



**UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA**

La Universidad Católica de Loja

**ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**MODALIDAD PRESENCIAL**

**TEMA: LA CONCAUSALIDAD EN EL CÓDIGO PENAL  
ECUATORIANO**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIA A LA  
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO**

AUTOR: ESTEFANÍA NATALY GONZÁLEZ ARBOLEDA

DIRECTOR: DR. JAIME ALBERTO GUZÑAY

**2009**

## **Certificación de Aprobación**

**Dr. Jaime Alberto Guzñay**

**DOCENTE DE LA ESCUELA DE JURISPRUDENCIA DE LA UTPL**

**CERTIFICA:**

Que la Srta. Estefanía Nataly González Arboleda, es autora de la tesina titulada **“La concausalidad en el Código Penal Ecuatoriano”**, la misma que luego de revisada cumple con las normas establecidas en el Reglamento de la Universidad Técnica Particular de Loja para el efecto, por lo cual autorizo su presentación.

Atentamente,

Loja, Agosto de 2009

Dr. Jaime Alberto Guzñay

**DIRECTOR DE TESIS**

## **Autoría**

Quien suscribe: Estefanía Nataly González Arboleda, declaro ser responsable de las ideas e investigaciones construidas en la presente tesina.

**La Autora**

## **Dedicatoria**

“A mis padres, Charito y Julio Alberto a mi hermano Franz, gracias a ellos he llegado a esta etapa de mi vida y me han permitido llegar a ser una mujer de bien gracias a su dedicación y profundo cariño. A José Luis, que por su amor y alegría me ayudo y permitió que esta etapa de mi vida sea aún más maravillosa; a todos los amo y los llevo siempre en mi corazón”

## **Agradecimiento**

Principalmente a Dios, quien es el que me ha dado fuerza por su misericordia y amor infinito, ya que me ha permitido llegar a culminar el presente trabajo.

Al Dr. Jaime Alberto Guzñay (Docente de la Escuela de Jurisprudencia de la UTPL y Director del presente trabajo), porque supo despertar en mí el espíritu de superación.

Finalmente mi agradecimiento a todas aquellas personas que me dieron apoyo continuo y que compartieron conmigo conocimiento con el propósito de ayudarme a culminar esta tesina.

## Índice de Contenidos

|                   |      |
|-------------------|------|
| Introducción..... | VIII |
|-------------------|------|

|                    |   |
|--------------------|---|
| Justificación..... | X |
|--------------------|---|

### CAPITULO I

#### 1. EL NEXO CAUSAL

|                                   |    |
|-----------------------------------|----|
| 1.1. Antecedentes Históricos..... | 1  |
| 1.2. La acción.....               | 5  |
| 1.3. El resultado.....            | 14 |
| 1.4. Causalidad.....              | 16 |
| 1.5. Concausalidad.....           | 48 |

### CAPITULO II

#### 2. LA PREVISIBILIDAD

|                                                                   |    |
|-------------------------------------------------------------------|----|
| 2.1. Materialización , interrupción y desviación de la acción.... | 57 |
| 2.2. Resultado doloso.....                                        | 59 |
| 2.3. Resultado culposo.....                                       | 62 |
| 2.4. Resultado preterintencional.....                             | 63 |
| 2.5. Resultado fortuito.....                                      | 64 |
| 2.6. La ausencia de la acción.....                                | 64 |

### CAPITULO III

#### 3. TEORIAS SOBRE LA PRETERINTENCIONALIDAD

|                                                           |    |
|-----------------------------------------------------------|----|
| 3.1. Doctrina del dolo preterintencional.....             | 68 |
| 3.2. Doctrina del concurso de dolo y culpa.....           | 70 |
| 3.3. Doctrina del delito calificado por el resultado..... | 71 |

|      |                                                                                                                                      |    |
|------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3.4. | Doctrina del error sobre el nexo causal.....                                                                                         | 72 |
| 3.5. | Principales características de la preterintencionalidad a la luz de la doctrina del materialismo dialéctico sobre la causalidad..... | 75 |

## **CAPITULO IV**

### **4. LA CONCAUSALIDAD OBJETIVA EN EL SISTEMA PUNITIVO ECUATORIANO**

|      |                                                                                             |    |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 4.1. | El sistema legal sobre la Concausalidad adoptada por el Código Penal común del Ecuador..... | 76 |
| 4.2. | La Concausalidad objetiva relevante penalmente.....                                         | 78 |
| 4.3. | Elementos de Concausalidad objetiva.....                                                    | 80 |
| 4.4. | El delito base como causa subjetiva.....                                                    | 81 |
| 4.5. | La causa objetiva y su calificación.....                                                    | 82 |
| 4.6. | El nexo causal del resultado preterintencional.....                                         | 84 |
| 4.7. | Metodología para la determinación de la existencia del resultado preterintencional.....     | 84 |

## **CAPITULO V**

### **5. LA CONCAUSALIDAD SUBJETIVA EN EL SISTEMA PUNITIVO ECUATORIANO**

|                      |                                                                                                                                        |    |
|----------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 5.1.                 | La regulación penal de la Concausalidad subjetiva.....                                                                                 | 87 |
| 5.2.                 | Metodología.....                                                                                                                       | 88 |
| 5.3.                 | La variación cualitativa del resultado.....                                                                                            | 88 |
| 5.4.                 | Principales características de la Concausalidad subjetiva a la luz de la doctrina del materialismo dialectico sobre la causalidad..... | 91 |
| Conclusiones.....    |                                                                                                                                        | 93 |
| Recomendaciones..... |                                                                                                                                        | 94 |
| Bibliografía.....    |                                                                                                                                        | 95 |

## INTRODUCCIÓN

La doctrina ordinariamente, solo admite la existencia del nexo causal en los delitos de resultado material, aceptándola con énfasis en los delitos de comisión por omisión. Hoy en día, la causalidad es un debate incesante, acerca de su existencia de utilidad, intentando desplazarla por un nuevo mecanismo de imputación, denominado como la *conexión objetiva*.

La problemática radica en que los dos contendientes de la causalidad, consideran que el resultado y el nexo causal son elementos coyunturales y no estructurales del delito; apenas circunstancias accidentales que concurren a la integración de ciertas figuras delictivas, cuya descripción típica requiere de un determinado efecto.

Para algunos autores como: Córdova Roda, da Costa, Maurach; el nexo causal representa un requisito peculiar de una especie de infracciones; no constituye un requisito indispensable de todos los delitos, sino solamente de aquellos que exigen un resultado exterior para su consumación.

Pero muy por el contrario, a mi forma de pensar, considero que la sobrevivencia del nexo causal, y lo que es más, en su generalización a todas las infracciones, ya que se amplía todos los delitos.

Debo sumergirme en las foscas del pasado del Derecho Penal, para poder comprender a fondo la ley de la causalidad; “La causalidad en sentido jurídico es algo distinto a la causalidad en el sentido de las ciencias naturales. Está última representa una relación entre dos estados, uno de los cuales le sigue al otro según las leyes naturales”; palabras de Wessels, y totalmente aplicables, ya que esta ley causal sería inadecuada e insuficiente en el derecho penal como principio de la imputación del resultado.

El concepto penal de “causalidad”, es jurídico – social con referencias ontológicas y normativas; en realidad no se identifica con el concepto causal de las ciencias naturales, ni con el concepto causal filosófico.



Así fue que los romanistas creyeron encontrar sospechas de causalidad en su antiguo Derecho; que los llevo a la descripción e interpretación de algunos prefijos en latín.

En cambio, en el Derecho penal Bárbaro, la causalidad estaba perdida en lo absoluto. Solo a fines del Medioevo, y en los albores de la Edad Moderna legislaciones como la Carolina (Constitución Criminal de Carlos V) se empieza a referirse a ella, aunque únicamente en los casos de homicidio y heridas irremediables. Esta condujo al reconocimiento del Derecho Penal como una institución jurídica que no dependía ya de la arbitrariedad del más fuerte sino que tenía que servir al bien común y adaptarse a la necesidad de justicia de la comunidad.

Ya en el siglo XIX, en lugar de causalidad se hablaba de imputación para referirse a la adjudicación de un delito, pero en nuestros días es un error garrafal confundir imputación con causalidad, pues la primera vendría ser a “quien” y la segunda “el por qué” de ese “quien”.

El primer desliz, con que nos encontramos al establecer las bases para el estudio del problema, está en suponer o entender que para el Derecho Penal, en general, y para la teoría jurídica del delito, lo que interesa es establecer una relación de causa a efecto entre la conducta del delincuente y las consecuencias físicas externas que se vinculan a ella.

En definitiva, todos los casos corrientes que ofrece la práctica de cada día es necesario y suficiente para la imputación objetiva del resultado típico, que el mismo haya sido causado por el autor, y que ello esté justificado por este nexo causal inseparable.

## JUSTIFICACIÓN

El tema de esta tesina se circunscribe dentro de la órbita de la aplicación de las garantías del debido proceso, al proceso penal acusatorio contemplado en el Código de Procedimiento Penal del año 2008 vigente en el Ecuador, especialmente a la aplicación de estas garantías a las investigaciones de la Policía Judicial por su propia iniciativa y como auxiliar del Ministerio Público y a las investigaciones pre procesales y procesales del caso delictivo concreto que éste realiza en ejercicio de la función persecutoria de los delincuentes para fundamentar la imputación del delito cuando resuelve iniciar el proceso penal y para fundamentar el dictamen acusatorio a la conclusión de la instrucción fiscal, ante el respectivo juez penal para que dicte auto de llamamiento a juicio contra el imputado que ha sido acusado, así como para utilizar los resultados de tales investigaciones como pruebas y fuentes de prueba en el juicio contra el acusado y ante el tribunal penal.

El núcleo que orienta el desarrollo del tema así propuesto consiste en la observancia de la sanción como validez o de la ineficacia probatoria contemplada como garantía del debido proceso en nuestra Constitución Política y en Código de Procedimiento Penal, tanto a las investigaciones vulneratorias de la Constitución o las garantías del debido proceso como a los resultados inmediatos y mediatos obtenidos con la vulneración; por lo cual, se incide en la obligación jurídica constitucional del titular del órgano jurisdiccional para hacer efectiva la sanción de invalidez procesal, juzgando la constitucionalidad de las investigaciones, como presupuesto sine qua non para otorgarles efectos jurídicos procesales cuando se han practicado con observancia de la Constitución o la Ley, o para rechazarlas o excluirlas cuando se han realizado con vulneración de garantías del debido, al igual que a la cadena causal de resultados o frutos envenenados que se originan en tal vulneración.

También se estudia la aplicación de la sanción de invalidez o de la ineficacia probatoria por la inobservancia de las garantías del debido proceso que rigen la práctica de prueba en el juicio, es decir, por haberse actuado indebidamente la prueba.

## **CAPÍTULO I**

### **1. EI NEXO CAUSAL**

#### **1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS**

En la forma primigenia de organización social, que es el régimen de la comunidad primitiva, en el orden rige el sistema de la mancomunidad penal, que se basa en la solidaridad de todos los miembros de la comunidad gentilicia, que se encuentra conformada por los consanguíneos descendientes de un antecesor común. En la comunidad primitiva la solidaridad es la base fundamental para la supervivencia del grupo de consanguíneos, y es tan fuerte que prácticamente el individuo aislado no cuenta, ya que todos están obligados a ayudarse y defenderse de cualquier peligro o ataque. La muerte de un miembro de la gens por un extraño imponía a los consanguíneos de aquel la obligación de la venganza de sangre. Las relaciones entre los miembros de la gens se regían por la costumbre que expresaban tanto los intereses del grupo como los individuos de los componentes de la gens; por eso, se cumplían voluntariamente en virtud de que todos estaban convencidos de que eran justas y necesarias. De ahí que, la infracción de las costumbres solo podía darse en casos excepcional y suscitaba la inmediata reacción negativa de la colectividad gentilicia. Solamente las acciones que causan un daño o perjuicio objetivamente considerado son reprimibles colectivamente por los miembros de la gens, por lo que no distinguen los daños intencionales de los causales, ni la tentativa del delito consumado, ni la autoría de la complicidad. No existe pues, el concepto del delito tal como nosotros lo entendemos sino que a esta se lo identifica con el daño o perjuicio ocasionado por la actividad del infractor. En el sistema de la venganza de sangre no existe la responsabilidad individualizada, ni se distingue el dolo de la culpa; únicamente cuenta el hecho de haberse ocasionado el daño, ya que éste y la actividad del agente solamente se establece en la relación causal objetiva. Además, la reacción de la venganza de sangre no se ajusta a medida alguna ni es proporcional al daño causado. Así, si un hombre es golpeado, todos sus consanguíneos se creen con derecho en matar al ofensor ya todos los consanguíneos de

este, por lo cual eran muy frecuentes las guerras de exterminio entre las gens.

