las definiciones del artículo 77 por lo que la restitución está comprendida entre los mecanismos de reparación junto con la rehabilitación, las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales, las medidas de satisfacción o simbólicas y las garantías de no repetición.

De lo expresado se llega a la conclusión de que la reparación integral se manifiesta como un derecho y se correlaciona con una pena condenatoria; a la figura de la reparación integral se la puede entender como un conjunto de medidas jurídico económicas con las cuales cuenta la víctima de un daño para disminuir los efectos del

mismo. En este aspecto una reparación integral lleva consigo dos situaciones, hablamos en primer lugar del daño cometido y ese daño será producto del actuar del agente.

De otro modo el artículo 54 constitucional en su segundo inciso establece:

“Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas”. (Nacional, Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 38).

A decir del referido artículo el profesional de la construcción será responsable cuando por su negligencia o impericia se atente contra la integridad de las personas, a decir de aquello ante la comisión de perjuicios en la persona o patrimonio de otro, nace la obligación de reparar, siempre y cuando la acción haya sucedido al agente que lo origino por acciones que pudo preverlas sea que actuó con dolo o culpa; del mismo modo nuestra Constitución en su artículo 78 expresa:

“Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado”. (Nacional, Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 68).

Dicho artículo expone los derechos de las personas consideradas víctimas creando una protección que incluye la reparación integral, seguida del conocimiento de la verdad, la restitución, indemnización y rehabilitación. Encontramos de este modo gran similitud con lo que establece el artículo 11 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal que dispone:

“En todo proceso penal, la víctima de las infracciones gozará de los siguientes derechos:

2: A la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso”. (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 23).

De dichas redacciones el juez elegirá que mecanismo se ajusta a la realidad de los hechos analizando para cada caso el delito surgido, el bien jurídico vulnerado, el daño ocasionado y el monto económico del mismo. De otro lado es importante referirnos a lo que establece el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 619 numeral 4, cuando se refiere a la decisión judicial sosteniendo:

“La decisión judicial deberá contener:

4. Una vez declarada la culpabilidad y la pena, el juzgador dispondrá la reparación integral de la víctima siempre que ésta sea identificable”. (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 377). Así mismo el artículo 622 numeral 6 del mismo Código sostiene:

“La sentencia escrita, deberá contener:

6: La condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima y demás mecanismos necesarios para la reparación integral, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda”. (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 379). Siguiendo esta línea el artículo 628 establece:

“Toda sentencia condenatoria deberá contemplar la reparación integral de la víctima, con la determinación de las medidas por aplicarse, los tiempos de ejecución y las personas o entidades públicas o privadas obligadas a ejecutarlas, de conformidad con las siguientes reglas:

- 1) Si hay más de un responsable penal, la o el juzgador determinará la modalidad de la reparación en función de las circunstancias de la infracción y del grado de participación en la infracción como autora, autor o cómplice.*
- 2) En los casos en los que las víctimas han sido reparadas por acciones de carácter constitucional, la o el juzgador se abstendrá de aplicar las formas de reparación determinadas judicialmente.*

- 3) *La obligación de reparar monetariamente a la víctima tendrá prelación frente a la multa, comiso y a otras obligaciones de la persona responsable penalmente.*
- 4) *Si la publicación de la sentencia condenatoria es el medio idóneo para reparar a la víctima, correrá a costa de la persona condenada”. (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 382).*

Por otro lado, la justicia penal intervendrá solo y únicamente en los casos considerados de gran lesividad tal como expresa el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal, expresando:

“La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales”. (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 15). De forma similar nuestra actual Constitución, en su artículo 195 manifiesta respecto a la mínima intervención lo siguiente:

“La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas”. (Nacional, Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 142).

De esta redacción el Sistema Penal aclara que deberá aplicarse el principio de mínima intervención cuando los demás medios sean insuficientes, en este sentido el Derecho Penal será de última ratio. Ahora bien, el Código Civil en su artículo 2214, al referirse a la comisión de un delito sostiene:

“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”. (Nacional, Código Civil, 1970, pág. 766).

El artículo es claro al determinar que una persona será víctima si ha sufrido daños o perjuicios, y como consecuencia de ello recibirá una indemnización sin importar que luego se le impongan las leyes que el Ordenamiento Jurídico dispone al infractor como resultado del delito o cuasidelito.

A esto el tratadista Leonardo A. Colombo al referirse a la responsabilidad por el hecho propio sostiene, *“La actuación de estos profesionales será, comúnmente, contractual. Por excepción será aquiliana cuando desempeñen cargos públicos, cometiendo el hecho injurioso en ejercicio de sus funciones, y cuando se desempeñen como peritos en los juicios que tramitan ante los tribunales de justicia, en cuyo caso se consideran como auxiliares de estos”*. (Colombo, 1947, pág. 285).

En conclusión, decimos que el profesional de la construcción será el único responsable por los actos que estuvieron a su cargo; el mismo agente al no señalar los puntos de flujo continuo y de provocarse lesiones a bienes jurídicos protegidos, será el máximo responsable de aquellas lesiones que como se dijo quedará a disposición de la víctima qué medidas tomar en consideración.

