

# CONCURRENCIA DE CULPAS O CONCURRENCIA DE RIESGOS

por

Beatriz Scapusio Minvielle y Lina Fernández Lembo

## 1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal del tránsito tiene la peculiaridad de enfrentarnos con una problemática inherente al hombre común y corriente, quien encuentra en este campo, mayores oportunidades para realizar una conducta desviada. Este tipo de delito, en consecuencia, no aparece como algo aislado –privativo de determinados grupos o personas–, sino como un fenómeno social general.

Existe una especial fenomenología del tránsito en la que se entrecruzan los caracteres particulares y las diversidades estructurales de cada sujeto en el escenario de un fenómeno masivo de relaciones humanas sin vínculos interpersonales de solidaridad. Se opera, además, la paradoja de que algunas características estimuladas socialmente, tales como el espíritu de competencia, la rapidez en las decisiones y la calidad de los vehículos involucrados, se encuentran justamente en la génesis de las conductas transgresoras generadoras de accidentes.

Previamente a la consagración de un sistema de soluciones, se vuelve necesario definir qué modelo de sociedad y de persecución penal en concreto se busca propender con las alternativas a adoptar.

Aparece la opción político criminal de una sociedad autoritaria, represiva y moralizante, con un Derecho Penal retributivo, intimidatorio de la seguridad por una parte, o bien el modelo contrapuesto –acorde con un sistema moderno–, democrático, de respeto a la persona humana y basado en la responsabilidad social <sup>(1)</sup>

Un Derecho Penal que pretenda además ser eficaz, deberá tener en cuenta las limitaciones propias inherentes a la materia a regular, incorporando una visión crítica de las responsabilidades que a cada uno de los partícipes –incluida la sociedad en su conjunto–, le cabe en referencia a estos hechos.

La idea medular consiste en comprender que la misión esencial del Derecho Penal aplicable al tráfico no es ordenar actividades o esferas generales de las relaciones sociales. Ello será campo específico de otras especialidades como el derecho administrativo o disciplinario.

Por el contrario, lo que se intenta proteger en forma selectiva son bienes jurídicos esenciales, quedando así de manifiesto el carácter de *última ratio* de esta rama del Derecho.

Se concluye así que no es admisible un Derecho Penal de orden que tienda a la mera protección de intereses civiles y pecuniarios.

---

(1) Cf.: BUSTOS RAMÍREZ, J.: Control Social y Sistema Penal, PPU, Barcelona, 1987, pág. 563.

Las legislaciones latinoamericanas en general y nuestro Código Penal en particular no se ocupan específicamente de los problemas en esta área <sup>(2)</sup>

En nuestro derecho contamos con dificultades adicionales al momento de aplicar los tipos penales concretos más frecuentes, como podrían ser el tipo del “homicidio culpable” contenido en el artículo 314 del Código Penal, o el delito de “lesiones culpables” previsto en el artículo 321. Ambas figuras tienen en común el hecho de no contener una descripción típica precisa en la conducta homicida o lesiva culpable, sino que remiten a la descripción legal contenida en las previsiones de las formas dolosas.

Ello plantea una hipótesis de remisiones plurales. En efecto, la determinación que reclama el juicio de tipicidad habrá de integrar las peculiaridades de la situación culposa con los textos descriptivos contenidos en otras disposiciones.

A la par, al momento de analizar el tipo subjetivo deberá recurrirse a las previsiones del artículo 18. Este último, a su vez, remite a conceptos tales como “... violación de leyes o reglamentos”.

Esa pluralidad de remisiones normativas que destacamos aproximan la técnica legislativa utilizada a la de los denominados “tipos abiertos”, en los que la prohibición no se encuentra explicitada con claridad en el tipo penal concreto aplicable.

Parece entonces evidente que este panorama reclama un esfuerzo interpretativo orientado conforme a los fines del Derecho para determinar las soluciones más correctas a problemáticas que se han desarrollado con posterioridad a la sanción de nuestro Código vigente.

De ello dependerá que la fuerza de la ley pueda desplegar su eficacia en el sentido reclamado constitucionalmente.

## 2. CONCURRENCIA DE CULPAS EN NUESTRO SISTEMA

Ha sido una máxima repetida por nuestra jurisprudencia y doctrina, aquella que indica que “no existe compensación de culpas en materia penal”.

Esta afirmación adquiere especial trascendencia en torno a la consideración de los delitos culposos cometidos en el marco de la circulación vial.

En innumerables fallos y en forma unánime se ha restado trascendencia exculpatoria en hipótesis en las que se verifica también una conducta imprudente por parte de la víctima, remitiéndose los Tribunales a dicha máxima.

Se señala que “... el hecho de que las víctimas (tres mujeres arrolladas por el vehículo conducido por el procesado, que murieron a raíz del hecho) pretendieron efectuar el cruce de la principal calle de Montevideo en dos etapas, quedando estacionadas en el centro de la calzada, con ser calificado de muy imprudente, no disminuye el juicio negativo respecto del reo. Obvio resulta recordar que no existe compensación de culpas en derecho penal (art. 59

---

(2) La única referencia en nuestros textos legales está incluida dentro del Libro III del Código Penal, en el art. 365 nral. 6° que prevé una contravención contra la integridad física: “... el que en lugar de tránsito público condujere animales o vehículos en velocidad excesiva o prohibida por las ordenanzas...”.

inc. 1º CP) y que, por ende, la severidad del juicio acriminatorio deriva del propio hecho del encausado” (3).

En idéntico sentido: “... aun cuando hubiere concurrido culpa de la víctima, no podría compensarse con la del imputado, ya que no existe compensación de culpas en materia penal. Es decir que la responsabilidad del agente no desaparece por el hecho de que la víctima, en mayor o menor grado, haya contribuido con su culpa a la producción del resultado dañoso. Y salvo que se pruebe que dicho resultado fue determinado por culpa exclusiva de la víctima, la responsabilidad del acusado se mantiene, sin perjuicio de que la culpabilidad de la víctima sea tenida en cuenta al individualizar la pena” (4).