Posteriormente merced, al desarrollo de las condiciones de existencia material de la sociedad, aparece la composición penal y el sistema de la venganza de sangre evoluciona al sistema de la venganza privada y la composición penal. En un principio la venganza privada es obligatoria y la composición es subsidiaria de aquella, en tanto que con posterioridad, la composición es obligatoria y la venganza privada adopta el carácter de subsidiaria. En este nuevo sistema, cuando se infiere daño o perjuicio a un hombre, es deber ineludible de la familia del ofendido castigar al ofensor y a sus parientes. La ofensa puede desaparecer si el daño o perjuicio es reparado por el ofensor o su familia, mediante la composición, que no es otra cosa que el pago de la indemnización de los daños y perjuicios. También el sistema la responsabilidad no se encuentra individualizada en la persona del culpable, sino que son responsables todos los familiares de este; y, cuando se da paso a la venganza privada, esta no se ajusta a medida alguna ni es proporcional a la gravedad del daño o perjuicio ocasionado por el ofensor. No importa para nada la intención de este, es suficiente una relación de causalidad objetiva entre el daño y la actividad del agente para que se desencadene la venganza o funcione la composición penal. Por tanto, no existe distinción entre dolo y culpa ni entre daño intencional, ni entre daño causal ni importa para nada la tentativa.

Para terminar el comentario de los sistemas penales vigentes en el régimen de la comunidad primitiva, manifiesto que su aplicación se basa exclusivamente en la causación objetiva, entre el hecho del ofensor y el resultado objetivo o material, es decir, que se infringe el orden penal cuando por un hecho del hombre se ha ocasionado un daño material, considerado, sino hay este no existe delito. Por tanto, la noción de daño se confunde con la de delito, y el orden penal y el civil se encuentran confundidos.

Ésta extrema rigurosidad y las desastrosas consecuencias de la venganza indiscriminada, duran hasta que aparece el estado como forma de

organización social, que en un principio comienza a legislar reglamentando la venganza privada y la composición penal, para atenuar su extremo rigor. Concretamente, mediante esta reglamentación, según Valentín Letelier, se establecen las siguientes restricciones:

- a. “La venganza privada solo puede ejercerse contra el autor del daño.
- b. Para ejercer la venganza privada se requiere autorización del estado, esto implica la previa comprobación del delito.
- c. Se libra de la venganza privada a los autores de daños causales e involuntarios.
- d. Se modera la venganza privada en proporción al daño causado, mediante la ley del Tali3n, tan general en los pueblos b3rbaros”<sup>1</sup>.

## **1.2. LA ACCIÓN**

La acci3n es una manifestaci3n de voluntad dirigida a la obtenci3n de un resultado. El ser consiente constituye su naturaleza. La conciencia es la capacidad del hombre de sentir y percibir los fen3menos de un mundo subjetivo y objetivo. Por la conciencia tiene noci3n de su propia existencia: piensa, conoce, comprende, recuerda, prev3, imagina, y, sabe que imagina, recuerda, comprende, conoce y piensa.

El hombre a tener noci3n de su propia existencia es libre para reaccionar de una manera o de otra ante los est3mulos de su mundo subjetivo y objetivo. Antes de obrar reflexiona sobre las consecuencias de una u otra acci3n; se imagina obrar, escoge los medios m3s convincentes para la ejecuci3n de la acci3n; finalmente elige una acci3n determinada y la ejecutada. Esta capacidad de decidir, de libertad de acci3n, de autodeterminaci3n se denomina voluntad.

---

<sup>1</sup> Valent3n Letelier.- G3nesis del Derecho.- Editorial Jur3dica de Chile. 1967. P3gs. 316 – 317.

Siendo la acción del resultado de la autodeterminación del sujeto, en su desarrollo se observa tres momentos: deliberación, decisión y ejecución. El sujeto determina la acción, se decide por un hogar, en base a móviles y motivos. Los primeros tienen un contenido afectivo, esto es, prevalecen emociones con el miedo, la cólera, la alegría, etc.- en tanto que en los segundos, predomina el conocimiento, la reflexión, la percepción, la imaginación y el razonamiento. En la práctica, móviles y motivos se confunden y son los que determinan la finalidad de la acción.

La autodeterminación contiene la finalidad de la acción. El sujeto elige y realiza la acción con una finalidad concreta, persigue la realización de un resultado. De tal manera que entre la acción y el resultado existe una relación de causalidad. Como el derecho penal se ocupa de fijar los resultados prohibidos sin detallar todas las acciones que pueden provocar los, establecimientos de relación de causalidad entre la acción realizada por el agente y el resultado cobra capital importancia.

La vida de relación entre los miembros de sociedad se realiza a través de la acción, que adquiere el carácter de social, porque tiene relación directa con las normas de convivencias u orden que la sociedad nos impone, o sea que consista en acatamiento o transgresión de este. Esta acción produce sus efectos dentro de la sociedad y puede ser ejecutada por un solo individuo y constar de un solo acto o de varios concatenados a un mismo fin; sin perjuicio de que pueda ser ejecutada por varios sujetos que actúan en conjunto por el medio social.

El orden social exige la realización de determinadas conductas porque se consideran necesarias para el cumplimiento de los fines de toda sociedad, como es la protección, seguridad, y respeto por los derechos de sus miembros. El individuo aislado, por si solo carece de derechos y obligaciones. Solamente dentro de la sociedad que necesariamente debe basarse en orden o conjunto de normas de relación, nacen los derechos de sus miembros, a condición que estos respeten dichas normas de relación necesarias para la existencia y desarrollo de la sociedad. El que no cumpla con esta condición, mal puede esperar respeto a sus derechos individuales. De ahí que siendo la sociedad la que crea los derechos y obligaciones, es ella misma la que los hace efectivo, no porque constituyan un interés en particular de los individuos, sino porque su violación ataca al orden social, al conjunto de normas necesarias para el desenvolvimiento social.

**Teoría causalista de la acción:** influenciada por el positivismo imperante en la filosofía y la ciencia del siglo pasado, la teoría causalista afirma que la acción es un mero proceso causal desencadenado por la voluntad en el mundo exterior, sin tomar en consideración si el autor lo ha querido o lo podía prever. La acción es enteramente objetiva, ajena a la finalidad que persigue. La voluntad que se exige en la acción, tiene un reducido valor, y sólo es útil para distinguir aquellos hechos en que el hombre actúa impulsado por una fuerza mecánica o fisiológica.

Esta concepción fue desarrollada entre otros, por Franz von Liszt, Ernests von Beling y Gustavo Radbruch (1878 – 1949) y tuvo una vasta acogida, por responder a las ideas en apogeo y por su aparente claridad, libre de confusiones. En efecto, el positivismo jurídico pretende huir de la metafísica y solo desea estudiar lo observable, a través de métodos empíricos. En este sentido, la acción causalista es perceptible sin necesidad de recurrir a algún contenido subjetivo. Por otro lado, los causalistas se enorgullecen de la ventaja sistemática de una teoría: lo objetivo pertenece a la acción, y lo subjetivo, es decir, la relación anímica del agente con su acto, es estudiado en el elemento de la culpabilidad.

Siguiendo estas ideas, Eduardo Novoa en foca la acción “descriptivamente, como puro fenómeno natural, y que consiste en un comportamiento exterior del hombre, positivo o negativo”<sup>2</sup> y a ella no se le debe mezclar ningún concepto valorizado, pues con ello “la recargaríamos de antemano los atributos que constituyen los demás elementos del delito e introduciríamos una confusión metodológica que oscurecería los deslindes de cada uno de esos elementos”<sup>3</sup>.

Esta teoría naturalista ha sido criticada, con razón. Separada arbitrariamente de la acción, su finalidad, es inadmisibile. El hombre siempre ejerce una actividad final: Sus actos y los medios que elige para realizarlos están determinados por el fin que desea alcanzar. Acción sin finalidad es inconcebible.

El causalismo tropieza además con obstáculos insuperables. A la luz de esta teoría, no se puede extinguir un hecho de la naturaleza de la acción humana. ¿Qué distingue externamente la acción de una persona que rompe una vitrina con sus puños, de otra, que empujada por un fuerte viento, causa el mismo resultado? Para hacer la distinción, se debe

---

<sup>2</sup> Eduardo Novoa M. Curso de Derecho Penal Chileno Tomo I Pág. 265

<sup>3</sup> Eduardo Novoa M. Curso de Derecho Penal Chileno Tomo I Pág. 266

considerar el contenido subjetivo de la acción. Acertadamente, el penalista alemán Hans Welzel, dice que “la finalidad es vidente y la causalidad ciega”<sup>4</sup>.

**Teoría Finalista de la Acción:** La concepción finalista de la acción ha irrumpido con mucho éxito en las últimas décadas, pero tiene sus orígenes filosóficos en el pensamiento de Aristóteles. En el ámbito jurídico, ha sido desarrollada con brillo por el profesor Hans Welzel.

Para el finalismo, el hombre puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su actuar y por el conocimiento que posee de las relaciones causales, puede ordenarlas conforme a su voluntad “actividad final – dice Welzel – es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es el resultado causal de los componentes causales existentes en cada caso”<sup>5</sup>. Esta intervención de la voluntad es la que caracteriza a la acción, rechazándose la escisión de la acción en un aspecto naturalista externo y otro de tipo subjetivo.

Explicación que comparto, además de responder a la realidad permite comprender sin ambigüedades, instituciones como el delito culposos, la tentativa, etc. El finalismo tiene importantes consecuencias, que alcanzan, a la exposición misma del delito. Tradicionalmente, los causalistas, estudian el dolo y la culpa en el elemento de la culpabilidad. El finalismo, en cambio, lo hace en el momento de la “acción típica”. En algunos lugares adhieren a la teoría finalista, entre otros, como nos dice Álvaro Bunster, Juan Bustos, Luis Cousiño, Enrique Cury, Alfredo Etcheverry, Luis Ortiz y Sergio Yáñez.

**Acción y Omisión:** El elemento acción tiene la amplitud suficiente para comprender en su seno a dos formas posibles de actividad: una que consiste en un hacer, y otra que consiste en un no hacer.

El ordenamiento jurídico además de prohibir la relación de determinadas reacciones, impone la obligación de ejecutar otras, castigando su omisión. Por consiguiente existen delitos de acción, de omisión simple y de

---

<sup>4</sup> Hans Welzel. Derecho Penal Alemán. Pág. 54

<sup>5</sup> Hans Welzel. Derecho Penal Alemán. Pág. 53



comisión por omisión. La mayor parte de los delitos deben cometerse mediante un hacer, como por ejemplo el hurto, las lesiones, etc. Excepcionalmente, la ley establece delitos de omisión que se cometen a través de un no hacer, infringiéndose la norma imperativa que ordena actuar. La omisión de socorro y la denegación de auxilio por un empelado público requerido por autoridad competente, son algunos ejemplos.

El delito de comisión por omisión – arduamente discutido en la doctrina – consiste en la producción de un resultado a través de un no actuar (igual que en la omisión simple), quebrantándose una norma prohibitiva. La madre que no alimenta a su pequeño hijo, causándole la muerte, comete un homicidio de comisión por omisión. Los delitos de comisión por omisión requieren la existencia de una persona que tenga la obligación específica de impedir un resultado lesivo, o sea, debe tener una posición de garante del bien jurídico.

El doctor que paseando en Guayaquil, se informa de la gravedad de una persona domiciliada en la ciudad de Loja, no comete homicidio si el enfermo fallece por falta de atención médica. Hay, en cambio, responsabilidad penal, si el médico había celebrado contrato con el enfermo y el profesional omite su obligación, teniendo la posibilidad real de cumplirla, a consecuencia de lo cual muere el paciente.

La solidaridad humana, exige naturalmente a todas las personas, un deber de ayuda y asistencia recíproca permanente, que se acentúa cuando un bien jurídico está en peligro. No obstante, la responsabilidad penal, sola nacerá cuando exista una obligación jurídica de garante.

En lugares específicos, no hay dificultad no hay para admitir los delitos de comisión por omisión, porque la definición legal de delito habla expresamente de “acción y omisión”, castigándose por ejemplo, la conducta omisiva en los delitos contra la personas.

En otros países, el asunto es controvertido, los juristas franceses se muestran adversos a admitir, por ejemplo, el homicidio de comisión por omisión, invocando la imposibilidad de reconocer un nexo causal entre la omisión y el resultado. “Emile Garçon manifiesta que la nada no produce

nada”<sup>6</sup>, “Roger Merle añade que la incriminación de abstenciones quebranta el principio Nullum crimen sine lege nulla poena sine lege”<sup>7</sup>.

El individualismo del derecho liberal, que aún perdura, debe dar paso a una colaboración estrecha entre los hombres, para hacerlos partícipes de un mismo fin, con bienes y responsabilidades compartidas. Esta nueva solidaridad, que reclama la hora presente implicará – con seguridad - el aumento de los delitos de omisión simple y de comisión por omisión.