CAPÍTULO IV

DEBER OBJETIVO DE CUIDADO - CASO PRÁCTICO

No. del Proceso: 01121 – 2012 – 053

Dependencia Jurisdiccional: Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay

Acción / Infracción: Contra la Vida

Ofendido: José Daniel Calderón Mora – María Isabel Calderón Mora

Procesados: Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo – Mónica Catalina Rivas Calle – Andrés David Gómez Pulla

Antecedentes.-

El día 11 de febrero de 2011, los alumnos de la escuela Espíritu de Sabiduría dirigidos por su profesor Guillermo Sánchez Arévalo, se dirigieron hasta el Cantón Girón cumpliendo una visita a la Victoria del Portete y a la casa de los Tratados para luego dirigirse al Chorro. Cuando llegan al parador turístico de El Chorro proceden a visitar la primera cascada para luego de bajar de aquella, dirigirse a la segunda. El menor José Daniel Calderón, sin que su maestro se percate, distanciado de sus compañeros resbala precipitosamente generándose una grave caída produciéndose su muerte.

El sector del Chorro es propiedad de la Municipalidad de Girón, es un sector turístico administrado por la empresa Allpacamac Tours cuya gerente es la acusada Mónica Rivas y como empleado el acusado Andrés Gómez; dicha empresa tiene vigente un convenio con la Municipalidad de Girón que contempla la obligación de proporcionar a los visitantes información necesaria, servicio de guías y señalización.

Ahora bien, dentro del plan curricular no se propuso como actividad la visita al Portete y a Girón, tampoco se presentó el plan de excursión a la Dirección Provincial de Educación de conformidad con el mandato contenido en el acuerdo Ministerial 4292 del 11 de septiembre de 1997.

Por otro lado, la División de Planeamiento de Seguridad para el Desarrollo de la Dirección de Educación no otorgó permiso al Centro Educativo Espíritu de Sabiduría, para realizar excursión, caminata o paseo alguno al sector El Chorro de Girón el día 11 de febrero de 2011.

Medios de Prueba. -

Como medios de prueba se presentaron los siguientes:

- a) Acuerdo ministerial que ha consecuencia de estos hechos se sanciona a la rectora del plantel Espíritu de Sabiduría con la suspensión de 90 días y la separación del plantel al profesor Guillermo Sánchez.
- b) Plan de recursos naturales de la Micro Cuenca El Chorro y su área.
- c) Parte policial suscrito por el policía Kevin Sanango sobre el levantamiento del cadáver.
- d) Informe de autopsia practicada por el perito doctor Jaime Pacheco Solano.
- e) Ticket del parador turístico El Chorro, válido para la entrada.
- f) Contrato de arrendamiento entre el Municipio de Girón y la compañía Allpacamac Tours de la hostería El Chorro.
- g) Fotografías obtenidas de la cámara que llevaba el niño en la que se lo observa en constante situación de riesgo

Testimonios.-

A continuación, presentamos cada uno de los testimonios:

- a) Sheila Mogrovejo, estudiante: manifestó que el 11 de febrero de 2011 salieron de Cuenca desde la escuela con el profesor Sánchez, llegaron al Portete luego a la casa de los Tratados, después al Chorro; el profesor dio indicaciones, fueron

al primer chorro, luego al segundo; cuando llegaron a la parte más baja José Daniel Calderón ya no estaba.

- b) Michel Castro, estudiante: expresó que en El Chorro les dieron información sobre los caminos, en inicio fueron a una primera cascada por un sendero que tenía letreros que indicaban la profundidad de la cascada.
- c) Doctor Jaime Pacheco, médico legista: sostuvo que la causa de la muerte es consecuencia de politraumatismos, hemorragia aguda, destrucción de centros vitales, no se encontró agua en los pulmones.
- d) Anderson Villarreal, policía: intervino como perito en la práctica del reconocimiento del lugar, emitió un informe donde constan fotografías del lugar partiendo del parador turístico El Chorro; al ingreso observó dos letreros preventivos, aproximadamente a quince minutos se encuentra la cascada El Chorro de 110 metros de altura, el día de la diligencia llovía fuertemente.
- e) Ítalo Jiménez, policía: indicó que en la parte baja se ubica el inmueble donde funciona la empresa Allpacamac Tours encargada de administrar el lugar. El acceso a la parte baja de la primera chorrera es un camino adecuado con graderío de tabla; para acceder a la parte alta de la primera chorrera y a la segunda chorrera se toma otro camino; en el trayecto a cien metros de distancia desde la vía principal se observó sobre un árbol un pedazo de tela de color morado, no se observaron otras señales ni letreros que adviertan peligros.
- f) Julio Castro, policía: autor del informe del reconocimiento del lugar, no observó letreros de información; en el lugar de inicio del Chorro no existe ningún obstáculo ni señales.
- g) Edgar Aguirre, ex administrador del parador turístico El Chorro: manifestó que se daban servicios a turistas, charlas sobre seguridad; colocó letreros informativos en los recorridos a las chorreras.

