
COMPENSACIÓN DE CULPAS Y CONCURSO CULPOSO EN EL DERECHO PENAL URUGUAYO

PEDRO J. MONTANO

Prof. Agr. de Derecho Penal (UdelaR)

SUMARIO:

I. UN CASO. II. LOS DOGMAS. III. VALORACIÓN DEL HECHO DE LA VÍCTIMA. IV. VALORACIÓN DEL HECHO DE LA VÍCTIMA EN OTROS ELEMENTOS DEL DELITO. V. EXCURSUS. LA CULPA ANTIRREGLAMENTARIA. CAUSALIDAD. VI. EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA. ¿HOMICIDIO POR LA PROPIA VÍCTIMA? VII. EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA. ¿AUTOEXPOSICIÓN AL PELIGRO EQUIVALE CONSENTIMIENTO? VIII. ¿CONCURSO CULPOSO DE DELINCUENTES? LOS OCUPANTES DEL VEHÍCULO. IX. LA RESPONSABILIDAD DEL PADRE. LA PROHIBICIÓN DE REGRESO. ANEXO. ALGUNA REFERENCIA AL DERECHO PENAL ALEMÁN

I. UN CASO

Un *ejemplo*¹ nos ayudará de guía para el planteo de los problemas.

Dos jóvenes mayores de 18 años, y por lo tanto imputables, suben a un automóvil deportivo, muy veloz, último modelo, que acaba de regalarle el padre ese día –lluvioso– a uno de ellos. Toman la Rambla y el acompañante le dice insistentemente: «dale, acelerá, vamos a probarlo a fondo». Exceden la velocidad permitida², derrapan en una curva, y terminan atropellando a un peatón que cruzaba en una zona en la que está expresamente indicado «prohibido cruzar». Del peritaje de la Policía Técnica resultó que el derrape se produjo por impericia e imprudencia del conductor que no tomó en cuenta la humedad de la calzada a exceso de velocidad.

Aquí tenemos cuatro sujetos: a) el padre que regala el automóvil; b) el conductor; c) el acompañante y d) la víctima, el peatón arrollado.

Precisión terminológica

Quizás la terminología “compensación de culpas” no sea la más adecuada, pero sí la más tradicional³. Se refiere más bien a “tomar en cuenta” la conducta de la víctima a los efectos de determinar la magnitud de la responsabilidad de quien es considerado autor. Hay distintas maneras en que se presenta la culpa en quehaceres colectivos: de manera concertada, como en el ejemplo sucede con los ocupantes del vehículo⁴, o de manera independiente, como en el ejemplo sucede entre la víctima y el conductor del vehículo.

II. LOS DOGMAS

Es una máxima que la culpa de la víctima en derecho penal, ni excusa ni se compensa porque el art. 59 inc. 2º dice que «*En los delitos culpables, cada uno responde de su propio hecho*».

1. CAIROLI Milton, *Curso de Derecho Penal Uruguayo*, T. II, FCU, 1987, pág. 99, citando a ANTOLISEI.
2. Dejamos de lado la objeción posible que tiene que ver con el “arranque lícito de la culpa” en nuestro Código Penal. Entendemos que “jurídicamente indiferente” quiere decir “no importando si la conducta es lícita o no”.
3. CORNACCHIA Luigi, *Concorso di colpa e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Turín, 2004, pág. 122
4. Tradicionalmente se admite el acuerdo tácito como fuente del concurso de delincuentes. FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale Italiano, Parte Generale*, 2ª Ed., Zanichelli, Bolonia, 1985, pág. 373; CAIROLI, op. cit. n. 393., pág. 99.

También, en base a la misma disposición, se afirma tradicionalmente que no hay concurso culposo porque la intención de participar -el dolo- es esencial al concurso de delincuentes ⁵.

Sin embargo, pensamos que puede haber otra forma de ver las cosas.

III. EL HECHO DE LA VÍCTIMA

El hecho de la víctima debe ser tenido en cuenta para reducir la responsabilidad del autor.

De lo contrario, no es una solución acorde con la Justicia: el injusto es menor cuando hay una ilegítima autopuesta en peligro de la víctima ⁶.

Y si el injusto es menor, necesariamente el castigo debe ser menor: es menos reprochable la conducta del sujeto activo, y como en un sistema penal como el nuestro donde hay tanta pena como culpabilidad, también habrá tanta culpabilidad como injusto.

Necesariamente deberá disminuir la responsabilidad. Las culpas en este sentido, se deben compensar.

Un segundo argumento a favor de la compensación se concreta en una crítica a la interpretación "individualista" del texto del art. 59 inc. 2. De acuerdo a ella en un hecho culposo deben ser consideradas las conductas aisladamente, como si cada ser humano fuese una entidad autárquica y aislada, olvidando su carácter sociable y social ⁷

Esta interpretación se basa en un *criterio liberal*, no de Derecho Penal liberal y mucho menos antropológico.