Ausencia de Acción: La acción es el elemento sustancial del delito, y, en consecuencia, su presencia es esencial, las ideas anteriores nos permiten llegar a la conclusión de que para el derecho penal no son acción:

**a.** Los pensamientos. El Derecho, a diferencia de la moral, actúa solo cuando existe la exteriorización de una conducta y desde ese momento es posible reprochar penalmente a una persona. Por consiguiente, las actividades internas que no tienen manifestaciones externas, no admiten castigo. El digesto consagró ya el principio “cogitationis poenam nemo patitur” (los pensamientos no son penados). Los regímenes totalitarios, con frecuencia olvidan este postulado.

**b.** Los hechos de los animales y de las cosas inanimadas. Los procesos a animales y a hechos de la naturaleza fueron comunes en las sociedades que no se preocupaban del contenido subjetivo de la acción, satisfaciéndose con la sola causación de un daño. El progreso moderno ha desterrado estas prácticas pretéritas.

**c.** Los hechos involuntarios del hombre. En ciertas ocasiones, el hombre realiza actos impulsados por fuerzas externas, sin la intervención de la voluntad. Aquí la persona actúa como mero ser físico, carentes de finalidad. Los actos reflejos y los realizados en sueño normal o estado sonambúlico no constituyen acción. Sin embargo, eventualmente habrá

---

<sup>6</sup> Sergio Politoff, Francisco Grisolia y Juan Bustos. Derecho Penal Chileno. Parte especial. Pág. 69.

<sup>7</sup> Sergio Politoff, Francisco Grisolia y Juan Bustos. Derecho Penal Chileno. Parte especial. Pág. 67.

responsabilidad penal, si la persona desaprovecha conscientemente de estos hechos involuntarios para cometer un delito.

### **1.3. EL RESULTADO**

La ley penal regula los efectos de las acciones antisociales que provocan alarma social y por consiguiente reacción social colectiva contra el infractor. En ella de un modo general se establece que, el que provoca tal resultado con una acción antisocial será sancionado con tal pena. La ley penal no es la descripción de todas las acciones antisociales que merecen una pena, de ninguna manera, ella se refiere únicamente a los que no se debe provocar, a los resultados prohibitivos, y en caso de que estos se produzcan, a la pena que debe aplicarse al infractor.

En efecto, es prácticamente imposible hacer un listado de todas las acciones antisociales que pueden ocasionar un determinado resultado prohibido y conminado con la amenaza de una pena. Se observa más bien que ante esta imposibilidad, la ley penal se refiere a las formas o medio de provocar el resultado prohibido, con el objeto de configurar las acciones o regular la pena agravándola o disminuyéndola.

Siguiendo este orden de ideas, hay que destacar que la ley penal, al no poder señalar todas las conductas antisociales que provocan un resultado prohibido sancionado con una pena, se conforma con fijar las condiciones que una acción debe reunir para ser considerada antisocial. La calificación de la acción como antisocial es el presupuesto necesario para que el resultado provocado pueda ser considerado como prohibido, y en consecuencia pueda aplicarse la pena al autor responsable.

La acción para ser antisocial o delictiva debe ser típica, antijurídica y culpable. Estas tres condiciones son los elementos jurídicos que califican la acción como delictiva y determinan la aplicación de la pena respectiva. Basta que falte uno de estos elementos para que la acción de que se trate no pueda ser penada, aunque haya provocado el resultado previsto en el respectivo tipo penal.

Como los códigos penales se ocupan en fijar los resultados prohibidos en forma concreta y determinada, obviamente que el resultado está a la vista

en los tipos penales, y únicamente hay que constatar la adecuación típica de la realidad fáctica al tipo penal.

Más no siendo posible fijar en concreto todas las acciones que pueden provocar ese resultado, sino que en el tipo se emplea una fórmula abstracta que describe la acción, el establecimiento del nexo causal entre la acción fáctica y el resultado previsto en el tipo y que se ha producido en la realidad exterior objetiva, es de capital importancia para los fines del proceso penal.

No hay que confundir el resultado del delito con la lesión del bien jurídico. En principio toda acción delictiva no es más que la realización de un resultado prohibido, y en consecuencia no es posible concebir una acción sin finalidad o propósito dentro del tipo penal; y precisamente la realización del propósito o finalidad es el resultado prohibido. En cambio, el bien jurídico concebido en términos de un derecho del sujeto pasivo del delito, decimos es lesionado cuando el resultado es una lesión, hay daño efectivo; más, en algunos tipos existe resultado sin necesidad de lesionar el bien jurídico en el sentido indicado, siendo suficiente que se lo ponga en peligro y entonces nos encontramos ante un resultado de peligro.

En todo caso no se concibe delito sin resultado.

Nuestro Código Penal, se refiere “al resultado delictivo como un acontecimiento dañoso o peligroso. Con base al carácter del resultado, se estructura la más importante clasificación de los delitos: en delitos de daño o resultado material y en delitos de peligro”<sup>8</sup>.

#### **1.4. CAUSALIDAD**

En la naturaleza como en la sociedad no pueden existir fenómenos sin causa, ni fenómenos que no produzcan ciertos resultados o efectos. La causalidad es una interconexión objetiva y universal de los fenómenos. El reconocimiento de la condicionalidad causal de los fenómenos se denomina determinismo. La doctrina del determinismo es la base del

---

<sup>8</sup> Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Arts.11 y 14. 2008

conocimiento científico y adquiere una doble dimensión; por una parte como método de explicación de los fenómenos conocidos; y por otra, como método de investigación, de descubrimiento de lo desconocido partiendo de lo conocido. Todo lo causal es condicionado, esto es, existe una interconexión causal universal entre los fenómenos. Nada existe independientemente de los demás; y, no existe un fenómeno que no pueda tener una racional explicación causal.

Estos principios que constituyen la base de todo conocimiento científico y práctico, es que se hallan vigentes en el comportamiento humano y social, son negados por ciertos teóricos que afirman que el hombre goza de libre albedrío; y que su comportamiento es independiente de la realidad objetiva que lo rodea, esto es que no responde a condicionalidad alguna y que goza de absoluta libertad de acción respecto al medio social y de las circunstancias que lo rodean.

En el ámbito del Derecho Penal la escuela que sostiene esta doctrina se denomina Clásica; en tanto que la escuela que sostiene la Doctrina del Determinismo se denomina Positiva.

El Determinismo ni niega ni rechaza la libertad en la conducta humana; considera a dicha libertad no como absoluta sino relativa, que tienen una completa explicación bajo la condicionalidad causal de los fenómenos sociales. El hombre como ser social no puede sustraerse a la influencia que la sociedad ejerce sobre él, al formar sus opiniones, aspiraciones, costumbres y capacitarlo para desempeñar una función dentro de la sociedad.

Las instituciones sociales formativas como la escuela, familia, iglesia y todo el conjunto de relaciones sociales condicionan de modo causal el carácter y personalidad de las personas. En el marco del mismo medio social de la influencia de las mismas condiciones sociales pueden formarse personas con diferente personalidad o individualidad espiritual, con una diferente concepción de la vida y de los problemas sociales. Cada una de estas personas, de modo completamente “libre”, en consonancia con su concepción de la vida y de los problemas sociales, puede elegir su comportamiento o determinar sus acciones. “Esta libertad

se compagina pro completo con el marco de la condicionalidad social y no contradice el principio causalidad<sup>9</sup>.

La causalidad en la naturaleza se diferencia cualitativamente de la causalidad en la sociedad. En la primera es enteramente objetiva porque existe independientemente de la sociedad y de nuestra conciencia y voluntad; en tanto que en la sociedad, en la vida de relación, la causalidad está ligada a la conciencia y voluntad de los hombres, al factor subjetivo. En la sociedad podemos distinguir la causalidad objetiva y la subjetiva, la primera es independiente de la conciencia y voluntad de los hombres y se rige por leyes objetivas, en tanto que la segunda depende de la conciencia y voluntad de los hombres. Ésta causalidad subjetiva es la que realmente interesa y es objeto del análisis siguiente.

La conciencia y voluntad con factores determinantes de la acción son la vez la base de la causalidad subjetiva. Una acción constituye una causa subjetiva de determinado resultado; es subjetiva porque depende del hombre, del que ejecuta la acción, con conciencia y voluntad. Cuando no hay conciencia ni voluntad, no hay acción, sino un hecho que no depende de la persona, y el resultado o efecto que produce se halla sujeto a una relación de causalidad objetiva.

La relación de causalidad o nexo causal, une la causa con el efecto o resultado. Es causa la acción que precede a un efecto y la origina; es efecto cuando se inicia después de la acción y es resultado.

¿Cuándo la acción es causa de un determinado efecto o resultado?

¿Cómo separar una causa de la que no lo es?

Para poder responder estas interrogantes que se plantean en la práctica es necesario conocer los rasgos de la causalidad, que son:

a. Entre la causa y el efecto debe existir una relación de continuidad, es decir, que existe una dependencia temporal. Sin embargo, esta condición que es indispensable en la relación causal, no es suficiente para la existencia de esta, pues no todo fenómeno precedente actúa como causa del fenómeno subsiguiente. No hay que confundir la simple

---

<sup>9</sup> A.A. Cuneaba. – Las Categorías de la Dialéctica Materialista. Ediciones Sudamericanas Ltda. Bogotá – Colombia.1977, Pág. 74

conexión en el tiempo con la relación de causalidad. Hay esta únicamente cuando el fenómeno precedente es el antecedente del fenómeno subsiguiente, es decir, que la origina, le da vida.

b. El segundo rasgo de la relación causal opera sobre la base de la dependencia temporal entre la acción y el resultado; y, consiste en la existencia de un nexo por su origen, de tal manera que sin la acción no se producirá el resultado. En otras palabras, entre la acción y el resultado debe existir un nexo genético.

Para establecer la existencia de la relación de causalidad entre la acción y el resultado, debemos analizar si están presentes los dos rasgos de la causalidad: primeramente la dependencia temporal y luego el nexo genético, es decir, si entre el fenómeno que precede y el fenómeno subsiguiente existe dependencia temporal y el nexo genético por su origen.

Penalmente la relación de causalidad une la acción con el resultado previsto, en el respectivo tipo penal.

Es causa la acción que precede al resultado y lo origina. De este enunciado general podemos extraer las reglas que deben observarse en la determinación del nexo causal en materia penal. Estas reglas son:

a. Comprobar si entre la acción y el resultado delictivo de que se trate, existe relación de continuidad o dependencia temporal.

Una vez que se ha establecido esta relación o de dependencia, no quiere decir que existe nexo causal, pues no toda acción precedente es causa del resultado subsiguiente. No hay que confundir la simple conexión en el tiempo con la relación de causalidad.

Por lo tanto es necesario comprobar a continuación si a demás de la relación temporal existe el nexo genético que se aplica en la regla siguiente.

b. Una vez que hemos establecido la existencia de la relación temporal entre la acción y el resultado sobre esta base pasamos a comprobar si existe un nexo por su origen, de tal manera que sin esa

acción no se producirá el resultado. En otras palabras, entre la acción y el resultado debe existir un nexo genético, la acción es el antecedente que origina el resultado subsiguiente.

En el ámbito de la causalidad subjetiva hay el nexo genético siempre que la intención de la acción coincida con el resultado provocado o por lo menos éste haya sido previsible o previsto por el agente.

Cuando el resultado es imprevisible y se produce por accidente nos encontramos en el ámbito de la causalidad objetiva, en donde no cuenta el conocimiento ni la voluntad del agente.

### **Teorías sobre la Causalidad en Derecho Penal**

“Como sería imposible e inútil hacer aquí el acopio total de las doctrinas formulas sobre la causalidad, se presenta un pequeño esquema. F. Von Liszt y Givanovith exponen las teorías sobre la causalidad en cuatro grupos, mientras Mezger los reduce a dos (equivalencia de condiciones y causación adecuada). Si nos propusiéramos hacer aquí una historia doctrinal del asunto, las repartiríamos en estos órdenes”<sup>10</sup>.

**a.** Causa Eficiente: que distingue la causa protectora del resultado, de las condiciones (Heilbron, R. Horn, Kohler, Kraus, Von Rohland, Stoppato, Luchini, etc.; Max E. Mayer siguió este criterio hasta 1899, pero lo abandonó en 1903).

**b.** Causa Necesaria: “de sentido inaceptablemente restricto, según la cual la causa significa una situación a la que debe seguir de un modo absolutamente necesario y rigurosamente general, otra situación”.<sup>11</sup>

**c.** Como una variedad se presenta un grupo de doctrinas que estima causa la de índole jurídica (Mosca, Angliolini, Tosti, Ferri).

---

<sup>10</sup> Tratado de Derecho Penal. Tomo III, Buenos Aires, Losada, 1951, Págs. 444, 445

<sup>11</sup> Ranieri. *Sucesión*.