- h) Ruth Rosales, profesora: tiene a cargo actividades de turismo de las escuelas, el 11 de febrero visitó El Chorro con un grupo de alumnos de la escuela Hernán Cordero; se encontró por varias ocasiones con Guillermo Sánchez hacía el mismo recorrido con su grupo de alumnos, el clima en El Chorro es impredecible.
- i) Patricio Pesantez, integrante de la comisión investigadora: dicho funcionario trabaja en la Dirección de Educación en la División de Planeamiento para el Desarrollo, su dependencia es la encargada de otorgar permisos para la salida de los alumnos, el Centro Educativo Espíritu de Sabiduría no lo obtuvo.
- j) Diana Vera, madre de la estudiante Diana Serrano Vera: acompañó a su hija al lugar de los hechos, cuando fueron a la segunda cascada había una lluvia intermitente y un riachuelo que no representaba peligro alguno. El sendero recorrido no era peligroso estaba protegido por vegetación a ambos lados, el arroyo no representó ningún peligro, el agua ni siquiera llegaba a las rodillas.
- k) Ana Calderón, rectora del establecimiento educativo Espíritu de Sabiduría: sostiene que las visitas realizadas el 11 de febrero del 2011 constituyen actividades curriculares y por lo tanto no sujetas al permiso de la Dirección de Educación.
- l) Kevin Sanango, policía en tuno: acudió al llamado de auxilio en el sector El Chorro y observó a los bomberos aprestándose a llevar un cadáver, tomó contacto con el profesor y verificó que se trataba de su alumno.

Testimonio del Profesor Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo.-

El procesado manifiesta que el 11 de febrero del 2011 salió con los alumnos de séptimo de básica del Centro Educativo Espíritu de Sabiduría a cumplir las actividades previstas desde el inicio del año lectivo; las autoridades del plantel y padres de familia dieron su aceptación, se trataba de tres actividades académicas para visitar el Portete de Tarqui, la Casa de los Tratados y El Chorro en Girón.

Comenzaron el ascenso a la segunda cascada, siempre los adultos escoltando a los niños, llegaron al sitio en el que para continuar tenían que cruzar un arroyo en donde impartió una clase de ciencias naturales, continuaron a la segunda chorrera donde conocieron una toma de agua para potabilización; las instrucciones eran solamente para mayor precaución, cerca de llegar al carretero observó una ambulancia y dijeron que había ocurrido un percance es cuando se percata de que José Daniel Calderón no estaba; en un carro de la policía vio un bulto amarillo con el cadáver de su alumno, cabe recalcar que estas actividades las venía realizando desde hace nueve o diez años y jamás ocurrió algo parecido.

Testimonio del acusado Andrés David Gómez Pulla.-

El procesado trabaja para la empresa Allpacamac Tours en el parador turístico El Chorro, el día 11 de febrero del 2011 llegaron alumnos de la escuela Hernán Cordero Crespo, vendió los tickets correspondientes. Aproximadamente treinta minutos antes de su regreso la señora Mónica Rivas dijo que había escuchado gritos de auxilio, se dirigió a la cascada y se encontró con cuatro niños éstos dijeron que alguien había caído, pero no vio nada; llamó a los bomberos con quienes volvió a subir y vieron bajo el puente el cuerpo del niño.

La primera chorrera que forma una poza es peligrosa, el puente de la primera chorrera siempre pasa húmedo, desconoce de primeros auxilios ni ha sido capacitado como guía de turismo simplemente entregó tickets de ingreso al profesor; solía dar indicaciones a los visitantes y acompañarlos a la primera cascada más no a la segunda a donde han ido por cuenta propia donde en cuyo trayecto no existe señalización.

Testimonio de la procesada Mónica Catalina Rivas Calle.-

La acusada es representante de Allpacamac Tours, empresa que desde el año 2007 arrienda al Municipio de Girón el parador Turístico El Chorro las cabañas, canchas y el trayecto a la primera cascada exclusivamente. Cuando Allpacamac Tours se hizo cargo no existía ninguna señalización ni sendero definido, tuvieron que realizar actividades de conservación. El Municipio de Girón cuenta con recursos, pero solo hasta la primera cascada, hacia el sector de la segunda cascada la gente transita por cuenta propia.

El 11 de febrero del 2011 llegó una profesora con algunos niños a quienes dio las instrucciones necesarias, es lo que se suele hacer, los niños subieron hasta el mirador de la primera cascada ocupando las instalaciones de la hostería y las canchas.

También llegó una buseta con niños de otra escuela quienes fueron recibidos por Andrés Gómez, ellos visitaron la primera cascada sin ninguna novedad luego salieron a la segunda cascada sin dar ningún aviso, aunque esa área no le compete a su administración; a las 16:00 aproximadamente escuchó gritos de auxilio, Andrés Gómez acudió a ver lo sucedido se trataba de la caída de un niño.

Alegatos de la Defensa del Profesor Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo.-

El profesional manifiesta que la Fiscalía ha ido del causalismo al finalismo buscando algo en la doctrina, así inicialmente busca la culpa en el resultado, todos los actos implican riesgos; la teoría de la imputación objetiva considera la previsibilidad combinada con el riesgo permitido. Según los testimonios y las fotografías que se han exhibido no existió ningún peligro, no es verdad que el niño haya sido arrastrado por alguna corriente sobre el arroyo, ya que por el contrario el agua no iba más arriba de los tobillos.