Esta tendencia jurisprudencial se viene repitiendo en forma constante. Así más recientemente: “... aun cuando pueda argüirse una eventual concurrencia de responsabilidad en la generación del infortunio por parte de la propia víctima, ello no es óbice para ratificar el procesamiento, por cuanto no existe compensación de culpas en materia penal”, así también: “Como se ha dicho repetidamente, las culpas en materia penal, no se compensan... y en el caso concreto, a velocidad por encima de la normal o permitida en el lugar, sin extremar las precauciones de rigor... determinó causalmente que el accidente que pudo evitarse, se produjese, por una imprudencia importante del encausado que en rigor, en la emergencia, no puede invocar la culpa ajena a efectos de borrar la propia en el siniestro de tránsito ocurrido” (5).

De los fallos anteriormente expuestos pueden extraerse algunas tendencias que merecen ser analizadas.

En primer término se alude, como fundamento de la tajante afirmación, a la disposición contenida en el artículo 59 del Código Penal, que establece en su inciso 2º: “En los delitos culpables cada uno responde de su propio hecho”.

Consideramos que la norma de marras no es aplicable a los supuestos a los que se ha referido. Asimismo, aparecen no siempre bien deslindados dos ámbitos conceptualmente diversos: el de la coparticipación en los delitos culposos y el de la delimitación de la incidencia de la actividad imprudente de la víctima en torno a un resultado lesivo sobreviniente, en un curso causal complejo.

La afirmación de inaplicabilidad halla sustento, en primer término, en la ubicación sistemática de la disposición colocada en el capítulo que regula: “Del concurso de delinquentes” (Capítulo II del Título IV), lo cual es coherente absolutamente con el inciso anterior que establece: “Son responsables del delito, además del autor todos los que concurren intencionalmente a su ejecución, fuere como autores, fuere como cómplices”. Es obvio que la hipótesis de coparticipación supone una intención final de ejecutar un delito en común. El

---

(3) Sentencia N° 4/75 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er. Turno. Balbela (rcd), Bolani, Tommasino, publicada en “Anuario de Derecho Penal Uruguayo”, T. II, FCU, 1978.

(4) Sentencia N° 373/76 del Juzgado Letrado en lo Penal de 1er. Turno, Chiara, en: “Anuario de Derecho Penal Uruguayo”, T. III, FCU, Montevideo, 1979, pág. 24.

(5) Sentencias N° 109/89 del TAP de 3er. Turno, Percyra Manelli (r), Borges, Panizza y N° 198/91 del TAF de 3er. Turno, Panizza (r), Percyra Manelli Borges, en: “Revista de Derecho Penal” N° 9, FCU, Montevideo, 1992, pág. 188 y “Revista de Derecho Penal” N° 10, FCU, Montevideo, 1995, pág. 122.

segundo inciso viene a resolver a texto expreso las dudas que otros ordenamientos suscitaron al legislador <sup>(6)</sup>.

La situación de interacción de conductas que se encuentra en la consagración de un tipo penal, nos indica que la víctima en ningún caso puede ser equiparada a un copartícipe delictual.

Concurso de delincuentes, concurso de culpas y concurso de cursos causales son cosas muy diversas a nuestro entender.

En segundo término, tampoco los temas generalmente analizados pueden ser considerados como problemas de “compensación o concurrencia de culpas”.

La cuestión no se reduce a lo meramente terminológico sino que de ello pueden inferirse coordenadas metodológicas.

En efecto, el instituto del concurso de delincuentes es un dispositivo amplificador, siendo su análisis pertinente en el nivel de la tipicidad. Nada tiene que ver con otros niveles en los que sí corresponde valorar conceptos normativos equivalentes.

Dicho de otro modo, la disposición contenida en el inc. 2° del art. 59 refiere a responsabilidad por el propio “hecho”. Este último término, en nuestra opinión, no puede equipararse en su contenido a la idea de un resultado. En todo caso, víctima y agente sólo comparten en cierta forma, por accidente, una situación de interacción en roles no equiparables al de los partícipes.

Las consideraciones precedentes tal vez se emparenten con otro aspecto que aparece como subyacente en los fallos reseñados y que consiste en un análisis de los hechos centrado en un prisma causal naturalista, equiparando causación con responsabilidad.

Como hemos visto, la Jurisprudencia tiende a excluir la compensación de culpas, sin embargo, analiza tangencialmente en algunos supuestos, la concurrencia de conductas. Se desplaza de esta manera el problema al campo propio de la causalidad, en aquellos supuestos en que no sólo el encausado se ha comportado imprudentemente, sino también la víctima.

La aportación causal de cada una de las conductas al resultado se considera relevante, a lo sumo, para atenuar la pena, aún cuando no se expliciten los fundamentos dogmáticos de tal solución.

La consideración conjunta de factores causales a la luz de conceptos como la compensación de culpas, demuestra de manera palmaria lo anclada que está la Jurisprudencia en el “dogma causal”.

Se intenta ofrecer así soluciones a problemas eminentemente axiológicos mediante una categoría –la causalidad–, que por su propia naturaleza es inviable para tal cometido <sup>(7)</sup>.

---

(6) Así el art. 113 ap. 1° del Código Rocco e interpretaciones de Antolisci F. en “Manual de Derecho Penal”, Parte General, Temis, Bogotá, 1988, págs. 406 y 418 y Maggiore, G., en: “Derecho Penal”, Editorial Temis, Bogotá, 1954, T. I, págs. 139 y 140.

(7) La jurisprudencia publicada en: “Revista de Derecho Penal”, N° 9, Op. Cit., págs. 78 y 79, caso N° 200, 202, 203 y 204 resulta ilustrativa de esta tendencia que marcamos. Así se considera que la conducta imprudente del sujeto pasivo no interrumpe el nexo de causalidad cuando el evento deriva de una conducta ilícita o que la intervención de la víctima no quita valor a la relación hecho-resultado, porque subjetivamente existen acciones imprudentes y objetivamente, relación causal entre conducta y resultado.

En la determinación del nexo que debe vincular la conducta imprudente con el resultado, también se acude usualmente a un criterio causal <sup>(8)</sup>.

Una de nuestras discrepancias con el recurso a los criterios referidos se centra en que la supuesta eficacia causal es un dato que será objeto de constatación judicial, a verificarse con posterioridad al insuceso.