**d.** Causa en sentido individualizada: que designa como causa una de las condiciones del resultado. Esta teoría tiene variedades: doctrina de la preponderancia (Binding), de la condición más eficaz (Birkmeyer), etc.

**e.** Causa humana y causa racional: expuestas por Antolisei en Talia y Soler en la Argentina, que fatalmente desembocan en un aspecto de la causalidad adecuada.

**f.** Causación adecuada: que es la que atribuye la categoría de causa sólo a aquella condición que generalmente es apropiada para producir el resultado, es decir, sólo a la condición adecuada al resultado. Su más decidido mantenedor es Von Bar, que al principio sostuvo el criterio antes expuesto, proclamando en 1871 que debe excluirse de la causalidad, en el ámbito jurídico, todo lo que no corresponda a la denominada regla de la vida. El fisiólogo J. Von Kries, al dar los fundamentos de esta doctrina crea la teoría subjetiva de causación adecuada, considerando como causa la propia para producir un resultado de índole concreta que se halla en cuestión, en el sentir del sujeto que actúa. Max Rümelin establece una teoría objetiva, y para escapar a los reproches que se hicieron a Von Kries, afirma que el problema de la probabilidad, en que descansa la adecuación debe ser resuelto desde el punto de vista del observador objetivo, es decir, según el criterio del Juez, con discrepancias más o menos voluminosas, siguen esta doctrina: Liepmann, Merkel, Meyer – Alfred, Perroni – Ferranti, Massari, etc. A este grupo deben adscribirse, además, las teorías de las circunstancias generalmente favorecedoras de Träger; de la adecuación como cuestión previa de Tarnowski, y en última instancia, y a pesar de partir de la equivalencia de condiciones, la de R. Von Hippel.

**g.** Equivalencia de las condiciones o Teoría de la Condición: que es la dominante en el derecho penal alemán. Según esta teoría, se estima causa toda condición del resultado concreto, y todas las condiciones

deben considerarse equivalentes, no solo en el sentido causal, sino también en el jurídico. En suma: toda condición debe ser tenida, como causa del resultado. Por ello se formula también diciendo doctrina de la *conditio sine qua non*. Su más genuino representante es Von Buri que tiene como precursores a Burner, Hälschner, Köstlin y Glaser. La equivalencia de condiciones se acepta por Franz Von Liszt, Finger, Von Lilienthal, Stoos, Van Calker, Radbruch, Paul Merkel, Schwartz, etc. Incluso en cuanto a sus resultados, esta es la opinión que parece seguir Thyrén, a pesar de las diferencias que hace entre condiciones positivas o favorecedoras, negativas e indiferentes.

Las teorías imperantes son la reseñadas en los dos lugares postreros, incluso pueden reducirse a estos dos grupos las variadísimas doctrinas ideadas por los escritores.

### **Crítica a la Teoría de la Equivalencia de Condiciones**

Apresurémonos a dejar sentado que, desde el punto de vista causal, ésta es la única tesis correcta. El principio de *conditio sine qua non*, ya formulado, es absolutamente indispensable para decidir sobre el nexo causal entre la acción humana y el resultado concreto. Cuando se contempla, pues, la relación de causa en su aspecto filosófico y su aplicación causal al Derecho punitivo, no hay más teoría correcta que la de la equivalencia de las condiciones.

Pero el error de sus partidarios estriba en creer que con ello ya se ha solucionado el fundamento de la responsabilidad penal. En efecto: la doctrina de la condición (*conditio sine qua non*), correctísima como concepto teórico – causal, llegaba a injusticias que constituían verdaderas monstruosidades, en numerosos casos de la vida penal; sobre todo en las rigurosas aplicaciones de esa teoría a los delitos calificados por el resultado, y en las situaciones en que intervienen otras series causales. Los correctivos que se han querido poner a los excesos de esa teoría, con la exigencia de la culpabilidad, o son insuficientes o suponen la

intromisión de una característica del delito en un instante en que aún no deben suscitarse los problemas de índole subjetiva.

Carlos Binding, con su acre ironía, criticó ya las teorías del nexo causal del tipo generalizador, y particularmente la doctrina de la equivalencia de condiciones, diciendo que si éstas tuvieran esa importancia en el orden penal, habría que castigar como autores en el adulterio no sólo a la mujer que cohabita con varón que no es su marido y al que yace con ella, sino al carpintero que hizo la cama.

### **Crítica de la Causación Adecuada**

Esta doctrina trató de corregir los excesos de la anterior; mejor dicho, de evitar las injusticias que producía la equivalencia de condiciones en orden a la responsabilidad penal. Pero, con recto propósito, siguió un camino falso: pretendiendo resolver el arduo asunto antes de tiempo, incidió en un dislate metódico. En vez de preguntarse, una vez aceptada la tesis de la *conditio sine qua non*, si el nexo causal evidente era relevante para la responsabilidad, trató de fundar una teoría causal que solucionase a priori el asunto. Su más voluminoso error no está en esta impaciencia antilógica, sino en haber elaborado una doctrina jurídica de la causalidad, distinta de la física y filosófica. No es posible de tanta monta genera y unitaria, elaborar una doctrina para andar por la casa del Derecho Penal.

### **La Relación causal y si Relevancia**

Durante cerca de un siglo se cuestiona en Alemania sobre el problema del nexo causal entre la conducta humana, y el resultado delictivo. El combate doctrinal no parecía tener tregua, y hasta se llegó a decir que por ser teóricamente insoluble, acaba siendo tan apasionado e irreductible como lo fue la polémica sobre el libre albedrío y el determinismo.

La posición correcta ha abriendo lento camino, y en treinta años de labor parece llegar, al fin, a una meta satisfactoria, tanto desde el punto de vista teórico como práctico.

El talento de M. E. Mayer supo atisbar ya el punto de arranque. De un modo taxativo, dejó. En vez de formular la pregunta, que engendra confusión, procede formularla sobre la importancia o relevancia de la relación causal. Por su parte, Beling centró el problema en referencia a los tipos. En uno de sus últimos trabajos - ya recordado - trata del estado actual de la doctrina de causalidad en derecho penal, y acusa a la teoría imperante, de la equivalencia de condiciones, de haber incurrido en el grave defecto de servirse de un concepto de causa de valor general y apriorístico, que ni aun siquiera se basa en un determinado ordenamiento jurídico, cuando menos en la disciplina de que se trata, o en los preceptos jurídicos respecto a los que el problema surge. Para Beling, el único camino correcto para solucionar el problema de la causalidad consiste en acudir a los tipos legales delictivos, y dentro de ellos a las imágenes rectoras. El jurista ha de contemplar muy especialmente en cada tipo el verbo activo que el legislador empleó (matar, lesionar, apoderarse, etc.). Beling está al borde de la solución exacta del problema, pero yerra por querer hallarla dentro de la causalidad misma, reduciendo ésta a una doctrina que resuelve el asunto con el buen sentido. Las opiniones de Beling se siguen por Proebsting, e incluso debe señalarse el influjo que ha ejercido la teoría de los tipos legales en el sistema expuesto por Ranieri.

Pero mejor que esas grandes figuras de la ciencia penal, intuyó sobre la solución exacta, en 1912, Max Ludwig – Müller. Al promover este autor la incorporación de la idea de la adecuación a la doctrina de la antijuricidad, atisbó ya el criterio correcto de que la relevancia o importancia jurídica de la conexión causal sólo puede lograrse adentrándose en los tipos legales, mejor dicho, en el sentido de cada uno de los tipos descritos en la ley. En efecto: al expresar Ludwig – Müller su criterio de relacionar la adecuación con la antijuricidad, traspasa los límites de lo antijurídico en general y penetra en el ámbito de la tipicidad específica.

Finalmente, Mezger, que comienza a perfilar su teoría en 1921, construye, con menos originalidad que los predecesores citados, ya que toma de cada uno lo que estima mejor, una satisfactoria doctrina en que se acepta la conexión causal de toda condición, entre el acto y el resultado, como punto de arranque, y se suscita después la relevancia para la responsabilidad, adentrándose para determinarla en el sentido de los tipos legales. Posteriormente ha de contemplarse la existencia de la culpabilidad. Bien pronto esta doctrina de la relevancia se expuso con más detalles en la monografía de Engisch, aunque su teoría difiera de la

de Mezger por las críticas que asesta a la *conditio sine qua non* fundamento de la causalidad. La doctrina que expongo imperaba en Alemania hasta 1933 (antes de que el fervor nacionalista destruyera las más finas construcciones jurídicas), y es la más correcta por unir la conexión causal, basada en la equivalencia de condiciones, y la relevancia en orden a la responsabilidad. Merece ser expuesta con detalle, sobre todo por ser la única, que a mi juicio, soluciona el arduo problema, sin perjuicio de que, al llegar al nexo subjetivo de la culpabilidad, se haga valer la peligrosidad del agente.

### **La Teoría Correcta**

En vez de establecer sólo dos presupuestos de la punibilidad de una acción y de la responsabilidad penal de su autor – a. el nexo causal de la conducta voluntaria del agente con el resultado, y b. la culpabilidad del agente en orden a los efectos, lo que tría como consecuencia que en los delitos calificados por el resultado, en que la causalidad material, con lo que se producían los excesos que ya he señalado – se precisa introducir un tercero.

La punibilidad de la responsabilidad del autor (dando de lado otras características del delito, como la antijuricidad, así como las condiciones objetivas de punibilidad que la ley exige en ciertas infracciones) ha de determinarse conforme a tres supuestos, en vez de los dos únicos antes enunciados:

- a. La relación causal entre la conducta voluntaria y el resultado: que ha de establecerse conforme al único criterio correcto en materia de causalidad, es decir, según la teoría de la equivalencia de condiciones (también denominada doctrina de la condición o de la *conditio sine qua non*)
- b. La relevancia jurídica de la conexión causal: que ha de determinarse en cada tipo, es decir, en cada una de las descripciones típicas de la parte especial de los Códigos, investigando su sentido para decidir concretamente si el nexo causal, que une evidentemente la

conducta voluntaria al resultado, es relevante para responsabilizar penalmente al autor, conforme a la tipicidad legal. Así resulta - como ha escrito taxativamente Mezger - que la “adecuación constituye una parte integrante especial de la tipicidad jurídico – penal”.

**c.** La culpabilidad del sujeto el orden al resultado: que es un tercer momento de índole subjetiva, y por ende, de naturaleza totalmente distinta a la de los dos presupuestos anteriores.

### **Causalidad y Culpabilidad**

Conforme ya he dicho, el tercer presupuesto en el sistema del nexo causal y relevancia, para exigir responsabilidad por un resultado concreto, a un determinado agente, es la culpabilidad.

A mi juicio, debe exigirse, en el sistema escogido de causalidad y relevancia, al tercer presupuesto de la culpabilidad del resultado, cuando aparezcan demostradas la causalidad y su relevancia penal; es decir, una vez que se ha comprobado la tipicidad de la acción. Ciertamente, ese presupuesto tercero – y no siempre constante, ya que acaso falte en ciertos delitos – es de índole distinta a los otros dos, ya que aquellos son de índole objetiva y éste es de naturaleza subjetiva. Por ello me parece exagerada la tesis de Thyrén, y sólo acepto de la afirmativa de Givanovitch un significado más estricto que el que el propio autor da a sus frases. La responsabilidad no existe sin causalidad en cuanto la prueba de ésta es un punto de partida que debe después depurarse a través de la relevancia y de la culpabilidad sensu stricto. Por otro lado, la naturaleza evidentemente diversa de ambas nociones, la independiza, aunque desde otro punto de vista vuelvan a relacionarse de nuevo, ya que para que pueda existir la responsabilidad a título de dolo, es necesario que la representación del sujeto abarque también el curso causal que lleva la producción del resultado.

A pesar de su independencia relativa, se relaciona el nexo causal y la culpabilidad, en otro aspecto largamente estudiado y que no deja de estar controvertido. La exigencia de la culpabilidad ejerce el papel de

corrección o freno a los excesos en que pueden caer las doctrinas de la causalidad. Pero forzoso es confesar que ese correctivo falla totalmente en dos grupos de casos enteramente contrapuestos: en aquellas hipótesis en que el agente contaba de modo intencional con que se produjera un curso anormal de causalidad, y en aquellas otras en que el delito está calificado por el resultado.

Mientras nos hemos movido en un terreno descriptivo (tipicidad), o de valoración objetiva (antijuricidad), no ha sido preciso estimar, en la medida como desde este instante es necesario hacerlo, la individualización.

**a.** Noción de la Culpabilidad en sentido amplio y en sentido estricto

En el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La imputabilidad suele quedar encerrada, en los Tratados alemanes, en el amplio capítulo de la culpabilidad lato sensu. Ora estimada como parte o elemento de la culpabilidad, según hace Mezger, o bien como problema previo de capacidad, conforme aparece en la mayor parte de los tratadistas germánicos. La imputabilidad figura, pues, no es una sección correspondiente al título del hombre criminal, sino como pieza dogmática del concepto de delito.