Un tercer argumento surge de la ubicación de la disposición en el Código Penal. Está dentro del Título IV, Capítulo II que refiere al concurso de delincuentes ⁸. Sin embargo, se ha interpretado como que se debe excluir la consideración de la conducta de la víctima en los hechos culposos ⁹.

La lectura tradicional de este artículo sostiene que no existe concurso si no hay *acuerdo* entre los coparticipes (esencia de la coparticipación criminal), y no puede haber acuerdo si no hay dolo ¹⁰. La concurrencia de actitudes culposas quedaría excluida. Sin embargo, a nuestro modo de ver *este artículo puede también imponer tomar en cuenta la conducta de la víctima*.

En efecto, también podría concluirse de su lectura que "*nadie debe responder por la culpa de otro en los delitos culposos*". Si así fuera, es necesario "descontar" la responsabilidad del otro interviniente, porque si no, se estaría respondiendo por la culpa de ese tercero. En los delitos de resultado, en la medida que éste podría atribuirse a la culpa de dos o más sujetos, no debe atribuírsele "*in totum*" a uno solo.

Lo contrario sería una injusticia. El artículo impone tomar en cuenta la culpa de la víctima.

Por otro lado, también lo impone el principio de responsabilidad personal consagrado en el artículo 18 ¹¹, y en el artículo 3° donde se regula el nexo de causalidad, cuando expresa que: "*Nadie* puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito si el daño o el peligro del cual depende la existencia del delito, no resulta ser la consecuencia de *su* acción o de *su* omisión". La expresión "*nadie*", reiterada en el art. 18 inc. 1°, designa a contrario a "*alguien*", un ser personal, sujeto de derecho, una individualidad.

Ambos artículos derivan del principio constitucional conocido como de legalidad, o de libertad, cuya contracara es el de responsabilidad personal ¹².

5. IRURETA, nota a artículos 59 a 62. CAIROLI, op. cit, n. 393., pág. 99.

6. Hay autopuestas en peligro legítimas, por ejemplo aquellas a las que está obligado el sujeto en razón de la profesión o de las circunstancias (bombero, asistente lego en accidentes: el *buen samaritano*, etc.. Esa autoexposición al peligro no habilita, sin embargo, a que los terceros actúen de cualquier manera hacia él.

7. "Carece de sentido axiológico y sería una incongruencia semántica descartar al hombre en su íntegra concepción como objeto de análisis al abordar cuestiones sociales"... "Una disciplina jurídica como el Derecho Penal, quizá la más humana de las ramas del árbol del Derecho, mal podría apartarse de estudiar al hombre como fin en sí mismo"... Cfr. ALLER, Germán "El Derecho penal antropológico: un camino hacia la pacificación y el perdón" in LANGÓN-ALLER, Criminología y Derecho Penal, Tomo 2, Montevideo, Del Foro, 2006, págs. 223-224.

8. Como bien lo destaca Gonzalo FERNÁNDEZ.

9. LANGÓN, Miguel "Código Penal y Leyes Penales Complementarias", ed. UM, Montevideo, T. I, año 2003, pág. 212.

10. Este tema era muy discutido en doctrina en la época de elaboración del Código Rocco y se pretendió zanjarlo a través del art. 113 del CP italiano. FIANDACA-MUSCO, op. cit., págs. 419-420.

11. CPU Art. 18 inc. 4° "En ningún caso podrá castigarse por un resultado antijurídico, distinto o más grave que el querido, que no haya podido ser previsto por el agente". Y también el inc. 1° que hace referencia a la responsabilidad personal, de "*alguien*", cuando utiliza la expresión a contrario "*nadie*": "Nadie puede ser castigado por un hecho que la ley prevé como delito, si no es intencional, ultraintencional o culposo, cometido además con conciencia y voluntad".

12. Co. Art. 10°. "Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.

Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe."

Para que excepcionalmente se responda por la conducta de otro la ley genera mecanismos de garantía, *ad hoc*, como lo es en el ámbito civil el contrato de seguros o la responsabilidad por el hecho del dependiente, o en el ámbito penal cuando surgen las posiciones de garante en la omisión impropia.

Como dice LANGÓN, “se abre camino recientemente la opinión que compartimos, de que puede haber compensación de culpas en materia penal, al punto de que el hecho exclusivo de la víctima puede transformar en atípica la conducta del autor, cuando se trata de casos de “competencia” exclusiva de la víctima, cuyo ejemplo paradigmático es el del suicida, que se arroja con esa intención frente al auto que, *con exceso de velocidad*, se aproxima al lugar en que se encuentra aquél”¹³.