A pesar del día lluvioso no puede considerarse que fue un riesgo, los otros dos acusados nada tienen que ver aquí; se busca responsabilidades a través de concausas por las cuales por ejemplo la responsabilidad por los accidentes de tránsito alcanzaría a los fabricantes de carros.

Si se alega que el arrastre del agua fue la causante de la caída, el médico que practicó la autopsia expresó que no había encontrado agua en los pulmones, la prueba permite deducir la inexistencia de negligencia e imprudencia, ni que se cumplan los presupuestos del artículo 14 del Código Penal.

Análisis del Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay.-

El Tribunal en cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal consideró:

- a) El artículo 459 del Código Penal manifiesta: *“Es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro”*. (Código Penal, 1971, pág. 217).

El tratamiento de la culpa dentro del Derecho Penal presenta mayores dificultades que en el caso del dolo, empezando por la conceptualización de la culpa que asumen los doctrinarios, pasando por el enfoque que asumen las legislaciones, en unos casos sin preverla, otras incluyéndola sólo en la parte general y otras tratándola tanto en la parte general como en la especial, esta última modalidad es la que ha adoptado el Código Penal ecuatoriano, así encontramos que el artículo 14 del Código Penal expresa:

“La infracción es dolosa y culposa. La infracción dolosa es aquella en que hay el designio de causar daño, es intencional, cuando el acontecimiento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción o de la omisión de que la ley hace depender la existencia de la infracción, fue previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión; y, la infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de la ley, reglamentos u órdenes.” (Código Penal, 1971, pág. 7).

En la parte especial se ubica el artículo 459 del Código Penal que describe el delito de homicidio inintencional conforme se transcribió anteriormente. Los dos artículos incluyen la expresión previsibilidad por lo que podría pensarse que en el artículo 459 no estarían incluidas la negligencia, la imprudencia y la impericia que describe el artículo 14, empero la forma comisiva del homicidio culposo referido a la falta de precaución que menciona el artículo 459 incluye falta de diligencia, prudencia, pericia. La estructura del delito culposo es acorde con los demás tipos penales, está integrado por tipicidad, antijuridicidad y atribuibilidad.

- b) Para verificar las causas encontramos el testimonio del perito Doctor Jaime Pacheco, quien dice haber practicado la autopsia de ley al menor José Daniel Calderón, concluyendo que la muerte se debió a una hemorragia aguda, producida por una caída tipo precipitación.
- c) En lo relacionado con la responsabilidad de los acusados Andrés Gómez y Mónica Rivas, la atribuibilidad del hecho encontró coincidencia con la conducta del acusado Sánchez, no así en los otros dos acusados quienes no tienen responsabilidad alguna.

Resolución.-

El Tribunal resolvió declarar la culpabilidad al profesor Guillermo Sánchez por considerarlo autor responsable del delito tipificado en el artículo 459 del Código Penal y sancionado en el artículo 460 del mismo Código, así mismo se declaró el estado de inocencia de los ciudadanos Andrés Gómez y Mónica Rivas.

En consideración a las atenuantes justificadas del artículo 29 numerales 6 y 7 y de conformidad con el artículo 73 del Código Penal, se reduce la pena a seis meses de prisión y seis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del Código Penal; fueron suspendidos los derechos de ciudadanía del sentenciado por el tiempo de duración de la condena.

Recurso de Apelación presentado ante la Corte Provincial de Justicia Del Azuay, Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito.-

El recurso de apelación se interpone de la sentencia dictada por el Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay alegando la culpabilidad del profesor Guillermo Sánchez Arévalo previo al delito señalado en el artículo 459 del Código Penal y sancionado por el artículo 460 ibídem y el estado de inocencia de los acusados Mónica Rivas y Andrés Gómez.

Por otra parte, el procesado Guillermo Sánchez interpone recurso de apelación, del mismo la acusadora particular María Isabel Calderón en lo relacionado a la declaratoria de inocencia de Mónica Rivas y Andrés Gómez, como también respecto a la parte resolutive del fallo, respecto al pago de daños y perjuicios por parte del acusado principal.

Alegatos.-

El Dr. Nelson Montesinos a nombre de su defendido Andrés Gómez expresa, ante la acusación por homicidio inintencional al no dar las indicaciones debidas al grupo de estudiantes que visitan aquel lugar el 11 de febrero del 2011, el referido defensor sostiene que la acusación particular debió probar 3 aspectos:

- 1) Que indicaciones eran las que debía hacer el acusado.
- 2) Existencia del nexo causal.
- 3) Fuente jurídica de donde emana aquella obligación de auxiliar a los turistas.

Del mismo modo el defensor de la procesada Mónica Rivas sostuvo, tanto la Fiscalía como la acusación particular con las pruebas testimoniales y documentales presentadas en la audiencia de juicio no han podido demostrar la responsabilidad pidiendo así se deseche los recursos interpuestos.

Por otro lado, el defensor del profesor Guillermo Sánchez expresa, no se ha demostrado la culpabilidad de su defendido en consecuencia no cabe ni siquiera pronunciarse en cuanto a las indemnizaciones a que hubiere lugar. El artículo 450 nos habla del homicidio inintencional el mismo no se cumple, solicita que se actúe en base la imputación objetiva; la conducta del profesor Sánchez de ninguna manera se adecúa a la disposición del artículo 459, pide se revea la sentencia que se ha apelado y se confirme la inocencia del profesor Sánchez.