En cambio, en la apreciación de los elementos determinantes de la imprudencia, han de tenerse en cuenta datos normativos que tienen que ver con la perspectiva ex-ante, vinculada con la razón de ser y de aplicar el tipo penal culposo.

El panorama doctrinario y jurisprudencial aparece entonces unitario en nuestro país en sus soluciones y fundamentación. Sólo se admite la exclusión de responsabilidad del agente, cuando la conducta imprudente de la víctima es de tal entidad que permite considerarla como el único curso causal prevaleciente y determinante en torno al resultado <sup>(9)</sup>.

### 3. SOLUCIONES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO COMPARADO

Los casos sometidos tradicionalmente al análisis presentan en común la característica de que en la producción de la lesión, ha influido junto con la actividad del agente otra condición que proviene de la víctima.

Se entiende así que la "conurrencia de culpas" supone que dos o más actuaciones imprudentes de personas que no actúan de común acuerdo, sino separadamente, contribuyen causalmente a la producción del resultado, pudiendo ser uno de los actuantes imprudentes, incluso la propia víctima.

Se han propuesto como válidos diversos institutos y soluciones doctrinarias alternativas.

Una primera constatación señala que en aquellos países que han centrado mayor atención a los delitos de la circulación, se parte usualmente de las "equivalencias de las condiciones" como única teoría aceptable en el plano causal <sup>(10)</sup>.

Se impone entonces analizar los hechos desde esta perspectiva causal para luego proceder a la valoración normativa del suceso.

---

(8) Así el fallo del TAP de 2º Turno, Sentencia 38/90, Cairoli (r), Mata, Moliga, publicado en "Revista de Derecho Penal", N° 9, Op. Cit., pág. 76.

(9) Sentencia N° 79/75 emanada del Juzgado Letrado en lo Penal de 4º Turno, Dr. Amilivia, publicada en "Anuario de Derecho Penal Uruguayo", T. II, Op. Cit., pág. 32.

(10) Así ocurre mayoritariamente en la doctrina Europea. Cf. BUSTOS RAMÍREZ, J.: "Imputación Objetiva" (Cuestiones metodológicas y sistemáticas), en Estudios Penales y Criminológicos T. XII, Santiago de Compostela 1989, págs. 105 y ss; GIMBERNAT ORDEIG, E.: "Delitos cualificados por el resultado y causalidad", Madrid, 1966, y "¿Qué es la imputación objetiva?", en Estudios Penales y Criminológicos, T. X, Santiago de Compostela, 1987, págs. 169 y ss; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: "Causalidad, Imputación y Cualificación por el resultado", Madrid, 1988; HORMAZABAL, H.: "Imputación Objetiva y Subjetiva en los delitos calificados por el resultado", en ADPCP, 1989, págs. 1.021 y ss.; LUZÓN PEÑA, D.: "Causalidad e Imputación Objetiva como categorías jurídicas distintas dentro del Tipo de Injusto" en: "Actualidad Jurídica" 1981, págs. 71 y ss, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. "La Imputación Objetiva del resultado", Madrid, 1992 y REYES ALVARADO, Y.: "Imputación Objetiva", Bogotá, 1994, entre otros.

Paralelamente suele acudir a la teoría de la imputación objetiva para la determinación del injusto.

Así, Roxin acude a criterios del incremento del riesgo. Su posición se resume en los siguientes términos: existe realización del riesgo cuando el comportamiento imprudente ha creado un riesgo mayor que el permitido, extremo que se constata mediante la comparación entre el peligro de hecho creado y aquél al que la conducta hubiera dado lugar en el supuesto concreto.

Aludiendo de esta manera al riesgo permitido, se dice que la conducta ha creado un riesgo jurídicamente relevante. Con ello refiere a que la peligrosidad *ex-ante* de la conducta es mayor que peligrosidad que se predicaría de una conducta diligente, transformando de esta manera a aquella en disvaliosa <sup>(11)</sup>.

Debe agregarse que en el seno del tránsito, este conjunto de elementos de riesgo que interactúan cuenta con un margen de tolerancia. Suele destacarse que en ciertas esferas de la actividad humana desarrolladas socialmente, existe una cuota de “riesgo permitido”. En la sociedad moderna y tecnificada ha ido aumentando progresivamente el número de actividades peligrosas para bienes jurídicos. Sin embargo —dados los intereses y beneficios que las mismas implican—, ni la sociedad ni el derecho pueden ni quieren prohibir <sup>(12)</sup>.

El concepto de “riesgo permitido” o de “adecuación”, que en muchos casos se utiliza como sinónimo, sin embargo, no es pacífico.

La falta de un mínimo consenso en la doctrina no sólo afecta su contenido material. Las opiniones están también divididas en la cuestión de si el riesgo permitido es un instituto jurídico necesario, o si los problemas que con él se pretenden abordar pueden ser solucionados con las categorías dogmáticas tradicionales <sup>(13)</sup>.

Una manifestación concreta del riesgo permitido la constituye el “principio de confianza”, que tuvo origen jurisprudencial, siendo utilizado en Alemania y España para el campo de la circulación. Conforme a éste, todo conductor que actúe con la debida diligencia, puede confiar en principio, en que los demás participantes en el tráfico se comportarán a su vez con el cuidado debido, excepto que de alguna circunstancia concreta se desprendan indicios de lo contrario.

Correlativamente se formula el denominado “principio de defensa”, también de elaboración jurisprudencial. Se establece que debe tenerse en cuenta que otros participantes en el tráfico sean personas de las que, conforme a la experiencia, cabe esperar reacciones o conductas anormales o descuidadas, tal el caso de niños, ancianos, discapacitados o ebrios.

---

(11) Suele acudir a una distinción entre el peligro entendido como peligrosidad. Esto es, como una característica de la conducta tenida en cuenta por el legislador al momento de sancionar un tipo legal concreto, y la idea de peligro como “estado” desvalorado o situación *ex-post*.

(12) Se consideran actividades de riesgo permitido el tránsito y el transporte, algunas actividades fabriles y las operaciones quirúrgicas riesgosas, etc.

(13) Cf.: MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *op. cit.*, págs. 125 a 139.

Puede extraerse una pauta interpretativa, en el sentido de que la medida de los desvalores de acción y resultado deberán admitir matices acordes con esta perspectiva y traducirse asimismo en la cuantificación del reproche.