Valoración del hecho de la víctima

El hecho de la víctima no es indiferente para el Derecho Penal. Este puede ser de tal entidad que haga decaer el delito totalmente por *falta de acción*. Hecho de la víctima, caso fortuito y fuerza mayor, impiden el elemento acción. La diferencia es que en el hecho de la víctima hay normalmente ejercicio de libertad por parte de ésta. En el caso fortuito y fuerza mayor hay imprevisibilidad absoluta, o irresistibilidad absoluta.

Para que exista hecho de la víctima debe haber acción y por lo tanto «acto humano». Si hay *acto humano*, éste podrá ser calificado desde el punto de vista de la intencionalidad y por eso queda habilitado el análisis del elemento culpabilidad. El *acto* de la víctima podrá ser doloso, culposo o ultraintencional. Y, de acuerdo a criterios de *imputación objetiva*, si su conducta supuso la creación ilícita de un riesgo o su incremento, y luego se concretó en los hechos, debe responder¹⁴.

Así, por ejemplo, si la víctima optó por suicidarse, tirándose justo en *ese* sitio y en *ese* momento bajo las ruedas del automóvil que circulaba a alta velocidad, habría actuado *dolosamente*. De probarse, estaríamos frente a un suicidio y no frente a un homicidio, a pesar de la violación del límite de velocidad por parte del conductor. Igualmente podríamos concluir si el conductor no era portador en ese momento de su licencia de conductor, o si estaba vencida. La ilicitud *antirreglamentaria* no es necesariamente idónea o causal, del resultado muerte, como veremos más adelante.

Pero puede ser que simplemente optó por cruzar ahí, para acortar camino, y terminó siendo arrollado. Aquí actuó de manera *imprudente*: sabía que no podía cruzar porque el cartel indicador era visible y conocido por él, pero igualmente *asume el riesgo*. Hubo culpa de su parte. Procede el mismo razonamiento desde el punto de vista de la causalidad: si su conducta supuso creación o incremento ilícito de riesgo que luego se concretó en el daño, debe responder.

También por criterio de justicia material llegamos a la misma conclusión. ¿Es justo que el sujeto activo del homicidio sea castigado de la misma forma que si el peatón hubiese estado parado en la acera, o que estuviese cruzando por una cebra? Si queremos actuar con Justicia, tratándose de situaciones diferentes, también habrán de ser tratadas de manera diferente. Por lo tanto, la conducta imprudente de la víctima –no dolosa– deberá ser tomada en cuenta porque el injusto es menor.

IV. VALORACIÓN DEL HECHO DE LA VÍCTIMA EN OTROS ELEMENTOS DEL DELITO

Pero la actitud de la víctima también puede determinar la inexistencia del mismo delito (art. 116 CPU)¹⁵, una justificación del mismo, o una reducción de pena, una inaplicabilidad de la pena facultativa o forzada para el Juez.

El régimen de *circunstancias atenuantes* contiene frecuentes referencias a la situación de la víctima. También hay disminución del injusto en caso de «provocación», otra atenuante.

En la legítima defensa incompleta, se puede tomar en cuenta la agresión por parte de la víctima (art. 46,1 CPU, la víctima es quien agrede y origina esa situación).

En la intervención de terceros en el estado de necesidad, puede verse afectado el agresor del tercero extraño, y sin embargo, la responsabilidad del sujeto activo debe ser aminorada (art. 46,2 CPU). Y lo mismo podemos decir con respecto a las *causas de justificación*. Por ejemplo en el caso de la legítima defensa. El agresor ilegítimo resultará muerto o herido, pero no se dará el tipo de lesiones ni el de homicidio.

13. LANGÓN, “Código...” cit., pág. 212. Destacado nuestro.

14. Obviamente, si hay un acto reflejo de la víctima, un acto involuntario, no estamos propiamente ante acción humana, y por lo tanto ese “hecho” habrá de ser tomado como una concausa, prevista en el CPU art. 4 y quien así actúe no podrá ser sometido a responsabilidad.

15. Refiere a la extinción del delito de violación y otros, por casamiento de la mujer ofendida con su ofensor, supuesto actualmente derogado por L.17.938.

Pero también el injusto disminuye en hipótesis calificadas de *causas de impunidad*, donde la pena puede quedar totalmente abolida, según si se trata de hipótesis de perdón judicial o excusas absolutorias.

La pasión provocada por el adulterio puede resultar en la afectación de la integridad física o de la vida de quien lo protagoniza; la ley otorga al juez la facultad de exonerar de pena por los delitos de homicidio y lesiones (art. 36 CPU).