Resolución.-

La Sala al existir un voto de minoría, resuelve que se comprobó tanto la existencia material de la infracción como la responsabilidad del procesado Guillermo Sánchez, no así en cuanto a los acusados Mónica Rivas y Andrés Gómez por el cual se desechó íntegramente los recursos interpuestos por el Señor representante de la Fiscalía General del Estado y de la acusadora particular en relación a la inocencia ratificada a su favor por el Tribunal A quo, confirmando en esa parte la sentencia absolutoria emitida en beneficio de los ciudadanos Mónica Rivas y Andrés Gómez y, consiguientemente, su inocencia.

Se desechó igualmente el recurso de apelación interpuesto por el acusado Guillermo Sánchez y se confirmó la sentencia condenatoria dictada en su contra reformándola en cuanto a la pena impuesta sancionándolo con la pena de prisión de seis meses y en consideración a las atenuantes demostradas se la rebaja a la pena de prisión de tres meses. De igual forma se desechó el recurso planteado por la acusadora particular respecto al monto de los daños y perjuicios establecidos a su favor por el inferior y se confirma totalmente la indemnización que por tal concepto el Tribunal A quo le impuso al acusado.

En relación al voto salvado, la situación jurídica de los señores Mónica Rivas y Andrés Gómez desecha los recursos de apelación y consecuentemente confirma la sentencia de primera instancia; en tanto que en relación a la situación jurídica del profesor Sánchez, acepta el recurso de apelación, revoca la sentencia del inferior y confirma su inocencia.

Recurso de Casación interpuesto ante la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia.-

El recurso de casación viene dado por la disconformidad de la resolución del tribunal de segunda instancia, se alega que la conducta del profesor Guillermo Sánchez Arévalo no subsume en el delito culposo por el cual se sanciona, se expresa la errónea posición del Fiscal al ligar su conducta con la inobservancia de la ley, reglamento u orden.

Recuento de lo Sucedido.-

La primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay confirma el fallo dictado por el Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay que reconoce el estado de inocencia de los acusados Mónica Rivas y Andrés Gómez además la revoca en cuanto al profesor Guillermo Sánchez Arévalo.

En base a los antecedentes relatados, el Segundo Tribunal de Garantías Penales, receptando varios medios de prueba de cargo y descargo dictaron sentencia condenatoria en contra del procesado Sánchez como autor responsable del delito tipificado en el artículo 459 y sancionado con el artículo 450 del mismo Código, así como al pago de daños y perjuicios; de otro lado se declaró el estado de inocencia a los ciudadanos Mónica Rivas y Andrés Gómez.

La acusación particular y el procesado Guillermo Sánchez, interponen recurso de apelación cuyo conocimiento lo llevó la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, misma que emite sentencia y desecha íntegramente los recursos interpuestos por el representante de la Fiscalía General del Estado y de la acusación particular confirmando sentencia absolutoria a favor de los acusados Mónica Rivas y Andrés Gómez.

Así mismo del recurso de apelación interpuesto por el procesado Guillermo Sánchez se confirma la sentencia condenatoria reformándola en cuanto a la pena impuesta y en cuanto a las atenuantes se la rebaja a tres meses de prisión.

Análisis de la Sala.-

Si bien el recurso de casación es un recurso que corrige los errores de Derecho en que pudiera incurrir el Tribunal Provincial los puntos en los que hace referencia la Sala Especializada de la Corte Nacional son:

- a) En relación a la impugnación hecha por la acusación particular se establece que la recurrente no justifica las causales dispuestas en el artículo 349 del código adjetivo penal, limitándose a solicitar el aumento del monto de los daños y perjuicios siendo una solicitud improcedente.

- b) Sin bien existe la materialidad de la infracción como es la muerte del menor, la conducta del procesado no se encuadra en el delito que se le imputa, ya que su actuar no fue culposo, el docente actuó con precaución y el debido cuidado al llevar a los estudiantes al lugar donde se produjo el hecho acompañado de varios padres de familia.
- c) Al existir errónea aplicación del artículo 459 del Código Penal, la muerte es fruto del infortunio, la fatalidad y el riesgo que asumió la víctima al salirse del sendero establecido, el fallecimiento del menor no fue provocado por la conducta descuidada o negligente del profesor ya que si bien el lugar es un sitio turístico pues acudir al mismo ya implica un riesgo permitido.
- d) La teoría de la imputación objetiva sostiene que todas las actividades humanas implican riesgos llamados riesgos permitidos, el deber de cuidado no es ni puede ser ilimitado, si bien existe el deber de autoprotección de la víctima, éste, no cumplió con las indicaciones impartidas por parte del profesor.
- e) El docente actuó con responsabilidad debida cumpliendo los niveles de cuidado al tener experiencia por haberlo hecho en varias ocasiones concurriendo al mismo lugar con diferentes grupos de estudiantes. Las instrucciones fueron obedecidas por la mayoría de sus alumnos, pero que fueron inobservadas por la víctima quien por su propia voluntad sin dar aviso alguno se salió del camino cayendo al abismo.
- f) José Daniel Calderón incremento su riesgo desatendiendo sus propios deberes de cuidado y autoprotección, ante ello se busca responsabilizar equivocadamente a través de concausas lo que no es aplicable en los delitos culposos; el desvalor de la acción se lo analiza desde la acción misma que produce el resultado.