Existe un antiguo y apasionado debate en torno a la cuestión de si debe responder el sujeto que actúa imprudentemente causando una lesión, aunque se pruebe o se sospeche que la misma no se habría evitado en el caso de que el mismo se hubiera comportado correctamente.

Se procede entonces a comparar dos riesgos, el riesgo creado y el riesgo que hubiera generado el comportamiento correcto. Para ello se acude al enjuiciamiento pericial de todos los factores intervinientes.

Tal problemática se analiza dentro de los denominados "comportamientos alternativos conforme a derecho". Ello encuadra en un nivel más amplio de análisis, al que se denomina "realización del riesgo en el resultado".

Una primera respuesta había sido brindada por la denominada "teoría de la evitabilidad", cuya tesis básica establece que el sujeto que causa imprudentemente un resultado, no responderá mientras no se pruebe con una probabilidad rayana en la certeza, que dicho resultado no se hubiera producido con el comportamiento alternativo correcto <sup>(14)</sup>.

Esto se comprende si tenemos en cuenta que sus adeptos reclaman la constatación de un específico nexo entre imprudencia de la conducta y resultado, de tal manera que éste último sea la manifestación de la lesión del deber objetivo de cuidado.

En consecuencia concluyen que cuando el resultado no hubiera sido evitado con el actuar prudente, falta la causalidad jurídica. Parten de esta forma de la idea de que los tipos penales concretos se orientan a la evitación de resultados lesivos.

Algunos autores han sostenido que el verdadero problema está estrechamente vinculado al de los "cursos causales hipotéticos". Esto es, al dilema de decidir en qué medida han de ser tenidas en cuenta las causas virtuales del daño en la valoración jurídico penal del suceso <sup>(15)</sup>.

La postura mayoritaria hoy no atribuye tan generosamente relevancia a las hipotéticas causas del daño <sup>(16)</sup>.

Se concluye que cuando se constata con seguridad que el resultado también se hubiera producido con la conducta diligente, se excluye la imputación objetiva del mismo.

Como criterios adicionales para la determinación y valoración de responsabilidad desde la imputación objetiva, suele recurrirse al fin de protección de la norma. Este nivel refiere a

---

(14) Cf.: BUSTOS RAMÍREZ, J.: "Manual de Derecho Penal Español", Parte general, Barcelona, 1986, pág. 272 y ZAFFARONI E. R.: "Manual de Derecho Penal", Parte general, 2ª Edición, Buenos Aires, 1982, pág. 368.

(15) Cf.: BUSTOS RAMÍREZ, J., quien reconoce expresamente que el requerir, para la afirmación del nexo de riesgos, que el resultado no se hubiera producido con el comportamiento correcto, supone conceder relevancia a los procesos hipotéticos, en "Manual...", Op. Cit., pág. 272.

(16) En realidad se trata de un problema analizado con relación a la valoración de la prueba y a la carga de la misma. La solución a adherir proviene de la posible aplicación del *in dubio pro reo*, en aquellos casos en que no se logra probar que el resultado igualmente hubiera sobrevenido. Cf.: ROXIN, C. "Problemas Básicos del Derecho Penal", traducción y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, págs. 167 y ss.

la comprobación de si el resultado constituye la materialización de la violación al fin de la norma de cuidado lesionada por la conducta. No existe acuerdo en el verdadero alcance de este criterio. Mientras unos aluden al fin de las normas penales en general, fundamentalmente en su versión de normas de comportamiento o imperativos, otros hablan del fin de los diversos tipos penales concretos.

Si el fin común a todas las normas que regulan, por ejemplo el límite de velocidad en el tránsito, es la protección de determinados bienes jurídicos como la vida o la integridad física, un objetivo definido tan ampliamente es completamente estéril. Nada aporta a la concreción de la constatación de la relación de riesgo.

No puede admitirse tampoco que el fin de protección de la norma pueda reducirse a la mera interpretación de una disposición no penal, sea esta ley o reglamento, ya que dichas disposiciones fueron pensadas con base en la conducta tipificada como una infracción administrativa. Ni el legislador ni la norma administrativa en su propia esencia, tienen en vista la responsabilidad penal que de dicha infracción puede derivarse.

La definición del tipo culposo con su reclamo hacia normas que también tienden a ordenar genéricamente determinadas esferas de actividad que cumplen finalidades ajenas al sistema penal, vuelven necesaria su reconsideración a la luz de los fines y principios del Derecho Penal.

En consecuencia será necesaria siempre una tarea interpretativa para determinar el alcance de la protección de la norma.

Merece especial atención dentro de este aspecto la figura de la “conurrencia de culpas” reiteradamente aplicada por el Tribunal Supremo Español. Esta jurisprudencia es coincidente con la nacional en la afirmación de que no admite en el ámbito penal la compensación de culpas, aunque no duda en establecer la concurrencia de conductas, desplazando también el problema al campo propio de la causalidad.

Se analiza así la aportación causal de cada una de las conductas al resultado, degradándose la responsabilidad del autor cuando la víctima fuera considerada causa decisiva y eficiente del resultado<sup>(17)</sup>. La mayor o menor incidencia de la culpa de la víctima en la causación del suceso se analiza de acuerdo a la naturaleza de las diversas aportaciones causales. Se valora si las mismas son coeficientes, puramente favorecedoras, o de tal entidad que excluyan la relevancia causal de las demás<sup>(18)</sup>.

En rechazo de tales fundamentaciones se aduce que si bien las decisiones jurisprudenciales aludidas tienen el mérito de pretender paliar situaciones de injusticia en los casos concretos, ellas adolecen de defectos sistemáticos importantes, ya que obvian consideraciones acerca del injusto y su gradación.

La concepción de injusto consecuente con la preeminencia del bien jurídico así concebido se plasmará en diversos contenidos en las categorías delictuales.

---

(17) En idéntica posición se ha manifestado el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er. Turno, en sentencia N° 57/89, Alonso (r), Hansen, Guillot Publicada en: “Revista de Derecho Penal”, N° 9, Op. Cit., pág. 79.

(18) Más extensamente sobre este criterio y la Jurisprudencia Española, puede consultarse: MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. Op. Cit. págs. 304 y ss.