Lo mismo sucede en el caso del homicidio piadoso (art. 37 CPU), con la lesión consensual (art. 44 CPU), con la retorsión y provocación en delitos contra el honor (art. 40 CPU) y con el aborto (art. 328 CPU).

Pero en todos estos casos hay que distinguir los casos en que la víctima actúa de *forma lícita o ilícita*. Sólo estos últimos interesan a nuestro análisis puesto que estamos estudiando la compensación de *culpas*. Y la compensación de culpas, sin ilicitud de todos los intervinientes, no tiene sentido. Por lo tanto, no nos interesará el matrimonio del violador con la violada (art. 116 CPU), ni tampoco la remisión (art. 111 y ss. CPU), ni la lesión consensual (art. 44 CPU)¹⁶.

Continuando con el análisis del caso, observamos que en la actitud del peatón hay imprudencia, y en la actitud del conductor hay también impericia e imprudencia. La imprudencia está pues, en la base del comportamiento antirreglamentario de ambas partes, por lo que estamos sin ninguna duda en el ámbito de la culpa y por imposición del art. 59 “en los delitos culpables, cada uno responde de su propio hecho”.

La culpa de la víctima, como vemos, es tenida en cuenta prácticamente en toda la estructura del delito. Parece extraño que justo en el elemento culpabilidad no haya de ser tenida en cuenta.

V. EXCURSUS. LA CULPA ANTIRREGLAMENTARIA. CAUSALIDAD.

La culpa antirreglamentaria como por ejemplo la derivada de *la falta de libreta* de circulación en el chofer efectivamente da lugar a una contravención que se traduce en ilícito administrativo, pero tal ilicitud no tiene necesariamente *relevancia causal* con respecto al resultado muerte del peatón. Efectivamente el sujeto suscita o incrementa un riesgo ilícitamente, pero no necesariamente el riesgo que suscita es el de homicidio. La falta de libreta debe asociarse a otra conducta de por sí idónea para causar la muerte. Por eso, no por el mero hecho de carecer de libreta, será imputable de homicidio.

Se requerirá siempre la culpa en la base de la ilicitud porque nuestro sistema no debe admitir la responsabilidad objetiva¹⁷. La violación o inobservancia del reglamento es sólo un *indicio de la culpa* porque entre la infracción y el resultado debe existir una relación.

La previsibilidad objetiva del resultado es insuficiente. Debe haber una *conexión interna (subjetiva) entre el desvalor de la acción y el resultado*, que permita concluir que éste se produjo como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (culpa).

Acreditada la violación del reglamento, en el caso concreto -y de acuerdo a la teoría de la imputación objetiva *llevada al ámbito de la culpabilidad*¹⁸- deberá analizarse posteriormente, si la misma ha implicado un aumento del riesgo permitido por la norma, su determinación del resultado disvalioso y la previsibilidad del mismo, para poder concluir que el sujeto obró con culpa.

Ambos -chofer y víctima- generaron con su respectiva conducta antirreglamentaria un riesgo que luego se concretó en el resultado lesivo.

Según la *causalidad adecuada*, ambas conductas imprudentes son causalmente idóneas para causar el resultado producido.

También acudiendo a la *conditio sine qua non* llegamos al mismo resultado: si suprimimos mentalmente cualquiera de ambas conductas el resultado dañoso no se hubiese producido.

De modo que -tanto desde el punto de vista de la acción, como de la culpabilidad- tenemos conductas que no pueden ser indiferentes al Derecho Penal¹⁹. El resultado homicidio o lesiones aparece tipificado también a título de culpa (arts. 314 y 321 CPU).

16. En la medida que también prevé supuestos de ilicitud que la invalidan.

17. Roxin, Claus “*Derecho Penal-Parte General*”, TI, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito” Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 1000. También sería inadmisibles sostener que la falta de libreta constituye una presunción absoluta de culpa.

18. CARRARA, *Programa del curso de derecho criminal*, T.I., Ed. Reus, 1925, pág. 40, y los clásicos hablaban de *causalidad subjetiva* para referir a culpabilidad aplicando la noción de imputación. Hoy se prefiere hablar de *reprochabilidad*, en base a la concepción normativa. En realidad no estaría mal decir que “la culpabilidad es la *causalidad subjetiva reprochable*”, combinando ambos criterios. La culpa es la reprochabilidad por violación de la obligación del cuidado objetivamente debido.

19. De todos modos, cuesta a nuestra jurisprudencia condenar por homicidio culposo a quien cruzó antirreglamentariamente provocando una maniobra que determinó la muerte del conductor. O a quien se le escapó un animal a la ruta, con el mismo resultado, aun cuando

VI. EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA. ¿HOMICIDIO POR LA PROPIA VÍCTIMA?

La vida actual en sociedad supone asumir una serie de riesgos que son considerados lícitos, aunque no se deben generar de cualquier manera ni tampoco en cualquier medida. La utilización de energía y del automóvil, o la práctica de deportes, son un ejemplo.