Resolución.-

La Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal declara por unanimidad improcedente el recurso de casación planteado por la acusadora particular María Isabel Calderón.

Respecto al recurso de casación propuesto por el acusado Guillermo Sánchez la sala casa la sentencia recurrida por la indebida aplicación de los artículos 459 y 460 del Código Penal y se declara el estado de inocencia de Guillermo Sánchez Arévalo dejando sin efecto la sentencia impugnada; se levantaron todas las medidas cautelares que existieron en su contra.

Opinión Personal.-

En ocasiones acudimos a la justicia esperando que se actúe de la forma más correcta intentando recibir una respuesta acorde a nuestra pretensión, pretensiones que en muchos de los casos salen de lo lógico y caen en lo absurdo, intentando buscar convencimientos en el juzgador, más sin embargo estos presupuestos resultan ser ajenos a la verdad.

Un error judicial nos puede llevar al agotamiento de todas las instancias aun cuando en un primer momento se pudiese desvirtuar lo incoherente. No se trata de buscar culpables ni mucho menos dejar a salvo a partícipes de una escena, tampoco de cuestionar teorías propias de los administradores de justicia, lo que se busca es convertirse en crítico de situaciones que nos interesan a todos los miembros del grupo social.

Esta es la historia de José Daniel Calderón, un niño de 12 años quien perdió la vida al caer a un abismo mientras acudía a una visita ecológica junto a su profesor y sus compañeros de clase. Los hechos como es normal se basan en actos, lo cual fue muy propio de la víctima quien decidió separarse del grupo e intentar descubrir nuevas sorpresas sin imaginar que aquello lo llevaría a la muerte.

Si bien nuestro estudio jurídico enlaza el deber objetivo de cuidado con la falta de señalización en procesos constructivos, no es menos cierto que en el caso que lo detallamos uno de los aspectos donde más se hizo énfasis fue en la inexistencia de señalización en zonas de alta peligrosidad, como lo fueron abismos y lugares húmedos que en definitiva afectaron la integridad del adolescente.

La señalización no es otra cosa que un sistema de estímulos que ayudan al manejo de las relaciones diarias, sin duda que una zona de peligro debe incluir todas las señales posibles evitando el perjuicio en el patrimonio del ser humano. El caso deja muchas cosas para el análisis, así en un inicio al profesor se le imputa de homicidio inintencional por la falta de previsión o precaución invocando lo descrito en el artículo 459 del derogado Código Penal, éste por ningún motivo debió ser interpretado por ende la decisión de la Corte Nacional en casar un recurso que llevaba la declaratoria de condena.

Los jueces de primera instancia declaran la culpabilidad del profesor argumentando para ello el artículo 14 del Código Penal que expresa: *“Es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro”*. (Código Penal, 1971, pág. 217). Sin embargo aquella falta de previsión o precaución nunca existió debido a que el profesor dio las indicaciones con antelación al hecho sucedido; así mismo declaran la inocencia de los procesados Mónica Rivas y Andrés Gómez como administradores de la empresa de turismo, que por ningún motivo debieron ser procesados, si bien existió falta de señalización en las trayectos, rutas y senderos, la muerte se ocasiona en base a la decisión del adolescente en alejarse de sus compañeros para consecuentemente caer al abismo.

El docente interpone su queja mediante el recurso de apelación, recurso que la Sala de la Corte Provincial por voto de mayoría y ante la observación de pruebas, alegatos y más decide confirmar la culpabilidad al profesor, así como el estado de inocencia de los administradores de la mencionada empresa. Por otro lado, mediante voto salvado se declara la inocencia del profesor ante la muerte del menor, ya que a opinión de este juzgador el menor actuó con voluntad propia al separarse del grupo.

Cabe decir que el profesor es acusado de culpa y por ende imputado bajo el delito de homicidio inintencional, según el artículo 459 del antiguo Código Penal, la Corte Provincial establece que la falta de precaución y previsión del docente hacia su alumno llevó a la muerte del menor, pero lo que la Corte olvida es que el deber objetivo de cuidado tiene como elementos el riesgo permitido y el incremento del riesgo, en el caso que nos atañe el menor aumento el riesgo alejándose del sitio ecológico situación que libera de cualquier clase de culpa al docente.

El proceso de responsabilidad penal llega a instancias de Corte Nacional donde los jueces y en valoración a peritajes, reconocimientos, informes de autopsia, casan la sentencia y declaran la inocencia del profesor Sánchez aludiendo que efectivamente existió la materialidad de la infracción, pero que no se le puede imputar el delito de homicidio inintencional al verificarse que su actuar no fue por ningún motivo culposos.