La determinación de la tipicidad de una conducta, por lo tanto, no se agota en un proceso lógico formal de subsunción, sino que implica además un momento posterior de valoración. Sólo entonces se entiende que el tipo penal no es simplemente la suma de diferentes elementos objetivos y subjetivos. Antes que nada es un juicio de valoración que se expresa a través de dichos elementos.

El tipo penal traduce por tanto, algo más que una acción. Contiene una situación social, un proceso interactivo singular que debe realizarse recurriendo a las circunstancias personales y objetivas contempladas abstractamente.

Los tipos penales recogen momentos singulares lesivos de los bienes jurídicos protegidos por la norma que los precede. La acción del individuo debe constituir la indicación de una posible lesión de un bien jurídico. Sólo a través de este proceso el injusto adopta un contenido material.

Puede comprenderse como la sustancialidad de las conductas típicas está dada por su potencialidad riesgosa. La determinación de la tipicidad reclamará entonces de recurrir a una serie de criterios de atribución de los supuestos causales, o de hecho al juicio valorativo. En este sentido, los criterios de imputación objetiva que mencionamos precedentemente y que se encuentran en permanente elaboración, adquieren validez. Operan como criterios de atribución de una situación al tipo legal <sup>(19)</sup>.

#### 4. INJUSTO Y VICTIMA

El rol de la víctima ha pasado a ser considerado de relevancia por el sistema penal en su conjunto.

Sin embargo, la concepción imperante del delito y de la pena en nuestro medio, parte de una posición que se encuentra en las antípodas y que se fundamenta en determinadas premisas. Predomina la idea de que la relación penal atañe exclusivamente a dos sujetos principales: el Estado y el destinatario de la prohibición, el "súbdito" <sup>(20)</sup>. El incumplimiento de la prohibición o mandato contenido en la norma penal hace surgir inmediatamente el derecho-deber correlativo del Estado a castigar. El *jus puniendi* no admite excepciones en su ejercicio. La pena adquiere su fundamentación y justificación en la imposición de dicho castigo con carácter aflictivo.

La consideración que adquiere la obediencia del ciudadano y la trascendencia de la trasgresión para la sustentación de un determinado modelo estatal marca un claro deslinde entre el ilícito civil y penal. Además permite que en la esfera penal el Estado se apropie de la totalidad del conflicto subyacente y ejerza la máxima carga de control social. Se concreta de esta manera el monopolio de la persecución penal oficial en defensa de los fines estatales <sup>(21)</sup>.

Puede afirmarse que nuestro sistema penal es apto para hacer fracasar los intereses de la víctima.

---

(19) Cf. BUSTOS RAMÍREZ, J.: "Imputación Objetiva...", Op. Cit. págs. 24 y ss.

(20) Esta expresión proviene de *Binding*.

Es racional y saludable desde el punto de vista político social, sin embargo, comenzar con algún intento de solucionar el conflicto social emergente del hecho punible. Ello no podrá hacerse sin incorporar metodológicamente a la víctima en la consideración de los tipos penales concretos.

Esta solución reconoce, además, argumentos de texto insoslayables. Ha sido el legislador quien ha incorporado activamente a la víctima en la previsión legal. En el tipo de Homicidio, por ejemplo, el giro indica que la acción de dar muerte recae sobre "otra persona". En idéntico sentido, los tipos de lesiones indican la acción de causar "a alguna persona una lesión".

Ello nos muestra que el dato de la persona concebida en toda su potencialidad es relevante al momento de determinar e interpretar los hechos.

Cabe agregar que la referencia a una persona concreta no describe un simple resultado causal de la acción, sino la pérdida por parte de la víctima de intereses jurídicamente protegidos.

Una vez admitido que la víctima está habilitada normativamente para ser incluida como protagonista esencial en la relación a considerar corresponderá definir cuales serán los niveles a tener en cuenta dentro de un determinado concepto de delito.

Adelantábamos nuestra profunda discrepancia frente a cualquier forma de análisis que se circunscriba a la mera consideración de resultados entendidos como consecuencias de un proceso causal natural.

El Derecho Penal, como producto de sistemas democráticos en los Estados modernos, centra su atención en los hombres y en su actividad. El juicio de desvalor que ameritará la imposición de consecuencias penales debe orientarse y fijarse, en primer término, en las diversas formas que adquiere la conducta humana entendida como un proceso complejo de comunicación, y no como una categoría ontológica ligada al dogma causal, estructura lógico-objetiva, manejada por el finalismo <sup>(22)</sup>.

---

(21) Estos son los modelos que se desarrollaron a partir de las primeras décadas de nuestro siglo y de los que BINDING y su sistemática constituyen un ejemplo paradigmático: "... en BINDING podemos leer que pena y resarcimiento del daño se diferencian 'con referencia a aquello a cuyo favor es efectuada la prestación'. La reparación es prestada siempre a quien sufre el daño; la pena, en cambio, es prestada 'al Estado que cumple un deber en infligir una pena' y 'no al favor de un particular'." Cf.: ROXIN, C. en "Fines de la Pena y Reparación del daño", en "De los delitos y de las víctimas", Ad-Hoc, 1992, pág. 154 y ss. Con variantes, dicho modelo se ha proyectado hasta nuestros días, reflejo de ello son las sentencias cuya parte medular indica: "... mientras en materia civil la responsabilidad se extiende hasta el límite compensatorio de agente y víctima, en materia penal se responde por su propia culpa, desde que el lesionado es la sociedad que exige y hace efectiva esa responsabilidad, no ya porque la víctima nada debe, sino porque el acreedor penal no es la víctima sino el bien común, y éste, ninguna parte ha tenido en la producción del evento lesivo" (Cf. LUZÓN, "Derecho Penal del Tribunal Supremo", pág. 139). Sentencia N° 57/89, Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er. Turno, Alonso (r), Hansen, Guillot, Revista de Derecho Penal N° 9, Op. Cit., pág. 79.

"... la compensación de culpas ha sido constantemente rechazada por la Jurisprudencia... y su concurrencia no cambia la esencia delictiva del hecho". Sentencia N° 66/89, Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3er. Turno, Borges (r), Panizza, Pereyra Manli.