El *principio de la confianza* opera dentro del ámbito del riesgo socialmente permitido. Encuentra apoyo en las posiciones de garante, el deber de autoprotección y en la solidaridad humana.

Es connatural a la persona defenderse de los peligros. Por lo tanto, en las relaciones sociales es razonable pensar que cada uno se protegerá suficientemente a sí mismo²⁰, así como que no todos somos agresores del prójimo²¹.

Debe objetarse que por razones de tipicidad, el homicidio no puede ser cometido por la víctima porque consiste en dar muerte *a otro*. El homicidio propio se considera suicidio y tiene otro régimen jurídico establecido en el art. 315 CPU²². En el ejemplo propuesto la víctima no dio muerte a otro, aunque *sí contribuyó a su propia muerte*²³ *a través de una conducta que es culposa, aunque esta culpabilidad sea calificada por el derecho administrativo*.

Tanto el conductor como la víctima violaron el *objetivo deber de cuidado* requerido por la situación²⁴, colocándose fuera del riesgo social permitido.

Obrando ambos de manera antirreglamentaria *no es posible invocar el principio de confianza: yo obro mal, pero como espero que el otro obre bien, asumo el riesgo*. Esa asunción de riesgo es ilícita. Precisamente mi conducta está prohibida porque puede generar en el otro la imposibilidad de comportarse reglamentariamente. Así por ejemplo, si cruzo la banda amarilla para evitar arrollar al sujeto, genero grave peligro para el tránsito que viene de frente²⁵.

La doctrina denomina esta situación ejemplificada por la conducta del conductor y de la víctima, *concurso de hechos culposos independientes*²⁶. No hay concurso porque falta toda conexión psicológica entre ellos, pero sí hay pluralidad de responsabilidades culposas²⁷.

VII. EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA. ¿AUTOEXPOSICIÓN AL PELIGRO EQUIVALE CONSENTIMIENTO?

Otro argumento posible es a través de la equiparación de la autopuesta en peligro –asunción del riesgo– con el consentimiento de la víctima. En el caso de participar de la existencia del consentimiento como causa suprallegal de justificación, el conductor podría quedar exonerado de responsabilidad.

Sin embargo, no nos parece posible.

El consentimiento otorgado por la libre asunción del riesgo está viciado por ser ilícito su objeto: generar el riesgo ilícito para sí o para terceros. Aun cuando se admitiese la validez del consentimiento como causa

además, sea víctima desde el punto de vista patrimonial por la pérdida del animal que también resultó muerto. Estrictamente correspondería imputar el homicidio en ambos casos (art. 315 in fine CPU, para el último: *comisión por omisión culposa*). La comisión por omisión –y más en el ámbito de la culpa– es de aplicación muy excepcional por nuestros tribunales.

20. La excepción es que la persona no pueda bastarse a sí misma, y en ese caso el Derecho instrumenta soluciones que garanticen su protección: la patria potestad, la curatela, la tutela, el mandato y otros negocios jurídicos. Estas soluciones no impiden la existencia de los deberes genéricos de solidaridad vinculados normalmente a delitos de omisión pura (ej. art. 332 CPU).
21. Contrariamente a posturas tan escépticas como irreales, como la sostenida por Hobbes en su *Leviatán* refiriéndose al *homo lupus homini*, el hombre lobo del hombre. Si bien la sociedad puede presentar muchos aspectos salvajes, *son detectados* y denunciados por el sistema como situaciones anormales y se procura ponerles remedio. Obviamente, tampoco la sociedad es el Paraíso, ni todos somos ángeles.
22. ¿Y si el resultado hubiese sido la lesión, podría ser una lesión consensual? ¿Cabrá la aplicación del art. 44 CPU? No parecería razonable consentir la autolesión provocada por una conducta «culposa» de un tercero.
23. Distinta sería la situación, si el piloto o el acompañante hubiesen muerto como consecuencia del accidente. Si el peatón quedó vivo, su acción imprudente habrá de ser tenida en cuenta desde el punto de vista causal del homicidio. LANGÓN, op. cit., pág. 213.
24. Baremo más preciso –según la doctrina más reciente– que el del «buen padre de familia» o del «sujeto avezado y prudente en la situación concreta», etc.
25. En la medida en que constituya un hecho inevitable de consecuencias dañosas, –un reventón, por ejemplo– cabría invocar una concausa, o propiamente una falta de acción por *acto reflejo*.
26. Por todos, CORNACCHIA, Luigi, op. cit.
27. CAIROLI, Op. cit., pág. 100

supralegal de justificación, y se entendiese que la propia vida es disponible en toda circunstancia²⁸, todavía quedaría el riesgo que supone para terceros, como ilicitud suficiente porque –por principio- no se puede consentir en perjuicio de otros.