La Sala máxima expresó que el acontecimiento que provocó la muerte del menor se debe al riesgo que el estudiante asumió al separarse del sendero por donde transitaban sus compañeros, riesgo que es propio de una zona de alta peligrosidad al existir abismos. El aspecto que provocó el análisis en la Sala fue la teoría de la imputación objetiva, que como se dijo es creada para regular las diversas actividades que se presentan en sociedad, el nexo entre la acción y el resultado es de imperiosa necesidad para la determinación de una responsabilidad, a más de aquella relación que debe existir entre la causalidad y el riesgo permitido para consecuentemente obtener una determinación.

La visita al parador turístico sin duda marca un riesgo permitido, de esta forma un accionar que permita lo antijurídico se lo analizará si ese riesgo encaja en lo denominado no permitido; nos referimos entonces a las conductas que sobrepasan el límite del riesgo permitido, tal como sucedió con el actuar del adolescente que vulneró sus deberes de autoprotección.

Al referirnos al delito de homicidio inintencional que fue impuesto al profesor se debe partir de la falta de cuidado, situación mediante la cual nunca existió por parte del docente por las indicaciones que éste dio a su alumnado antes del recorrido por la zona ecológica; una conducta humana entonces será fruto de una imputación si esta ha sobrepasado los límites del riesgo permitido.

La Sala incluyó el criterio de querer responsabilizar a través de concausas de lo que verdaderamente no es aplicable en los delitos culposos, sostuvo además que la solicitud es improcedente respecto al reclamo de los daños y perjuicios, la indebida aplicación en la que incurrió el tribunal de primera instancia y por ende la declaratoria del estado de inocencia al profesor Sánchez.

Finalmente, la señalización se la debe implementar no solo por mandato reglamentario sino buscando garantizar la integridad del ser humano, se la deberá incluir en todos los espacios físicos y no esperar a que sucedan accidentes que cieguen la vida de las personas para tomar las medidas necesarias.

Si bien la zona ecológica es un lugar turístico la mismo debió contar con todas las señalizaciones posibles para hacer de este un lugar seguro. Las señales son importantes como la vida misma, Guillermo Cabanellas ante ello sostiene, señal es: “*Aviso o citación para acudir a un lugar o hacer algo*”, (Cabanellas de Torres, 2003, pág. 363) todas estas particularidades se las debe implementar con una sola función que es la de evitar perjuicios en las personas.

CONCLUSIONES

El actuar profesional implica una gran responsabilidad por ende se deberán tomar las medidas necesarias para evitar transgresiones. Si bien el estudio del deber objetivo de cuidado frente a la falta de señalización en obras de construcción implica el análisis de una serie de elementos, al finalizar el presente trabajo de investigación incluimos las siguientes conclusiones:

- a) Es a través del Deber Objetivo de Cuidado donde se marca la ruta para la descripción de conductas que puede ser o no reprochadas por el Derecho Penal, su violación como es normal trae consecuencias típicas que deberán ser sancionadas con verificación de la concurrencia de los diferentes medios.
- b) Si bien la teoría de la culpa se da por violación al Deber Objetivo de Cuidado, la inobservancia de las normas de señalización de igual forma marcan el inicio para la determinación de una conducta antijurídica que es reprochada por el Sistema Penal, aquellas violaciones a dichos deberes de cuidado a más de ser contrarios a Derecho deberán crear un riesgo prohibido o incrementar el ya existente.
- c) El deber de cuidado y la producción del resultado típico estarán estrictamente ligados por una relación de causalidad, por ende, para su configuración no basta la producción del resultado típico, se requiere también la vulneración de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, lex artis, etc.

En observancia a los Reglamentos, el Reglamento de Seguridad y Salud para la Construcción y Obras Públicas y el Reglamento de Seguridad y Salud de los Trabajadores y Mejoramiento del Medio Ambiente de Trabajo, incorporan el uso de la señalización pero que el agente los omite generando el detrimento en la salud de las personas.

- d) Las obras de construcción incluyen procesos de edificación, modificación o demolición, por ende, las condiciones de seguridad en señalización dependerán también de las personas que trabajan en conjunto con un solo objetivo que es la prevención de accidentes, buscando garantizar la salud e integridad del ser humano.

- e) La inobservancia a las medidas de señalización expuestas en los diferentes Reglamentos de seguridad, vulnera el Deber Objetivo de Cuidado responsabilizando al profesional de posibles sanciones, ante ello el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 146 al hablar del homicidio culposo por mala práctica profesional, incluye la pena privativa de libertad de uno a tres años si se produce la muerte de una persona, la inhabilitación para ejercer su profesión e incluye pena de hasta cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas o ilegítimas, quedando la potestad al juzgador de imponer las sanciones que más se ajusten al hecho producido.

- f) Nuestra Constitución en su artículo 54 incorpora la responsabilidad profesional, es aquí donde el profesional de la construcción llámese arquitecto, ingeniero, etc., al no establecer las señalizaciones que el Ordenamiento Jurídico dispone, será responsable por vulnerar el Deber Objetivo de Cuidado.

RECOMENDACIONES

La señalización es de orden primordial por ende una obra en construcción que no cuente con las señalizaciones originará la vulneración del Deber Objetivo de Cuidado a más de la afectación a los bienes jurídicos protegidos. La lesión a dichos bienes es una característica que nos importa a todos los miembros del conglomerado social, del mismo modo una correcta descripción del tipo en proyectos de señalización servirá como determinación de las conductas negligentes por parte del profesional que nuestra ley no las incorpora.