(22) En el mismo sentido, FERNÁNDEZ G. D. en: "La culpa, ese problema.", en Revista de Ciencias Penales, N° 3, 1997, Alvarez, Montevideo, 1997, pág. 298.

Tal vez por esta especial consideración de la acción también el finalismo continuó considerando como materia esencial de la misma a la interioridad del sujeto, postergando la consideración del bien jurídico a un segundo plano y tomándolo en cuenta sólo mediatamente. En estas concepciones los bienes jurídicos adquieren relevancia en la medida en que existe una conducta desvalorada que puede provocar su lesión o puesta en peligro.

Compartimos, en cambio, la idea que sustenta una definición de contenido material para el bien jurídico, valioso por sí mismo y compatible con una determinada concepción democrática del Estado. Este aparece como la consagración normativa de una forma concreta de organizarse la comunidad. Los bienes jurídicos adquieren de esta manera dimensión dialéctica a través de la jerarquización de la discusión en la base social del Estado.

Así, toda protección penal sintetiza normativamente una determinada relación social y en cierta medida la supera. Tales relaciones tienen carácter concreto y aparecen protegidas por la norma penal. Constituyen, por lo tanto, una doble síntesis: social y normativa.

Puede definirse entonces al bien jurídico como una relación concreta de carácter sintético normativo y sintético social<sup>(23)</sup>.

La víctima aparece entonces como protagonista en dicho proceso interactivo, no como simple cosa u objeto, sino que se mueve con capacidad de decisión propia. Por ello debe ser tenida en cuenta a la hora de determinar si es alcanzada por la protección que se le dispensa al bien jurídico.

La antijuridicidad se justifica como categoría autónoma en la medida en que contenga normas jurídicas de valoración referidas a la afectación real del bien jurídico y traduce reglas jurídicas que no son necesariamente mandatos o prohibiciones. Habrá que determinar entonces si existió afección al bien jurídico y si la misma resulta atribuible o imputable a la situación típica.

El resultado aparece vinculado no sólo a la mera causación sino a la significación normativa y social de la conducta desvalorada en el tipo.

En este sentido puede hablarse de imputación<sup>(24)</sup>. Esta debe cumplir una función restrictiva que se desplegará de modo diferente por su naturaleza normativa, con relación a cada tipo de injusto.

El marco de los delitos de tránsito se manifiesta básicamente en tipos comisivos culposos de resultado.

El injusto culposo no se configura con la mera constatación del cumplimiento de la conducta antirreglamentaria. Ello implicaría penar por la mera desobediencia a la prohibición. De tal forma, el injusto se circunscribiría al mero desvalor de acto.

---

(23) Cf.: HORMAZÁBAL, H.: "Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho", Conosur, Chile, 1992, pág. 132, quien cita la definición de Bien Jurídico y su alcance en la posición de Juan Bustos Ramírez.

(24) Mientras que la teoría de la imputación objetiva maneja todos los referentes normativos en una única categoría sistemática y subsume en ella tipicidad y antijuridicidad, nosotros compartimos la idea sustentada por BUSTOS RAMÍREZ, en el sentido que la imputación objetiva halla su ubicación sistemática en la antijuridicidad concebida con autonomía. Cf. Bustos, en "La imputación objetiva ...", Op. Cit. págs. 31 y ss.

Si en cambio sólo tomáramos en cuenta el desvalor de resultado en los delitos de tránsito, culminaríamos penalizando el mero fortuito.

En síntesis, desvalor de acto y de resultado cumplen en el ámbito de los delitos que nos ocupan una función esencial. Mientras que la consideración del desvalor de acto garantiza la restricción del injusto a aquellos actos con determinada significación lesiva, el desvalor de resultado lo hace refiriendo el injusto a aquellos actos que efectivamente provocan un daño social <sup>(25)</sup>.

## 5. LA VÍCTIMA EN EL DELITO IMPRUDENTE

El primer paso, entonces, consistirá en determinar la situación típica y luego constatar que efectivamente se haya dado el resultado concretamente considerado.

Suele indicarse como fundamento del tipo imprudente, la violación del deber objetivo de cuidado. La admisión del mismo resulta coherente con nuestro sistema jurídico de admitirse que la previsión del artículo 18 del Código Penal: "... por imprudencia, impericia, negligencia o violación de leyes o reglamentos", no refiere a una determinada forma de la culpabilidad, propia de una teoría causalista y a un concepto psicológico de la misma. Dentro del esquema tradicional en concreto, tiende a no otorgarse relevancia práctica a la comprobación del elemento subjetivo, aunque teóricamente suele centrarse a este último en el concepto de previsibilidad, con diferentes alcances en cuanto a su contenido <sup>(26)</sup>.

En la concepción tradicional mayoritariamente acogida por nuestra jurisprudencia se considera que la culpa, como forma de la culpabilidad, implica la violación de un deber subjetivo, individual de cuidado. Un deber cuyo contenido está en función de la capacidad individual de un sujeto concreto. En cambio, desde la consideración de la culpa como forma de desvalor de acción, perteneciente al tipo se concluye que ésta supone la infracción de un deber objetivo general.

Estimamos que las posibilidades que ofrece el giro legal son modalidades de la acción típica imprudente.

La infracción de una norma de cuidado y el deber objetivo de cuidado que la misma impone en relación con la posible realización de una concreta clase de tipo, es el núcleo esencial de la conducta imprudente. Ello constituye su desvalor de acción. Implica la adop-

---

(25) Cf.: BUSTOS RAMÍREZ, J. en "Aspectos político-criminales ...", en "Control Social y Sistema Penal", Op. Cit. pág. 573.

(26) Sobre estos aspectos, CAIROLI, parte del hecho original lícito para estructurar la culpa, en la cual asienta la imposición de un deber de cuidado, la previsibilidad, la imprevisión y el nexo entre acción y resultado. En cuanto al contenido de la previsibilidad, diferencia según esta se analice desde el punto de vista de la causalidad o de la culpabilidad. En el primer enfoque, tratada en el artículo 4º del Código, es la posibilidad de un hombre común de representarse la aparición de un factor concausal entre la acción y el resultado. Desde el prisma de la culpabilidad, la previsibilidad la estudia como la posibilidad de prever del propio autor. Cf.: CAIROLI, M.: "Curso de Derecho Penal Uruguayo", T. I, FCU, 1988, págs. 319, 320, 322 y 178. BAYARDO, en cambio, afirma que el término previsibilidad sólo adquiere relevancia en la culpa inconsciente. Se apoya en el uso de la expresión previsibilidad y no evitabilidad. Cf.: Bayardo, F. en: "Derecho Penal Uruguayo". T. II, Universidad de la República. 1978, págs. III y ss.

ción de las precauciones necesarias para evitar la realización de la conducta típica y su resultado.