Por consiguiente, la conducta de la víctima debe ser tomada en cuenta y también calificada penalmente.

VIII. ¿CONCURSO CULPOSO DE DELINCUENTES? LOS OCUPANTES DEL VEHÍCULO.

Nos ocuparemos ahora de rebatir la segunda parte del dogma que afirma que no es posible el concurso culposo. IRURETA explica en sus notas que “no se concibe la participación criminal sin el dolo; la responsabilidad criminal en los delitos culpables es individual y no solidaria; si el delito es compatible con la culpa, cada uno responde de su propia imprudencia o negligencia”²⁹. Sin embargo, al igual que lo interpretamos para admitir “descontar” la culpa de la víctima, la última parte de su comentario –que coincide con el texto legal- impone tomar en cuenta la real entidad de cada contribución al ilícito causado. Por lo tanto, no todo contribuyente al delito culposo habrá de ser considerado necesariamente autor. Será posible también contar con las figuras del coautor y del cómplice. De hecho, esto es denunciado por ROXIN, como el punto más interesante en el ámbito de la coautoría: “el imparable avance de la coautoría culposa”. La “coautoría imprudente –dice- debe considerarse muy en serio”³⁰.

Esta interpretación supone dos consecuencias prácticas: se podrá atrapar ciertas conductas a través del mecanismo amplificador de la participación, pero la penalidad ya no dependerá de la pena que corresponda al autor, sino que cada uno responderá según su propio hecho.

En el ejemplo propuesto, la conducta del chofer constituye autoría de homicidio culposo, sin dudas³¹. Pero la conducta del acompañante no puede dejar de ser tenida en cuenta. Ayudó a tomar la decisión de acelerar más allá de lo permitido y en ruta mojada; animó al conductor, y él también lo quería. Existe pues un acuerdo –aunque tácito- que surge entre ambos, característico del concurso, que arranca en la figura del instigador³². Pero estamos ante una conducta culposa: ambos no previeron lo previsible, por imprudencia juvenil³³.

En realidad, el art. 59, inc. 2^o CPU obliga a tratar esta situación como si no fuera un concurso a los efectos de la responsabilidad (responde cada uno por su propia culpa), pero no dice que no sea concurso. Dispone que ambos deben ser castigados según el grado de reprochabilidad de la conducta y no de acuerdo al criterio impuesto por los arts. 88 y 89 del CPU para el caso del concurso³⁴.

De modo que en el ejemplo, el conductor podrá ser considerado autor del delito de homicidio y el acompañante podrá ser considerado coautor del delito de homicidio. La pena del coautor podrá, sin embargo, ser inferior a la del autor, en función de lo dispuesto por el art. 59 i. 2, a pesar de lo dispuesto por el art. 88 CPU que impone la misma pena.

En efecto, cabe distinguir en ambos personajes un grado diferente de participación en este concurso culposo. El conductor es quien detenta el volante del vehículo, así como los demás controles del mismo. Además, pudo haber resistido la influencia de su acompañante. Es quien tiene el *dominio del hecho*. En cambio el copiloto parece más bien cumplir con la descripción del instigador, en la medida que se demuestre que determinó a otro a cometer el delito (art. 61.1 CPU).

Ambos sujetos acordaron –aunque tácitamente- crear el riesgo ilícito, que luego se transformó en el resultado muerte. En ambos sujetos *faltó la previsión del previsible resultado típico*. Para definir la autoría en el

28. Cosa que negamos en *Eutanasia y Omisión de asistencia*, FCU, 1994.

29. Nota a los artículos 59 a 62 CPU.

30. ROXIN, Claus *Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión*, in ROXIN, JAKOBS, SCHÜNEMAN, FRISCH, KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, pág. 176.

31. Dejando de lado, reiteramos, la posible objeción de que el sujeto no estaba realizando algo ni penalmente (art. 365,6 CPU) ni “jurídicamente indiferente”, como lo reclama el art. 18 CPU, porque actuaba antirreglamentariamente.

32. La doctrina se divide entre quienes entienden que puede haber participación en los delitos culposos y quienes no. Por todos, vide CAIROLI, *Op. cit.*, pág. 99 y 100.

33. ¿O estamos ante un autor mediato de delito culposo de homicidio? No, el acuerdo previo - o aun simultáneo - nos ubica en el ámbito de la participación.

34. **Artículo 88.** Penalidad de los coautores. Individualización.