Al existir sanción penal para las conductas que originan la muerte del ser humano, sugerimos mayor reglamentación sancionatoria en lo que a señalética corresponde, se debe incorporar sanciones proporcionales al daño ocasionado por la falta de señalización que nuestra legislación no las describe, todo ello en busca de erradicar la falta de cuidado por parte del profesional negligente.

Si bien el numeral 2 del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, hace alusión a la inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión como elementos para la determinación de la infracción al Deber Objetivo de Cuidado, no es del todo necesario ya que en muchos de los casos dichos Reglamentos a los que nuestra ley hace referencia no incluye aspectos como lo relacionado a la falta de señalización donde el ser humano puede verse afectado física, social y psicológicamente.

Es mi deseo que los profesionales no solo de la construcción sino en general tengan mejores conocimientos del significado de los deberes de cuidado, de especial forma al Deber Objetivo de Cuidado y de aquellas disposiciones respecto al manejo de la señalización que si bien nuestra ley no las describe de la forma más correcta dichas reglamentaciones sean revisadas con anterioridad para el correcto manejo de las actividades profesionales. Así mismo la inclusión de una normativa acorde al desarrollo moderno que presenta nuestra sociedad en lo referente a parámetros de señalización, evitando la puesta en peligro en la integridad del ser humano por producirse acciones en base a conductas impropias del agente, sea por negligencia, imprudencia o impericia.

BIBLIOGRAFÍA

(s.f.). Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/21.pdf>

Código Penal. (22 de 01 de 1971). Quito, Pichincha, Ecuador.

Alava Rosales, A. P. (06 de 2012). Implementación de Señalética para la Orientación y Dirección del Turismo Interno y Externo en las Cascadas del Cantón Naranjal de la Provincia del Guayas. Guayaquil, Guayas, Ecuador.

Bacigaluo Z., E. (1989). *Manual de Derecho Penal*. Sante Fe, Colombia: Temis.

Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal Parte General* (Segunda ed.). (J. L. Depalma, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

Borjas Calderón, K. A. (s.f.). *Derecho Penal online*. Recuperado el 10 de 03 de 2016, de [Derecho Penal online: http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,478,0,0,1,0](http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,478,0,0,1,0)

Cabanellas de Torres, G. (2003). *Diccionario Jurídico Elemental*. 16ª. Heliastra S. R. L.

Codes, E. d. (s.f.). *Imprudencia y Error*.

Colombo, I. A. (1947). *Culpa Aquiliana*. Segunda. Buenos Aires, Argentina: Tipográfica Editora Argentina.

Correa Delgado, E. R. (25 de 08 de 2014). *Manuales, Protocolos, Instructivos y Formatos del Sistema Especializado Integral de Investigación, Medicina legal y Ciencias Forenses*. Quito, Pichincha, Ecuador.

Costa, J. (1987). *Señalética*. (J. Menal, Ed.) Barcelona, España: CEAC S. A.

Donna, E. A. (1999). *Derecho Penal, Parte Especial Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal - Culzoni.

Ec. Rafael Correa Delgado, R. O. (10 de 1 de 2008). *Reglamento de Seguridad y Salud para la Construcción y Obras Públicas*. Quito, Pichincha, Ecuador.

Fontan Balestra, C. (1998). *Derecho Penal, Introducción y Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

- Francesco, A. (1960). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Uteha.
- Leon Febres - Cordero Ribadeneyra Registro Oficial No.249, F. 3. (17 de 11 de 1986). Reglamento de Seguridad y Salud de los Trabajadores y Mejoramiento del Medio Ambiente de Trabajo. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Londres, U. d. (s.f.). Diseño de Sistema de Señalización y Señalética, Bloque Avanzado,. 145. (L. e. Lic. Rafael Quintana Orozco, Recopilador)
- Márquez Piñero, R. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. Distrito Federal, Mexico: Trillas.
- Maurach, R. (1994). *Derecho Penal, Parte General, Teoría General del Delito y Estructura del Hecho Punible*. Buenos Aires, Argentina: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Muñoz Conde, F. (2002). *Teoría General del Delito* (Reimpresión de la segunda edición ed.). Bogota, Colombia: Temis S.A.
- Nacional, A. (20 de 11 de 1970). Código Civil. *Primera*. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Nacional, A. (20 de 10 de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Nacional, A. (10 de 2 de 2014). Código Orgánico Integral Penal. *Primera*. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (s.f.). *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*.
- Plascencia Villanueva, R. (2004). *Teoría del Delito* . Ciudad de Mexico, Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito* (Segunda ed.). (M. D. Diego Manuel Luzon Peña, Trad.) Madrid, España: Civitas.
- Villavicencio Terreros, F. A. (2006). *Derecho Penal Parte General* (Primera ed.). Lima, Peru: Editora Juridica Grijley.

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Parte General* (12^a ed.). (R. Depalma, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Welzel, H. (1987). *Derecho Penal Aleman, Parte General* (12^a ed.). (J. B. Pérez, Trad.) Santiago , Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal, Parte General* (Segunda ed.). Buenos Aires, Argentina.

Zambrano Pasquel, A. (1998). *Manual de Dereho Penal*. Edino.