El deber objetivo de cuidado está dirigido al hombre promedio que actúa conforme al parámetro del buen padre de familia diligente y cuidadoso. La conducta que se aparta de ese modelo será objetivamente imprudente. La previsibilidad o posibilidad de previsión sirve de base para el elemento fundamental del desvalor objetivo subjetivo de la acción, que es precisamente la infracción del cuidado objetivamente debido.

El primer presupuesto de la infracción del deber objetivo de cuidado es que exista previsibilidad objetiva acerca de la posibilidad de realización del tipo imprudente.

En aplicación del principio de confianza, la previsibilidad juega un elemento esencial cuando el sujeto ha previsto o debería haber previsto, debido a la existencia de un indicio que destruye el principio de confianza, la posible conducta negligente de un tercero. Nace entonces el deber de intentar neutralizar el riesgo creado por la eventual víctima, adecuando la propia conducta a tal expectativa. Si el sujeto activo no cumple este deber y se produce el resultado lesivo, resulta incoherente conceder relevancia a la imprudencia de la víctima, salvo que se pruebe que con la conducta prudente tampoco hubiera podido evitarse el resultado lesivo.

La previsibilidad objetiva corresponde a un hombre medio o ideal. Recae en torno a la producción de la parte objetiva del hecho típico.

Para que exista infracción del deber de cuidado hace falta algo más que previsibilidad objetiva, se reclama una actuación que tenga un nivel de probabilidad de lesión que supere o rebase el riesgo permitido. Podría haber conducta imprudente objetivamente y aún así no implicar un aumento del riesgo significativo que supere el permitido. Sería un caso de atipicidad en la que, si bien hay inobservancia de una norma de cuidado, no hay imprudencia en sentido normativo o típico <sup>(27)</sup>.

En caso de verificarse una infracción al deber habrá un desvalor de la acción que junto con el desvalor del hecho determina una cierta carga indiciaria de la antijuridicidad de la conducta.

En el delito culpable, la parte subjetiva del tipo de injusto se caracteriza por la ausencia de dolo. El desvalor de la acción se completa por la inobservancia del cuidado reclamado por la ley y la posibilidad genérica de conocer o prever que la conducta realizada cumple potencialmente la parte objetiva de un tipo penal.

Se reclamará, entonces, relación causal entre la acción y el resultado, valorada conforme a la teoría de la equivalencia y previsibilidad genérica u objetiva de la concreta producción del mismo.

Dado que el criterio fundamental de imputación es que el resultado sea la plasmación de la lesión producida por la conducta prohibida, se vuelve admisible preguntarse si el evento igualmente se hubiese producido aunque el sujeto hubiese empleado la conducta prudente.

---

(27) El deber normativo de cuidado o diligencia sólo tiene sentido de ser observado respecto de aquellas conductas o situaciones cuya peligrosidad exceda del riesgo jurídicamente permitido.

Si la respuesta es afirmativa, no puede haber imputación objetiva, porque el resultado no aparece como la concreción de la lesión del deber de cuidado. No puede sostenerse que el agente aumentará en ese caso el riesgo desaprobado jurídica y socialmente.

Parece entonces admisible utilizar el criterio de los procesos hipotéticos en el ámbito de la imputación para los delitos imprudentes. Así ocurre también cuando la conducta imprudente de la víctima permite concluir que aún sin la actividad imprudente del sujeto, el resultado igualmente se hubiera producido.

Esto nos lleva a considerar como criterio auxiliar para la determinación de la pertenencia del resultado al ámbito de protección penal, la cuestión de la autonomía de la víctima o la cuestión de la pertenencia del resultado al ámbito de responsabilidad ajena. Estos conceptos ponen de manifiesto que existe una órbita de tutela de los bienes jurídicos que está prioritariamente asignada a sus titulares.

No puede, por lo tanto, mediar atribución cuando la lesión del bien jurídico proviene de la autopuesta en peligro del damnificado.

El Derecho Penal está establecido para la protección de las acciones de los terceros y no destinado a evitar los propios riesgos. Un ejemplo paradigmático sería el del peatón que cruza imprevisiblemente la calzada, cayendo debajo de un coche que circula a velocidad antirreglamentaria. En aplicación de los criterios que hemos analizado, no puede caber duda alguna de que la conducta imprudente del conductor ha superado el riesgo permitido, incrementando el riesgo de muerte del peatón. Sin embargo, la conducta imprudente de la víctima también ha colocado un factor de riesgo, violando el deber de cuidado, o si se admite, el principio de confianza. De constatarse a posteriori, que de haber circulado el vehículo a una velocidad permitida, el resultado lesivo igualmente hubiera sobrevenido, a nuestro entender corresponderá liberar de responsabilidad al conductor. El resultado muerte o lesión no puede serle atribuido normativamente.

La víctima también ha operado con su conducta imprudente una elevación del riesgo. Por ser este último superior al permitido, puede situarse su propio accionar dentro del plano de determinación de la situación típica imprudente. Incurrir entonces en una conducta desvalorada por el legislador. En este sentido podemos hablar de concurrencia de riesgos en el ámbito de la tipicidad y no de la culpabilidad.

El juicio de responsabilidad se completará a partir de la decisión acerca de si existe un riesgo normativamente relevante y si el mismo puede ser atribuible a la conducta en su significación social y normativa. El desvalor de resultado implica la materialización del riesgo en virtud de la cual la conducta se prohíbe. Resulta pertinente establecer si el resultado acaecido se ajusta concretamente a aquel que el legislador pretendía evitar mediante la norma en concreto <sup>(28)</sup>.