La pena que corresponde a los coautores es la misma de los autores, salvo las circunstancias de orden personal que obligan a modificar el grado.

Artículo 89. De la penalidad de los cómplices. Individualización.

Los cómplices de delito tentado o consumado, serán castigados con la tercera parte de la pena que les correspondería si fueran autores, pero el Juez podrá elevar la pena hasta el límite de la unidad, cuando en su concepto el agente, por la forma de participación, los antecedentes personales y la naturaleza de los móviles, acuse una visible mayor peligrosidad.

ámbito del delito culposo hay que ver quién *omitió el cuidado objetivamente debido*. En este caso corresponde a quien tenía *el dominio del hecho*, o sea, el conductor ³⁵.

Con la interpretación tradicional del art. 59 i.2 cada uno debería ser considerado autor de un delito de homicidio culposo ³⁶, aun cuando el magistrado *podiera* haber fijado penas diferentes. Sin embargo, según la interpretación que sometemos a consideración del lector, la diferencia de tratamiento en cuanto al monto de la pena quedaría fundada dogmáticamente y se llega a una solución más justa: que cada uno responda por el grado de reprochabilidad de su conducta.

IX. LA RESPONSABILIDAD DEL PADRE. LA PROHIBICIÓN DE REGRESO.

Con la interpretación que proponemos, el mecanismo amplificador del concurso culposo permitiría atrapar la conducta del padre que regaló el automóvil.

Se le podría criticar diciendo que es una forma de regreso *ad infinitum* y que no respetamos la prohibición de regreso (*Regreâverbot*) ³⁷. Si no ponemos un límite hacia atrás en la causalidad podríamos llegar al absurdo de considerar responsable al fabricante del automóvil o al abuelo del menor conductor.

Entendemos, sin embargo, que su conducta no puede ser indiferente al Derecho Penal: es quien entrega por primera vez un vehículo deportivo al hijo, en día lluvioso, sin tomar ninguna precaución elemental como acompañarlo en esa primera vez para ver si realmente lo domina y para recomendarle la necesaria prudencia, o para hacerlo conducir inicialmente en lugar solitario, etc. Su conducta refleja un acuerdo tácito con su hijo en suscitar el riesgo.

El padre ingresa al círculo de responsables en el nivel de *complicidad* porque –al menos ³⁸– “cooperó moral o materialmente al delito por hechos anteriores o simultáneos a la ejecución, pero extraños y previos a la consumación” (CPU art. 62).

Precisamente, la posibilidad de considerar la existencia del concurso culposo permite amplificar el tipo para atrapar conductas como ésta que –o quedaría fuera totalmente del círculo de posibles responsables, o debería ser considerado plenamente autor ³⁹. De esta forma, *a través de la complicidad la pena puede resultar más justa*. El Juez aquí tampoco estará atado por la magnitud de la pena que impone el art. 89 CPU, y podrá fijarla con libertad, atendiendo a la reprochabilidad de su conducta. Pero la garantía de la defensa consistirá en que tal pena deberá ser necesariamente inferior a la de los considerados autores o coautores en la medida que el injusto cometido, y por lo tanto la reprochabilidad de su conducta, parecen ser de menor entidad.

ANEXO. ALGUNA REFERENCIA AL DERECHO PENAL ALEMÁN

Participación y delitos culposos. *Gemeinschaftlichkeit*.

1. Hurtado 1060, Jescheck §61,IV

¿Es posible hablar de participación, -en concreto de coautores-, cuando varias personas, por comportamientos culposos, provocan un resultado dañoso? No, son colaboradores independientes.

- Ej 1: Conductores ebrios (separados) que provocan la muerte de un hombre son *coautores* de homicidio o cada uno es *autor* de homicidio según su respectivo grado causal? La posición del autor directo juxtapuesto, *Nebentäter*, es la mayoritaria.

- Ej 2: Dos campamentistas (juntos: realización conjunta de proyecto común) encienden fuego en un bosque y provocan un incendio culposo. Cómo responden?

35. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, T. II, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 900.

36. Otros autores hablan de la autoría accesoria, aunque reconocen que la distinción no tiene más interés que el didáctico. Cfr. HURTADO POZO, José *Droit Pénal, Partie générale II*, Schulthess, Zurich, 2002, n° 774.

37. CORNACCHIA, Op. cit., pág. 275 ss.

38. Podría incluso considerarse si no se trata de una comisión por omisión (CPU art. 3 in fine). El padre asumió la posición de garante por su injerencia o actuar precedente: creó un riesgo que no conculcó y que terminó en daño. Así, por ejemplo, debería haber subido con el hijo al automóvil para cerciorarse de que manejase con prudencia, o de que tomase conocimiento de los controles del vehículo recién estrenado, etc.