Ya se ha mencionado, que a mi juicio es preciso resucitar esta noción de imputabilidad que creyeron haber enterrado los positivistas, concebida como presupuesto, como capacidad penal (de acción, dijo Binding, tal vez erróneamente). La imputabilidad psicológica es, por tanto, la facultad de conocer y valorar el deber y de determinarse espontáneamente, según la concibe Max Ernesto Mayer.

En suma: la culpabilidad, en el más amplio sentido, comprende la imputabilidad, salvo cuando, como hizo Mayer, se invierten los términos, denominando imputación a la noción amplia, comprensiva de la culpabilidad.

**b.** Teoría General de la Culpabilidad: en las legislaciones no se ha definido de modo afirmativo ni la antijuricidad ni la imputabilidad. Sabemos lo que son en los distintos Códigos del orbe porque debemos

deducirlo por procedimientos inversos de las negociaciones que se consignan en las leyes penales. En efecto; éstas, en vez de decirnos lo que es antijurídico, nos dicen lo que no es injusto; esto es, lo que está justificado (causas de justificación) y en vez de definir quiénes son imputables, enuncian quiénes son inimputables (causas de inimputabilidad).

En cambio, aunque no se dé en artículo alguno la noción afirmativa de la culpabilidad, si suelen aparecer en los Códigos más modernos positivos del dolo y de la culpa, que son las especies de aquélla.

Hasta en los viejos Códigos, en que el esmero no suele presidir las definiciones de la parte general, encontramos la palabra intención, como requisito de las infracciones punibles, que no es otra cosa que el dolo.

Ahora bien; lo mismo que el tratadista construye la noción de la antijuricidad sobre los elementos en su derecho vigente, así podrá también componerse una Teoría general de la culpabilidad.

En los tratados de Mayer y de Mezger y hasta en el Compendio de paúl Merkel, encontramos una elaboración esmerada de la culpabilidad en general. En lengua española se hecho eco de tal sistema el profesor Sebastián Soler.

Sin embargo, ¿cabe, como piensa paúl Merkel, culpabilidad con independencia de dolo o de culpa? Lo niego y creo que ello es imposible, puesto que el género culpabilidad ha de encarnar en una de las especies; dolo y culpa.

A la inversa, ¿es posible, como cree Mezger, que el loco, el menor y el coaccionado obren intencionalmente, aunque no con culpabilidad? Si se toma la palabra intención, o el vocablo voluntario o voluntariedad, que aparece en el Código de España y en el de Ecuador, en el sentido de la lengua usual, entonces sí puede decirse que el enajenado, “que el menor y el que obra bajo una coacción moral, actúan voluntariamente, aunque sin dolo. En tal sentido podríamos hablar de la intención en el Código venezolano, que también usa ese vocablo”<sup>12</sup>. Pero, si en vez de tomar las palabras voluntariedad o intención, como se emplean en el lenguaje corriente, las tomamos en sentido técnico, entonces, si intención y

---

<sup>12</sup> Código Penal Venezolano. Art. 61.



voluntad significan dolo, no es posible que esas personas actúen intencionalmente (dolosamente). En puridad, lo que no pueden hacer ninguno de esos incapaces, o nadie que esté bajo miedo insuperable, es actuar con intención antijurídica; que en última instancia, es en lo que el dolo consiste.

**c.** Concepto normativo: aparece la acción culpable como la expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad. Edmundo Mezger, no sólo ha desenvuelto esa noción normativa que queda expresada en la breve fórmula que antecede, en su muy conocido Lehrbuch, sino también en una sugestiva monografía, publicada en el año 1932, con el título Schuld und Persönlichkeit; pero los creadores de esa concepción fueron Frank y James Goldschmidt.

Debemos ahora decidarnos por una de las doctrinas que se parten en el campo en que se ha querido fijar la naturaleza de la culpabilidad: doctrina psicológica y doctrina normativa.

- Doctrina Psicológica

Fundándose los partidarios de esa teoría en que la culpabilidad halla su fundamento en la determinada situación de hecho predominante psicológica. De ahí el aserto de que la relación subjetiva entre el hecho y el autor es lo que vale. Según los que así piensan, la culpabilidad reside en ella.

A mi juicio, inciden en un error los que tal afirman. La imputabilidad sí es psicológica; pero la culpabilidad es valorativa, puesto que su contenido es un reproche. No basta en ella, a pesar de lo que supone Radbruch, lo psicológico puro.

- Concepción normativa

Frank, en 1907; James Goldschmidt, en 1913; Freudenthal, en 1922; E. Schmidt, en 1927; Goldschmidt, de nuevo, y Higler, en 1930, y Mezger, en 1931, y aún mejor, en 1932, han desenvuelto con insuperable maestría la concepción valorativa de la culpabilidad.

Adviértase que a la acción corresponde el efecto del querer, y a la culpabilidad, no sólo el efecto, sino el contenido (contenido de representación). Es preciso, pues, reconocer que a culpabilidad supone

un contenido psicológico, pero éste no constituye ya de por sí la culpabilidad. Es el objeto sobre el que recae el reproche contra el autor. Sólo cuando este juicio de reprobación se hace, es cuando surge el concepto de culpabilidad. Es un juicio valorativo (desvalioso). Las críticas de Rosenfelt, Hippel y Soler a la concepción normativa de la culpabilidad carecen de poderío destructor. Por eso, aquélla se nos presenta como la más certera y la que está más llena de consecuencias eficaces. Nos permitirá, construir esa causa general de inculpabilidad denominada no exigibilidad de otra conducta.

**d.** La Culpabilidad y lo Injusto: El concepto de culpabilidad está basado en la culpabilidad del acto concreto injusto. El límite para la imposición de penas está en lo incalculable, en el caso fortuito (caus).

Yerran, pues, las legislaciones, como la española y los Códigos que derivan de la tradición hispánica, sitúan el caso fortuito entre las causas eximentes. Este es el límite de la culpabilidad.

La culpabilidad, cuando puede surgir porque no queda impedida por lo incalculable, se basa en el acto injusto. No puede existir una norma del deber independiente, de que habló Goldschmidt; ni la culpabilidad del carácter, que Liszt defendió; ni tampoco la culpabilidad potencial, de Lenz. El juicio de culpabilidad no se refiere exclusivamente al carácter, aunque se tenga en cuenta, sino a lo injusto concreto.

**e.** Noción General: Mezger cree poder darla. Y piensa que actúa dolosa o culposamente el que se encuentra en tales referencias anímicas a su acción, que ésta puede considerarse como la expresión jurídicamente desaprobada de su personalidad.

Advirtamos, por mi parte, que todo cuanto al respecto se dice, sobremanera loable, está hecho para parangonar la culpa con el dolo. Edmundo Mezger, gran conocedor de la filosofía, pretende construir un sistema y detesta las concepciones aisladas, sin asidero con el todo. Por eso unifica en su superior doctrina acción y omisión, y quiere ahora hacer lo mismo con el dolo y la culpa.

Pero en ésta no se puede comprobar una referencia anímica, de igual índole que la del dolo. Por eso, Graf Zu Dohna tilda de fantasía la tesis que Mezger pretende sentar.

El famoso Profesor de Munich ha reconocido que sólo lo representado puede ser contenido del querer. ¿Cómo puede edificarse un querer, en el caso de culpa inconsciente o sin previsión, en la que el autor no se representó el resultado como posible?

Tampoco acompañó la fortuna a Mezger cuando quiso establecer las características generales de la culpabilidad. Pretendió hallarlas en estos tres requisitos, al decir que el sujeto actúa culpablemente: Cuando es imputable, Cuando procede con dolo, en determinados casos, culposamente; Cuando no hay en su favor causa de inculpabilidad.

Es erróneo el primero, porque la imputabilidad, como hemos visto, no es un carácter, sino el presupuesto previo de capacidad psicológica. Es igualmente falso el segundo, porque el dolo y la culpa son especies y no caracteres de culpabilidad, como luego veremos. El tercero tampoco es una característica, como no lo es de la antijuricidad la ausencia de justificación, sino el aspecto negativo de la culpabilidad y la consecuencia de su índole normativa.

El nexo común del dolo y culpa estriba en que ambos casos se debe y se puede obrar de otro modo (es decir, de conformidad al Derecho). En suma: en la exigibilidad, que es el contenido de la culpabilidad normativamente concebida.

**f.** Contenido del Juicio de Culpabilidad: se refiere al acto de voluntad (elemento psicológico de la culpabilidad), y a sus elementos, que son: los motivos (parte motivadora), a los que tanta importancia dio Mayer y que fueron, en la escuela positiva, piedra angular de su sistema. De ellos ya se hablará cuando se analice el dolo.

Las referencias de la acción a la total personalidad del autor (parte integrante caracterológica). El acto debe ser adecuado a la personalidad del que lo causa. Aquí debe apreciarse, aunque lo nieguen Seelig y Mezger, la peligrosidad, como quieren Grünhut y E. Schmidt. Es la única manera de enclavar jurídicamente es estado peligroso del culpable, con independencia de la peligrosidad sin delito, que actúa de otro modo y no en la esfera penal.

Errarían los que creyeran ver en este último elemento de juicio, que el Juez ha de contemplar para el reproche de culpabilidad, una vuelta a las

viejas concepciones positivas. Acaso, si se edificará un Código sobre la noción del estado peligroso, la referencia de la acción a la personalidad de su autor cobrará preponderancia sobre los otros dos elementos. Pero en los Códigos vigentes, la parte integrante caracterológica no puede asumir tan descollante papel. La culpabilidad de la conducta se refiere al acto concreto y, como hemos dicho, no sólo al carácter y a la peligrosidad.

**g.** Elementos: Max Ernesto Mayer ha descrito con sagacidad de filósofo los elementos éticos y psicológicos que Mezger llamó, acaso con más exactitud, intelectuales y emocionales. Mayer y Soler creen que deben ser tratados en la teoría general de la culpabilidad. Pero, a nuestro juicio, esto es un vicio de sistema, a no ser que aprecien como posibilidad de conciencia, según dice ahora Hans Welzel. Esos elementos no podrán darse en la culpa – que es una especie de culpabilidad – sino solamente en el dolo, Por eso no debe tratarse en una doctrina genérica lo que sólo es propio de una especie del género.

**h.** Especies de la Culpabilidad: las especies de la culpabilidad – el dolo y la culpa, con las correspondientes subespecies – no son características de aquélla, como Mezger ha creído, ni formas de presentación. Constituyen auténticas especies en las que encarnan conceptualmente el género abstracto culpabilidad. Y son las únicas especies. A fines de siglo quiso Löffler, seguido luego por Miricka, establecer una tripartición: dolo, previsión a sabiendas y mera culpa son, en verdad, las únicas que existen.

### **El Nexo Causal en Orden a Ciertas Clases de Delitos**

El problema de la causalidad ofrece cosas singulares, de no muy fácil solución, y que, sin embargo, según veremos, pueden resolverse conforme al sistema adoptado de nexos causal y relevancia. Voy a ilustrar

estos dos grupos de infracciones: a. delitos calificados por el resultado, y b. delitos de omisión.

**a. Delitos calificados por el resultado**

Precisamente en este grupo de delitos, es en el que la teoría de la equivalencia de condiciones denunciaba su mayor quiebra. Las injusticias a que daba lugar la excesiva amplitud de la noción de causa, no podían ser corregidas por la exigencia de la culpabilidad.

Las soluciones que idearon los escritores eran hasta ahora de tipo excepcional: los delitos calificados por el resultado – lo mismo se decía de los delitos de peligro -, pues que no son la regla en los Códigos, deben recibir soluciones extraordinarias. Así lo entendieron sobre todo los partidarios de la teoría de la *conditio sine qua non*. Frank propone un trato especial de esas infracciones: la responsabilidad por el resultado más grave sólo se exige cuando el curso causal corresponda a la naturaleza propia del delito simple o básico, o a las circunstancias en que se perpetraron los hechos.

Deben citarse además un escritor de alta nombradía, Franz Von Liszt, que ha modificado sus opiniones a este respecto. Hasta la novena edición de su tratado, siguió la doctrina imperante de considerar excepcionalmente, conforme a la causación adecuada, los delitos calificados por el resultado. Pero luego abandona ese criterio, porque esa concepción implica una reforma de la ley, para la cual sólo está autorizado el legislador.

Para los partidarios de combinar el nexo causal con la relevancia, es decir, e instalar la adecuación en el ámbito de la tipicidad, ese asunto – así como el de los delitos de peligro - se soluciona con las normas generales, es decir, sin criterios de excepción. Así se prueba, una vez más, lo certero de la doctrina correcta. Claro es que en los delitos calificados por el resultado no funcionarán los tres presupuestos que ya se nombró, ya que la culpabilidad no es exigible, porque, según hemos dicho, ésta no tiene para qué cubrir el resultado último, a juicio de los penalistas alemanes. Pero en vez de quedar estos delitos, como antes ocurría, sujetos al único presupuesto de la relación causal, ahora se regula su funcionamiento y se corrigen los excesos con la relevancia, es decir, con el segundo de los presupuestos exigidos para hacer efectiva la responsabilidad criminal.