---

(28) A vía de ejemplo: si el resultado muerte recayera sobre un escolar que intempestivamente cruza la calzada en un lugar donde existe la indicación de aminorar la marcha por tratarse de local escolar. En este caso puede concluirse que el resultado típico deviene antijurídico por ingresar en el ámbito de protección que consagra la prohibición. Aquí la actividad imprudente de la víctima no puede ser tenida en cuenta para enervar la responsabilidad, porque el deber de cuidado exigido por la norma fue establecido justamente para impedir este tipo de resultados lesivos.

La idea central es que salvo que la norma explícita o implícitamente así lo sugiera, el Derecho Penal no se encuentra establecido para neutralizar los riesgos imprudentes emanados de terceros, aunque este tercero sea la propia víctima.

Sólo luego de valorar causal y normativamente la situación se concreta el juicio de imputación <sup>(29)</sup>.

Al considerar la culpabilidad en el delito imprudente, el objeto de reproche será la posibilidad individual del sujeto concreto de motivarse o determinarse conforme a las normas. Esto es previsibilidad subjetiva o individual del hecho típico. Conjuntamente deberá valorarse la capacidad individual del sujeto en concreto para cumplir con el deber objetivo de cuidado.

## CONCLUSIONES

En definitiva, las hipótesis fácticas que justifican el análisis de lo que incorrectamente se denomina "conurrencia de culpas", están siempre constituidas por la constatación de un resultado material lesivo, en el que parecen concurrir dos conductas riesgosas como determinantes de su producción.

Corresponde, en este sentido, tener en cuenta la conducta concomitante de la víctima como integrante de la situación típica.

Sólo con ella puede interpretarse y definirse el ámbito situacional de comunicación con significación social, definido por el legislador en el tipo legal.

Si se concluye que se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, corresponderá acceder a un segundo nivel. El paso de constatación del resultado como realización de la contradicción normativa prevista abstractamente en el tipo, reclama la inclusión valorativa de los comportamientos alternativos conformes a derecho, en especial del comportamiento de la víctima, como un factor más en relación con el resultado concretamente considerado.

En nuestro medio no se acude tradicionalmente a criterios de exigencia probatoria equivalentes, que consideren hipotéticas circunstancias concurrentes en torno al evento dañoso. Puede inferirse de ello que se considera que el orden jurídico debe hacer responder al ciudadano de todos los resultados previsibles causados por su conducta contraria a derecho.

Desde este punto de vista, para afirmar la responsabilidad alcanza con la constatación de la causalidad concebida materialmente y con la previsibilidad del resultado típico.

En todo caso, el juicio acerca de la existencia de injusto se cerrará una vez constatada adicionalmente la ausencia de causas de justificación.

El fundamento de la posición adoptada no está dado por un texto legal expreso, sino que adquiere vigencia a partir de consideraciones sistemáticas de política criminal que

---

(29) Pareciera entonces que lo relativo a la consideración del riesgo permitido se vincula con la determinación de la tipicidad, mientras que la definición de la pertenencia del resultado al ámbito de la protección penal se vincula con la antijuridicidad, por ser el plano en el que se ubican todas las valoraciones y no solamente las contenidas en las normas que prohíben u ordenan conductas.

permeabilizan el sistema legal concreto. Se considera al fenómeno penal como producto de lo estatal y orientado a fines.

La consecuencia dogmática de esta interpretación global de nuestras normas se traduce en la asignación de los contenidos ya señalados a las diversas categorías del delito y se proyecta en el fenómeno de la pena.

Como consecuencia concreta, para aquellas hipótesis en que la víctima ejecuta una actividad imprudente que adquiere relevancia normativa, es posible enervar el juicio de tipicidad o de antijuridicidad, por lo que corresponderá eximir de responsabilidad al agente.

El contenido material del injusto culposo, especialmente en los delitos que nos ocupan, deberá traducirse necesariamente en la determinación de la pena a imponerse al caso concreto.

El tema de la determinación concreta de la pena presenta dificultades de carácter general que no es del caso plantear aquí. Sólo cabrá señalar la conformación de la misma en un proceso complejo que tiene como eje la función de tutela por parte del Estado sobre los bienes jurídicos concebidos en la forma precedentemente indicada. Una vez más resulta imposible prescindir de la consideración de la actividad de la víctima que habrá de proyectarse no solamente en torno al reproche que la pena plasma para el agente vinculado a la culpabilidad<sup>(30)</sup>. Dado que lo valorativo permeabiliza todo el sistema categorial ya desde la tipicidad y pasando por la antijuridicidad, también ha de constituirse necesariamente en baremo concreto del reproche por la "cantidad" de ilícito plasmado en la conducta que finalmente se traduce en la pena a imponer. El fundamento de la reducción de la pena se encuentra en que la conducta ilícita de la víctima reduce la medida del injusto, operando una compensación normativa de riesgos sin necesidad de recurrir a la compensación de culpas.

En definitiva, la atribución de responsabilidad pasa por un tema de imputación en su doble carácter objetivo y subjetivo, con recurso a criterios valorativos. El injusto es graduable en todos sus niveles y esa circunstancia se proyecta en la pena a imponer. En síntesis, ante una situación concreta, no bastará con establecer si la conducta a considerar ha sido la causa material del resultado, ni aún en forma coadyuvante. Será necesario, prioritariamente, valorar el conjunto de las circunstancias desde la perspectiva normativa globalmente considerada. A vía de ejemplo: la cuestión esencial no se reducirá a determinar exclusivamente si la causa de la muerte la constituye el golpe provocado por el vehículo al embestir al peatón, sino establecer en que medida las diversas conductas riesgosas que interactuaron en el insuceso, merecen la desvalorización del juzgador y la consiguiente imposición de pena.

En ningún caso corresponde admitir la "compensación de culpas", aunque no por imperio del artículo 59 inciso 2°, que resulta a nuestro entender inaplicable. El tema se define en el área de lo que hoy se denomina imputación.

Solamente luego del juicio de imputación, de la determinación de la carga de ilícito y del reproche de culpabilidad al sujeto en concreto, habremos cerrado el juicio de responsabilidad y podremos determinar la medida de la pena, prescindiendo del dogma causal.

---

(30) Tradicionalmente la consideración de este elemento para el delito culposo se efectúa dogmáticamente en el nivel de la culpabilidad a la luz de una teoría causal de la acción y psicológica de la culpabilidad.