39. Y considerar -normativamente- que el padre también mató.

• Ej 3: El acompañante del conductor lo estimula a sobrepasar el límite de velocidad para probar el motor y matan a un peatón (violación colectiva de un deber de precaución o de diligencia: *Unsorgfaltsgemeinschaft*).

Consentimiento presunto de la víctima.

Es una causa de justificación aparte, *sui generis*, según el Prof. ROXIN⁴⁰.

Según la jurisprudencia existen casos en los que *ex ante*, pudo ser valorado objetivamente, que el consentimiento del interesado hubiese sido dado con toda seguridad⁴¹.

Hay que distinguir dos grupos de casos en los que se plantea el consentimiento presunto⁴²:

a) Si se trata de conflictos internos de intereses y bienes relativos al ofendido que deben ser resueltas por un tercero. Se resuelve como un supuesto de estado de necesidad justificante (auxilio necesario): por lo tanto hay que ponderar si uno de los intereses es más importante que el otro. Ejemplo: el médico que debe amputar para salvar la vida al paciente.

b) Si es presumible por parte del afectado, la renuncia a sus propios intereses en beneficio del autor o de un tercero. El fundamento radica en una especial relación entre la víctima y quien dispone, o por el escaso interés que representa para el titular del derecho afectado. Ejemplo: la empleada del hogar que regala un traje gastado del dueño de casa a un mendigo.

En el primer caso, la decisión que objetivamente sea más razonable se corresponderá también con la voluntad presunta del afectado. En el segundo, la solución dependerá de la opinión personal del afectado. En ambos casos, sin embargo, debe ser respetada una "voluntad irracional" del titular del bien o derecho afectado⁴³. Ejemplo: la madre que sacrifica su vida en el parto, con tal de dar a luz al niño sano.

BIBLIOGRAFÍA

ALTAVILLA, Enrico. *La culpa*.— Bogotá: Temis, 1987.— p.168-183.

CAIROLI, Milton *Curso de Derecho Penal Uruguayo*, T. II, FCU, 1987, pág. 99, citando a ANTOLISEI.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*. Barcelona, PPU, 1989.

CORNACCHIA, Luigi, *Il concorso di cause colpose indipendenti: spunti problematici*, L'Indice Penale 4(2) : 645-696, mag.-ago, 2001. *Concorso di colpa e principio di responsabilità penale per fatto proprio*. G. Giappichelli Edit., Turín, 2004, 617 págs.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. *Culpa concurrente* Buenos Aires : Driskill, 1986.— p.276-277.

HURTADO POZO, José *Droit Pénal, Partie générale II*, Schulthess, Zurich, 2002.

JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, T. II, Bosch, Barcelona, 1981y 5ª Ed., Comares, 2002.

ROBLES PLANA, Ricardo, *Partecipazione nel reato e colpa. Contravvenzioni autori e i complici*. L'Indice Penale 4(1) : 463-492, gen.-apr.2001.

ROXIN, Claus *Derecho Penal-Parte General, II. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito* Ed. Civitas , Madrid, 1997.

ROXIN, Claus *Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión*, in ROXIN, JAKOBS,

SCHÜNEMAN, FRISCH, KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

RUCSONI, Maximiliano Adolfo, *Comportamiento de la víctima y configuración del ilícito* in RCP, n.4, abril 1998, pp.205-217.

SCAPUSIO, Beatriz; FERNÁNDEZ, Lina *Concurrencia de culpas o concurrencia de riesgos*, RFD, n.15, enero-junio 1999, pp.77-92 También en RCP n.4, abril 1998, pp.371-388

TOMASINI RENOM, Mónica, *Efectos de la condena penal en sede civil y la culpa concurrente de la víctima*, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, v.25, n.44, 243, ene.-jun., 1983.

SENTENCIAS:

Cámara Criminal y Correccional de San Martín, sala I, LA LEY, Bs. As. 996-1216

Cámara de Apelaciones en lo Penal de Santa Fe, sala II, JURIS, Rosario, Argentina, 64-89

Cámara de Apelaciones en lo Penal de Santa Fe, sala III, JURIS, Rosario, Argentina, 77-208.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala IV, LA LEY, Bs. As., 1989-E, 345.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala V, JA, 1994-III-379.

Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de Primer Turno, Sentencia 33 del 24 de agosto de 1999. LEX año 5, n.7, noviembre 2001, pp.105-120.

40. ROXIN, *Welzel-Festschrift*, pág. 448.

41. Por todas: OLG Frankfurt MDR 1970, pág. 694.

42. ROXIN, cit., pág. 464.

43. JESCHECK, *Tratado...*, 5ª Ed., Comares, 2002, pág. 416.