**b. Delitos de omisión**

“La opinión dominante consideraba imposible hablar de causalidad material en los delitos omisivos, ya que la condición causal de un resultado encierra en sí la idea de fuerza motriz, que no existe en las omisiones. Este fue el criterio de eminentes autores modernos, pero ya desaparecidos en su enorme mayoría: Zitelmann, Leoning, Endermann, R. Merkel, Mittermaier, Otker, Fraus, Höpfner, Träger, Finger, F. Von Liszt, Beling, Stooss, etc. Un pequeño grupo de escritores no menos selecto pensaba, sin embargo, que podía hablarse de nexo de causalidad en la omisión, en sentido limitado y convencional”.<sup>13</sup>

La nueva concepción de las omisiones (tanto de los llamados propios delitos de omisión como de los titulados impropios o delitos de omisión por omisión) de que ya se ha tratado, hace que este importante asunto se resuelva en sentido afirmativo, como en las acciones. Así dice Mezger, haciendo aplicación de la causalidad a las omisiones: La solución de ese desesperante problema de una llamada causalidad en la omisión, se llega a conseguir en cuanto se pone en claro que el delito de comisión por omisión jamás puede ser fundamentado tan sólo desde dentro (internamente), sino exactamente igual que el propio delito de omisión, siempre, tan sólo, desde fuera (externa, normativamente). El eje del delito de omisión es la acción esperada: El problema de la causalidad en los delitos de comisión por omisión se plantea exactamente del mismo modo y exactamente en la misma forma que el hacer activo, sólo que no es referencia a la omisión como tal, sino en relación a la acción positiva pensada y a su resultado. La pregunta decisiva se formula así: ¿Hubiera sido impedido por la acción esperada el resultado que el derecho desaprueba? Cuando esta pregunta se responde afirmativamente, la omisión es causal en orden al resultado.

No faltan objeciones a la solución, por esta vía, de la causalidad en los delitos omisivos. Eberhard Schmidt, a pesar de no reproducir en el reelaborado Lehrbuch de von Liszt el primer pensamiento de éste, de que la punibilidad de la omisión es independiente del supuesto de su causalidad, no acepta la fórmula de Mezger, y aunque saluda a la reciente dirección de la bibliografía que desea resolver el problema de la causalidad en las omisiones, critica la concepción mecánica – naturalista

---

<sup>13</sup> Landsberg, M. E. Mayer, Liepman, con Roland, etc. “Pero no aun en este sentido, lleno de reservas, podemos admitir la causalidad material en las omisiones, en las cuales se prefiere hablar de relación analógica” 1922

de la causalidad, que para él es una relación lógica – gnoseológica, y afirma, en consecuencia, que el difícil asunto sólo puede solucionarse teniendo en cuenta que la casualidad es una forma de nuestro conocer.

En suma, este último esfuerzo para no dejar fuera de la doctrina de nexo causal y relevancia, forma alguna de infracciones, es sobremanera loable, pero no deja de ser debatible, si bien, a nuestro juicio, constituye hoy la teoría más correcta. Impera, en efecto, el criterio de reconocer en las omisiones una relación causal. Por su parte, ha dicho Vocke que de ella puede hablarse no sólo jurídicamente, sino incluso en el orden material de las cosas, en cuanto lo contrario de un determinado hacer no es la nada, sino un hacer determinado.

### **La Causalidad en los Códigos penales**

Las antiguas legislaciones trataron, con largos distinguos, de esclarecer cuándo la lesión era *lethalis* y acudieron a clasificar las lesiones que acarreaban la muerte, en *lethalis absoluta* y *relativa*, en *abstracto* y en *concreto*, *per se* y *per accidens*.

Los códigos de los Estados Italianos – el de Parma de 1820, el Estense, el Pontificio, el sardo de 1859 -, siguiendo a las viejas leyes alemanas, acudieron a la fijación de plazos para saber cuándo la muerte la de imputarse al que produjo la herida. El plazo más común era dentro de los cuarenta días.

“Sesenta fue el término fijado por el Código Penal Español”<sup>14</sup>. “Igual plazo establece el vigente Código Penal Boliviano”<sup>15</sup>, el salvadoreño y el mexicano. Los códigos de Haití y de la República Dominicana determinaron para que en ciertos delitos (la castración, por ejemplo) se imputara al agente la muerte sobrevinida el término de cuarenta días. Con ello no hicieron más que copiar disposiciones del Código francés de 1810. Más largo es el plazo del Código portorriqueño: un año y un día. Y de fecha indeterminada el adoptado por Venezuela, en cuyo código se

---

<sup>14</sup> Código Penal Español. Arts. 629 y 630. 1822

<sup>15</sup> Código Penal Boliviano. Arts. 507

imputa la muerte al autor de las lesiones, cuando aquélla sobrevenga antes de dictarse sentencias de última instancia. Quien conozca la lentitud de la justicia venezolana, sabe bien que ello equivale a cinco o más años, en cuyo lapso cargará el reo con la muerte ocasionada por la herida.

“Pocos son los modernos Códigos penales que se han atrevido a dar en su texto reglas concretas sobre la causalidad, como disposiciones de parte general”<sup>16</sup>. La formula es tan vaga que se ha interpretado diversamente por los penalistas de Italia, si bien predomina el criterio de que en esos textos se ha seguido la teoría de la equivalencia de condiciones.

Los Códigos del Uruguay (Art. 3), del Ecuador (Art. 12) y del Brasil (Art. 11) han seguido al Código Italiano - aunque con disposiciones distintas - en su infructuoso intento de resolver legislativamente el arduo problema de la relación de causalidad.

## **1.5. CONCAUSALIDAD**

En el establecimiento de la interconexión entre causa y el efecto necesariamente hay que tener en cuenta las condiciones que posibilitan la actuación de la primera; puesto que sin la existencia de determinadas condiciones, la causa no se presenta, y su existencia es solo una mera responsabilidad; por lo que el efecto no tiene lugar, pero si puede producirse en uno u otro momento cuando se presenten las condiciones necesarias para que la causa se convierta en realidad.

A esta parte de la Doctrina Materialista de la Causalidad, que se dedica al estudio de las condiciones que posibilitan la actuación de una u otra cosa, en el ámbito del Derecho Penal se denomina Concausalidad. Este término sustancialmente es un concepto jurídico penal, que designa la concurrencia de causas subjetivas y objetivas para la producción de un resultado delictivo, y las otras como causas secundarias.

Hay delito calificado por el resultado siempre que un tipo penal determinado una al resultado ilícito principal con el resultado

---

<sup>16</sup> Código Penal Italiano. Arts. 40 y 41



concomitante previsible más grave, es decir, que la suma de estos dos resultados constituye un delito calificado por el resultado previsto en el tipo, cuya causa fundamental la pone el agente activo al ejecutar el resultado principal; en tanto que la causa secundaria objetiva o condición para la actuación de la causa fundamental, está dada por la conexión necesaria o posible entre el resultado principal con el resultado concomitante previsible más grave. Esta conexión o circunstancia es la que determina la forma de producción de este con dolo directo de segundo grado o con dolo eventual. Así por ejemplo en el delito calificado por el resultado de violación agravada que se tipifica en el Art. 514 de nuestro Código Penal, el agente activo al representar en su conciencia utilizando un puñal para consumir el acceso carnal con la víctima, sabe que puede lesionarla gravemente o causarle la muerte como consecuencia del empleo del arma, para vencer su resistencia; y, si a pesar de ello decide perpetrar la violación, que trae como consecuencia lesiones graves en la víctima o su muerte, no cabe duda dentro del campo del dolo. Esto es así, porque en el régimen de la concausalidad subjetiva que contempla el inciso primero del Art. 13, la causa preponderante para la producción del resultado concomitante más grave es el acto punible que el agente activo quiso ejecutar, y al representarse en su conciencia ejecutándolo vio la conexión necesaria o posible que se produzca el resultado concomitante, que si bien no estuvo interesado en que se produzca, fue previsto; y, al no haber renunciado al acto punible previsto y querido en forma principal, está aceptando el resultado concomitante, por su vinculación necesaria o posible al resultado principal.

Para terminar, acotare que en mi opinión, la misma ley penal al tipificar los delitos calificados por el resultado, establece los casos en que la realización de determinados resultados delictivos concomitantemente deben o pueden ocasionar la producción de un resultado delictivo más grave, que es previsible, por encontrarse ligado al resultado principal en forma necesaria o posible, de manera que al realizarse este, se produce también el resultado concomitante más grave.

Continuando con el ejemplo de la violación agravada, diremos que la causa objetiva secundaria que condiciona la actuación de la causa fundamental, que es la acción del agente, para que se produzca el resultado lesiones graves o la muerte de la víctima, no es más que la tenaz resistencia de esta, que determina que el ofender emplee

mayormente su arma para vencerla, hasta llegar a causarle las lesiones o la muerte.

Los incisos, segundo y tercero de la disposición en comentario, se refiere a la Concausalidad Objetiva, que consiste en la concurrencia, para la producción del resultado delictivo, de una causa subjetiva secundaria con una causa objetiva fundamental.

La causa subjetiva o acción del agente actúa como condición para que la causa objetiva genere el resultado. En la causalidad objetiva la verdadera causa para la producción del resultado es la causa objetiva; en tanto que la causa subjetiva (acción del agente activo) es la condición que hace posible el desenvolvimiento de la primera para la producción del resultado delictivo. La causa fundamental objetiva es un hecho extraño a la conciencia y la voluntad del agente activo, es decir, que se trata de un factor desconocido imprevisible, independiente de la acción del agente. De ser conocido o factible dicho factor, nos encontramos ante una infracción dolosa y no preterintencional, ya que esta solo se configura cuando la variación del resultado es imprevisible, por ser desconocido el factor que lo origina.

Siendo la causa subjetiva el condicionante para que, actúe la causa objetiva fundamental, esta puede ser preexistente, simultánea o superveniente. La primera existe como una posibilidad, ya que el efecto puede producirse en uno u otro momento del tiempo, y cuando aparezca el condicionante que es la acción del agente activo, que torna en realidad la intervención de la causa objetiva, que hasta ese momento existe en potencia. Por ejemplo: una enfermedad preexistente como la hemofilia, diabetes, etc.

La causa objetiva fundamental es simultánea cuando actúa de inmediato y a continuación de la acción del agente activo, como la piedra sobre la que cae la víctima después de recibir el golpe del agente activo. La causa objetiva es superveniente cuando aparece con posterioridad a la acción del agente que condiciona su actuación, cuando sobreviene tétanos en la lesión ocasionada por el agente activo, por ejemplo.

La Concausalidad Penal Objetiva constituye el nexo causal en el Delito Preterintencional, que para ser tal tiene que encontrarse tipificado en el Código Penal.

## **CAPITULO II**

### **2. LA PREVISIBILIDAD**

El ser consciente y voluntaria constituye la naturaleza de la acción, y por tanto está además de ser una manifestación de conocimiento realiza un resultado previsto y querido. Por la consciencia el hombre conoce la realidad objetiva y prevé las consecuencias de las acciones que decide ejecutar. La voluntad es la capacidad de decidir, de libertad de acción, de autodeterminación, que le permite al agente elegir y realizar una acción determinada. En esta virtud, tenemos que la previsibilidad es una facultad de la consciencia que permite conocer anticipadamente el desarrollo de la acción que el agente elige y decide ejecutar. Por tanto, el agente se representa la acción elegida para su ejecución en todo su proceso de realización, y los resultados que se derivan de su completa ejecución.

Subjetivamente considerada la acción es una operación psicológica de respuesta tanto a estímulos internos del propio sujeto como estímulos externos. A cada uno de estos estímulos corresponde un proceso psicológico consiente que autodetermina la respectiva respuesta; y, entre el estímulo y la respuesta existe una relación de causalidad.

Objetivamente considerada la acción es la manifestación corporal, la materialización de la respuesta adoptada por el sujeto ante estímulos percibidos.

Toda acción como unidad básica de la actividad consciente del hombre tiene su curso: un inicio, desarrollo y punto culminante. Siendo una respuesta consciente a un estímulo determinado, tiene una finalidad concreta, un propósito, que al realizarse incide sobre la realidad concreta en que el sujeto actúa. No siempre la acción agota su curso. Puede verse interrumpida ante nuevos estímulos que actúan sobre el sujeto, en cuyo caso no se realiza el propósito que anima la acción.

Las acciones son sociales en tanto y en cuanto estamos en relación con otros hombres. La vida social en si no es más que un conjunto de acciones sociales ejecutadas por los miembros de la sociedad. Por eso,

toda actividad individual que tiene relación con las normas de convivencia que la sociedad nos impone, constituye una acción social.

La acción social es la unidad de interacción o vida de relación que los hombres establecen en el seno de la sociedad. Las acciones sociales se interpretan y regulan según el orden social establecido en base a una larga práctica social. Mediante la acción social los hombres se dirigen unos a otros y establecen todas sus relaciones. Característica fundamental de la acción social es su reciprocidad, porque mediante ella se establecen relaciones de dar y tomar, de enseñar y aprender, de preguntar y responder, de agresión y defensa, de ordenar y obedecer, etc.

Una acción puede estar constituida por un solo acto o por varios concatenados a un mismo fin, y puede ser ejecutada por un solo individuo o por varios que actúan en conjunto sobre el medio social; es más, las acciones de una persona se complementan con la otra u otras.

Al observar una acción vemos a la persona que la realiza como la causa o el autor. La persona y sus acciones forman una unidad. Toda acción es percibida surgiendo de una persona y causando modificaciones en el medio externo. La persona es la causa de la acción y el efecto es la modificación del medio externo.

Si vamos más lejos todavía, podemos observar que si un individuo actúa de esta u otra manera, lo hace obedeciendo a causas concretas, a móviles o motivos, a situaciones que le impelen a actuar.

Las acciones ilícitas al igual que toda acción social necesariamente tienen que ser conscientes, es decir que deben ser queridas por el agente y estar encaminadas a la obtención de un resultado. ¿Cuál es el resultado de las acciones ilícitas? Indudablemente que este resultado es la realización del fin perseguido con la acción, y que por tanto depende de la plena ejecución de ésta.

## **2.1. MATERIALIZACIÓN, INTERRUPCIÓN Y DESVIACIÓN DE LA ACCIÓN**

La acción social como unidad básica de la interrelación social es un proceso: tiene un inicio, desarrollo y punto culminante. La acción agota su curso, llega a su punto culminante, cuando se realiza el fin perseguido. Mas no siempre la acción agota su curso, puede verse interrumpida por nuevos estímulos que actúan sobre el sujeto, impidiendo que se realice el

fin perseguido por la acción, o desviándola hacia un curso diferente, que da como resultado un efecto diferente al perseguido con la acción.

Dentro de este marco teórico tienen su explicación tanto la acción dolosa cuando el agente prevé, quiere y persigue en su obrar la realización de un resultado delictivo contemplado en el respectivo tipo penal, que se interrumpe en vías de ejecución, por intervención de nuevos estímulos que actúan sobre el agente o por factores extraños a su voluntad, que impiden que se realice el resultado delictivo.

En el primer caso nos encontramos ante un delito doloso se realiza el resultado delictivo previsto y querido por el agente. Hay consumación cuando se han realizado todos los elementos del respectivo tipo penal. En el segundo caso, podemos encontrarnos ante el desistimiento, arrepentimiento activo, tentativa y delito frustrado.

Estas figuras son formas de interrupción de la acción en vías de ejecución del resultado delictivo de carácter material previsto y querido por el agente, por lo que solamente pueden presentarse en el proceso de ejecución de los delitos dolosos del resultado material.

El desistimiento y el arrepentimiento activo obedecen a estímulos internos, propios del sujeto, que se presentan cuando la acción dolosa se encuentra en vías de ejecución, “establece que en casos de desistimiento solamente se responde por los actos ejecutados, siempre que estos constituyan una infracción diversa de aquella que se desistió; salvo que la ley, en casos especiales califica como delito la mera tentativa”.<sup>17</sup> La figura del arrepentimiento activo se regula por el inciso tercero de este mismo artículo, y tiene lugar cuando el agente ha realizado todo el proceso ejecutivo y el resultado delictivo esta por producirse; pero, el agente se arrepiente y de manera activa evita que se produzca el resultado. Por ejemplo: el agente para matar a una persona le hace ingerir un veneno extremadamente peligroso pero luego se arrepiente y le proporciona un antídoto. En igual forma si el agente sustrae una cosa ajena pero después se arrepiente y va a devolverle a su dueño. En estos casos se aplicara una pena disminuida de un tercio a la mitad de la contemplada por la tentativa.

---

<sup>17</sup> Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones .Art. 16. 2008

La tentativa y el delito frustrado tienen lugar cuando la interrupción de la acción obedece a causas externas extrañas a la voluntad del agente activo. Nuestro Código Penal no distingue “entre la tentativa y el delito frustrado”<sup>18</sup>, en comentario; y las “reprime en el mismo”<sup>19</sup>, con una pena de uno a dos tercios de la que se habría impuesto si el delito se hubiera consumado. Sin embargo, doctrinariamente se distingue la tentativa normal, también llamada conato o tentativa inconclusa, de la tentativa acabada o concluida, también llamada delito frustrado.

Hay tentativa inconclusa cuando el resultado delictivo no se produce por haberse interrumpido la acción en vías de ejecución. Al delito frustrado se lo considera como un estado intermedio entre la tentativa inconclusa y el delito consumado. Mientras que en la tentativa no ha terminado de ejecutarse la acción, en el delito frustrado el agente si ha terminado de ejecutar la acción, pero el resultado delictivo no se produce por la intervención de acontecimientos extraños.

## **2.2. RESULTADO DOLOSO**

El contenido de acción dolosa comprende la conciencia y la voluntad de la realización del resultado prohibido por la ley penal. Hay dolo en la acción cuando el agente activo ocasiona el resultado prohibido que ha sido previsto y querido en la elección y ejecución de la acción. “Cuando el fin de la acción y el resultado prohibido ocasionado coincide estamos ante el dolo directo, cuyo establecimiento no plantea problema alguno, en atención a que se reputan consientes y voluntarias todas las acciones, mientras no se pruebe lo contrario”<sup>20</sup>.

En la realidad, en la vida de relación social, hay casos en que justo con el resultado previsto y querido por el agente activo aparecen otros resultados concomitantes, que son representados en la conciencia ligada al resultado principal en forma necesaria o posible. La ligadura es necesaria cuando en forma real, concreta e indefectible debe producirse

---

<sup>18</sup> Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones Art.16. 2008

<sup>19</sup> Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones Art.46. 2008

<sup>20</sup> Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones Art.32. 2008

el resultado concomitante junto con el resultado principal. La conexión es posible cuando es probable que se produzca un resultado concomitante junto con el resultado principal.

Cuando el resultado principal previsto y querido por el agente activo se haya prohibido por la Ley Penal, no existe problema alguno en la determinación del dolo con respecto a los resultados previstos como necesarios o posibles y que también se encuentran prohibidos en dicha ley, y que concomitantemente se producen junto con el resultado principal; “puesto que siempre existirá dolo”<sup>21</sup>, que establece la responsabilidad del agente activo, aunque varié el mal que quiso causar, o recaiga en distinta persona de aquella a quien se propuso ofender.

El problema del establecimiento del dolo se plantea cuando el resultado principal previsto y querido es lícito, en tanto que los resultados concomitantes ligados a aquel en forma necesaria o posible se encuentran prohibidos por la Ley Penal. Aquí es cuando hay que analizar todas las circunstancias a fin de establecer el tipo de relación que tiene el resultado concomitante al ser representado en la conciencia del agente junto con el resultado principal: ni existe una vinculación necesaria o únicamente existe una conexión de posibilidad; o por el contrario el resultado concomitante no pudo ser previsto. En este último caso nos encontramos ante el caso fortuito o fuerza mayor.

Solamente dentro del marco de vinculación necesaria o posible en la conciencia del agente, entre el resultado concomitante prohibido y el resultado lícito, nos encontramos dentro del campo del dolo directo de segundo grado y el dolo eventual en la producción del resultado concomitante. Cuando el resultado concomitante prohibido aparece vinculado de una manera necesaria como el resultado principal lícito en la conciencia del autor, de tal manera que este al representarse realizando el resultado principal, conoce que necesariamente tiene que producirse el resultado concomitante, estamos ante el dolo directo de segundo grado, o bien dolo directo de consecuencias necesarias.

En este tipo de dolo, aunque el agente no está interesado en la producción del resultado concomitante prohibido, estamos ante un resultado previsto y querido, por su vinculación necesaria al resultado principal lícito.

---

<sup>21</sup> Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones Art.13. Inciso primero 2008

Por ejemplo un sujeto explota una cantera que está situada en un lugar relativamente poblado, conoce que si utiliza explosivos para pulverizar rocas en determinados lugares, necesariamente la explosión lanzara rocas sobre las rocas destruyéndolas, y a pesar de ello utiliza los explosivos, actúa con dolo directo de segundo grado.

En el supuesto de que únicamente existe una conexión posible entre el resultado principal lícito y el resultado concomitante prohibido, estamos ante el dolo eventual. La conexión posible implica para el agente, que al representarse en su conciencia realizando el resultado principal aparece como una posibilidad que también se produzca un resultado concomitante prohibido. En el dolo eventual el agente activo, a pesar de conocer la posibilidad de que se produzca el resultado concomitante prohibido se arriesga y actúa aceptando las consecuencias; y en caso de que se produzca el resultado concomitante por no haber renunciado a la acción que concomitantemente acarrearba la posibilidad que se ha producido convirtiéndose en realidad, actúa con dolo eventual. En otras palabras, hay dolo eventual cuando el agente se representa como posible la realización del determinado tipo penal, pero no hace nada para impedirlo y actúa aceptando que esa posibilidad se convierta en realidad. Por ejemplo: el que hallándose de cacería persigue a la presa hasta el lugar de cría de ganados, y sabiendo que existe la posibilidad de matar a un vacuno, dispara y en efecto mata a una vaca, no cabe duda que actúa con dolo eventual.

### **2.3. RESULTADO CULPOSO**

Hay dos tipos de culpas: la culpa consiente y la culpa inconsciente que son cualitativamente diferentes.

La culpa consiente, al igual que el dolo eventual, también tiene su explicación dentro de la conexión posible en la conciencia del agente entre el resultado concomitante prohibido y el resultado principal lícito.

En efecto, en la culpa consiente el agente al representarse en la conciencia realizando el resultado principal lícito aparece como posible la realización de un resultado concomitante prohibido; pero, confiando en que esa posibilidad no se convertirá en realidad actúa; por lo que al



producirse el resultado concomitante prohibido nos encontramos ante la culpa consiente.

La diferencia entre el dolo eventual y la culpa consiente es muy leve. En el primero, el agente sabe que puede producirse el resultado concomitante prohibido previsto, pero sin importarle, aceptan el riesgo de que esa posibilidad se convierta en realidad y actúa. No así en la culpa consiente, en que el agente actúa en la confianza de que el resultado concomitante prohibido previsto no se producirá, aunque tiene conciencia de que ese resultado podría producirse.

La culpa es inconsciente cuando el agente no se representa el resultado concomitante prohibido, pero actúa negligentemente, imprudentemente, es decir, no observa la necesaria diligencia o cuidado que le permita conocer suficientemente las consecuencias concomitantes de su acción, y de esta forma actúa negligentemente.

En la culpa inconsciente no hay la representación del resultado concomitante ilícito, pero si pudo ser previsto, pero que no ha sido negligencia del agente.

## **2.4. RESULTADO PRETERINTENCIONAL**

En la preterintencionalidad el agente activo prevé y quiere la realización de un determinado resultado ilícito, pero al ejecutar la acción no solo que se produce este resultado, sino que concomitantemente se produce un resultado imprevisible más grave.

Hay delito preterintencional siempre que un tipo penal determinado una el resultado ilícito previsto y querido con el resultado más grave imprevisible, es decir, que la suma de estos dos resultados constituye el resultado preterintencional.

Por lo tanto, el delito preterintencional se caracteriza porque la imprevisibilidad del resultado más grave se traduce en que el agente activo no pudo quererlo ni previamente aceptarlo. En esta virtud, tenemos que la preterintencionalidad se encuentra no en la acción, sino en el resultado más grave ocurrido, que esta mas allá de la intención del agente, que se propuso causar un resultado ilícito de menor gravedad,

pero que por la intervención de factores extraños, que se encuentra fuera de su control, y que se suma a su acción, se produce un resultado más grave no previsto ni querido.

## **2.5. RESULTADO FORTUITO**

Cuando el agente prevé y quiere la realización de un resultado lícito, y al ejecutar su acción para producirlo, ocurre un resultado concomitante imprevisible, porque no pudo conocerlo ni quererlo ya que al representarse en su conciencia ejecutando la acción para producir el resultado lícito no apareció conexión alguna con el resultado concomitante, que se produce como consecuencia de factores extraños a la voluntad de la gente, que obra con la necesaria diligencia o cuidado en la ejecución de la acción para el resultado lícito; y sin embargo, por puro accidente o casualidad se produce un resultado imprevisible, fortuito.

## **2.6. LA AUSENCIA DE LA ACCION**

Continuando con el comentario del Art. 32 de nuestro Código Penal, es de notar que en esta disposición tácitamente se comprende la ausencia de acción, que obviamente se produce en todo caso que el agente en su actividad corporal no manifiesta su conciencia y /o voluntad.

El que no tiene capacidad de conciencia tampoco la tiene de voluntad, porque la libertad de acción se encuentra condicionada a la existencia de la capacidad de conocimiento, por lo cual, si esta falta, tampoco existe la capacidad de actuar con libertad, como es el caso de las enfermedades mentales que anulan la capacidad de conocimiento.

No ocurre lo mismo con la falta de voluntad, porque la persona puede tener capacidad de conocimiento pero no de voluntad, como ocurre en las enfermedades que anulan la voluntad o la capacidad de controlar la capacidad corporal. En otros casos, la persona que tiene capacidad de conocimiento puede ser compelida a realizar una actividad que no quiere, actuar en contra de su voluntad, por lo cual no es responsable del resultado de esa actividad, sino que es responsable el que le compelió a realizarla en contra de su voluntad.

Para los fines de este trabajo interesa destacar que, las personas que en forma permanente o transitoria no pueden actuar con conciencia y /o voluntad, son inimputables; en tanto que, las personas que teniendo capacidad de conciencia y voluntad, cuando son compelidas por violencia resistible a realizar lo que no quieren o producir un resultado en contra de su voluntad, si bien son imputables, no son responsables de las consecuencias o resultados que ocasionan, sino que lo son las personas que han ejercido sobre aquellas la violencia irresistible. Sin embargo del contexto de la disposición que comento, se concluye que tanto en el caso de los inimputables como en el de las personas que no siendo inimputables, ocasionan un resultado prohibido en contra de su voluntad compelidos por violencia irresistible, hay ausencia de acción o de conducta penalmente considerada.

También es de observar que, del contexto de la disposición que comentamos, se deduce que no existe acción en todo caso en que el agente desconoce lo que hace por no tener conocimiento o prever el resultado prohibido que su conducta puede ocasionar en relación a determinado tipo penal que contempla tal resultado; lo cual puede ocurrir por desconocimiento de la realidad objetiva sobre la que el agente actúa en orden a producir un determinado resultado, pero por causa del desconocimiento de la realidad fáctica se produce un resultado prohibido por la ley penal, es decir que este resultado se produce por un error de hecho de la gente.

“El error de hecho puede ser propio del agente o inducido por un tercero. En el primer caso, el agente actúa desconociendo la realidad, en tanto que en el segundo, el agente es engañado por un tercero en forma determinada, para que produzca un resultado prohibido por la Ley Penal, pero en este caso el tercero que es autor del engaño responde penalmente por el resultado prohibido”<sup>22</sup>.

No obstante a pesar de que en todas las circunstancias que dejo señaladas existe ausencia de conducta, en nuestro Código Penal no se contempla igual solución jurídico - penal, sino que cada situación tiene su particular solución.

---

<sup>22</sup> Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 36. 2008

Los casos de ausencia de conducta por enfermedades permanentes o transitorias que anulan la capacidad de conocimiento y/o voluntad son causales de inimputabilidad.

Los casos de ausencia de conducta por violencia irresistible son causas de justificación.

Finalmente, los casos de error de hecho propios del agente o por el engaño de un tercero, son causales de inculpabilidad.

Hay otros casos de ausencia de conducta, que si bien encajan en la forma del Art. 32 del Código Penal, porque en la actividad corporal que ocasiona el resultado prohibido por el respectivo tipo penal no hay manifestación del conocimiento y voluntad; no presentan ninguna de las características de las causales de inimputabilidad ni de la justificación ni de la inculpabilidad, como ocurre por ejemplo con los reflejos orgánicos como el estornudos o los estados fisiológicos que provocan una absoluta inconsciencia como el sueño. Sin embargo estos casos de ausencia de actos no reciben tratamiento expreso en nuestro Código Penal, obviamente porque siendo evidente la inexistencia de conducta no pueden ser materia de una investigación procesal penal, que debe partir de la existencia de una conducta por lo menos aparente a fin de establecer si realmente existió tal conducta y en caso de haber existido, si es típica, antijurídica y culpable, porque no puede existir delito sin una conducta de esas características.

### **CAPÍTULO III**

#### **3. TEORIAS SOBRE LA PRETERINTENCIONALIDAD**

El pensamiento jurídico penal sobre el problema de la preterintención no es uniforme, es más, las diferentes doctrinas que se han formulado para explicarla son contradictorias, ya que cada una de ellas parte de un particular punto de vista y tiene sus partidarios en los penalistas de los diferentes países, por lo que es necesario estudiarlas en forma crítica en base al marco teórico que nos proporciona la doctrina del materialismo Dialectico sobre la causalidad que he analizado en el Capítulo I de este trabajo.

En todo caso, mi posición sobre la preterintencionalidad es clara, por lo que en este capítulo la sistematizaré para oponerla a las doctrinas que me propongo comentar.

##### **3.1. DOCTRINA DEL DOLO PRETERINTENCIONAL**

De inspiración italiana esta doctrina afirma que el delito preterintencional es de carácter doloso, porque el agente activo actúa con la intención de infringir la ley penal ocasionando un resultado delictivo. Los principales penalistas italianos propugnadores de esta doctrina son: Carrara, Florian y Alimena, que ven en la preterintención una forma de dolo: el dolo preterintencional.

Esta doctrina incurre en el error de confundir la preterintención con el dolo eventual. En este el agente prevé y quiere la realización de un determinado delito y al representarse en su consciencia ejecutando la acción necesaria para consumarlo, conoce que existe la posibilidad de que en forma concomitante se produzca otro delito más grave; y, a pesar de haber previsto esta posibilidad, sin darle importancia, la acepta y ejecuta la acción; por lo que en caso de ocurrir el delito concomitantemente previsto, convirtiéndose la posibilidad en realidad, actúan con dolo eventual. En cambio, en la preterintención, el agente

activo prevé y quiere la realización de un determinado resultado delictivo, y al representarse en su conciencia ejecutando la acción necesaria para consumarlo, no puede prever ni siquiera como una posibilidad que concomitantemente se produzca otro resultado delictivo más grave, por lo que actúa buscando la realización del resultado previsto y querido, pero en realidad ocasionado un resultado delictivo diferente y más grave, no previsto ni querido.

La preterintención se da solamente dentro del marco de concausalidad objetiva que se caracteriza porque si bien la variación cualitativa del resultado es imprevisible, tiene por nexo causal la concurrencia de una causa subjetiva secundaria (acción del agente activo) con una causa objetiva fundamental (factor extraño ajeno a la voluntad); en que la primera actúa como condicionante para que la segunda genere el resultado.

En el dolo eventual es todo lo contrario: se desenvuelve dentro del marco de la concausalidad subjetiva, en que la variación cualitativa del resultado es previsible y el nexo causal lo constituye la concurrencia de una causa subjetiva fundamental con una causa objetiva secundaria.

Por tanto, la diferencia entre el dolo eventual y la preterintención es de carácter cualitativo, porque en el primero el resultado concomitante es previsible, aceptado y querido por el agente activo; en tanto que en la segunda, el resultado concomitante no es previsible por lo que no pudo ser aceptado ni querido.

### **3.2. DOCTRINA DEL CONCURSO DE DOLO Y CULPA**

Esta doctrina también de ancestro italiano, ve en la preterintención una mezcla de dolo y culpa; el primero recae sobre la intención de ocasionar un determinado resultado delictivo, y la segunda sobre el resultado concomitante ilícito más grave. Así, en el homicidio preterintencional hay dolo respecto de la lesión y culpa respecto de la muerte, que si bien no ha sido querida por el agente, ha sobrevenido a consecuencia de su imprevisión, consciente en no haberse previsto todas las consecuencias conjeturables derivadas de la ejecución de la respectiva acción.

Esta doctrina ha adquirido carta de naturalización en nuestro país a pesar de que no existe norma alguna en nuestro Código Penal que la apoye; y, así, sin mayor comentario o fundamento legal alguno se afirma que en la preterintención hay dolo más culpa.

La objeción científica más seria de que se puede hacer a esa doctrina radica en que dentro de la concausalidad objetiva, que es donde de manera exclusiva se da el resultado preterintencional, la verdadera causa para la producción del resultado concomitante más grave es la causa objetiva, que constituye un factor extraño imprevisible que se encuentra fuera de control del agente. La acción ilícita de éste o causa subjetiva es de carácter secundario y únicamente posibilita o condiciona el desenvolvimiento de la causa objetiva fundamental que al ser desconocida e imprevisible es independiente de la voluntad del agente. Si el factor extraño fuera conocido o de carácter previsible, el resultado concomitante más grave producido es de carácter doloso y no preterintencional, ya que éste solamente se configura cuando la variación del resultado es imprevisible, por ser desconocido el factor objetivo que lo origina.

Mal se puede por tanto atribuir culpa al agente activo por la actuación de un factor extraño ajeno a su voluntad, que genera un resultado imprevisto.

### **3.3. DOCTRINA DEL DELITO CALIFICADO POR EL RESULTADO**

Esta doctrina se desenvuelve dentro de la causalidad material, de tal manera que ve en la preterintención un resultado que se ha producido fuera de la intención del agente activo, pero del cual es responsable la imposición de la ley penal. Su fundamento teórico no es más que una actualización de la antigua responsabilidad objetiva vigente en la última etapa del sistema de la venganza privada y la composición penal, por lo que se le ha criticado muy duramente calificándola de un vestigio de una época bárbara largamente superada y porque en el Derecho penal moderno no hay responsabilidad sin culpa. Esta doctrina fue estructurada en la técnica alemana, que clasificó a los delitos preterintencionales como a los delitos calificados por el resultado.

No solo es anticientífico afirmar como lo hace esta doctrina, que el resultado preterintencional no es intencional, sino que también es ilógica esta afirmación, porque contradice que el significado del término preterintención, que en forma natural y racional designa al resultado que está más allá de la intención. En esta virtud, tenemos que básicamente hay una intención de provocar un determinado resultado ilícito, y el agente activo actúa para ocasionarlo y lo ocasiona, pero interviene una circunstancia objetiva imprevisible que sumándose al resultado previsto y querido ocasiona otro resultado diferente más grave.

#### **3.4. DOCTRINA DEL ERROR SOBRE EL NEXO CAUSAL**

Formando parte de la teoría jurídica penal de la tipicidad se encuentra la doctrina sobre el error de tipo, que incluye la del error sobre el nexo causal. Su estructuración es de última data y carece de rigor científico, porque no acepta la responsabilidad penal sin culpabilidad y tiene su punto de partida en el conocimiento y la voluntad del agente, en la intención o contenido subjetivo de la acción. En efecto, como toda acción presupone el conocimiento del objeto de la acción y la voluntad de su realización; el dolo en la acción delictiva requiere el conocimiento de los elementos del respectivo tipo penal y la voluntad de su realización; por eso en nuestro Código Penal, “establece que la infracción es dolosa cuando hay intención de causar daño”<sup>23</sup>. Esta intención es el conocimiento del mal que se quiere causar y presupone el conocimiento de los elementos de tipo objetivo, lo que en la realidad fáctica significa que el que actuar corresponde a los elementos de tipo penal. Hay conocimiento de los elementos del tipo objetivo siempre y cuando el agente obra sobre la realidad objetiva sin error o ignorancia, y esta realidad halla correspondida con los elementos de tipo penal. Cuando por error o ignorancia el agente cree que la realidad sobre la que actúa se corresponde con los elementos de determinado tipo penal, no hay conocimiento ni voluntad de su realización, es decir, que el agente no conoce la realidad sobre la que actúa y ésta no se corresponde con los elementos del tipo que quiere realizar.

---

<sup>23</sup> Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 14. 2008



El error sobre los elementos del tipo objetivo puede ser de dos clases, esencial y no esencial.

“El primero excluye la existencia del dolo, como cuando el agente convencido de que cierta sustancia es un veneno mortal, le hace injerir a una persona con la intención de matarla. En este caso existe una tentativa in idónea en razón del medio empelado, la misma que según nuestra legislación no es punible”<sup>24</sup>.

El error esencial puede recaer sobre el nexo causal y en tal caso si bien excluye el dolo, puede configurar el delito preterintencional si es que existe el respectivo tipo en el Código Penal, que comprenda al resultado preterintencional como una figura autónoma cualitativamente diferente de la que se configuraría en caso de medir dolo en la producción del resultado.

Existen sobrados argumentos de política criminal para mantener en los códigos penales las contadas figuras preterintencionales, que se caracterizan porque la variación cualitativa del resultado no es directamente proporcional a la variación cuantitativa de la pena, que es mínima; como por ejemplo en el caso del homicidio preterintencional, la pena apenas excede a la que se impondría en el delito de lesiones graves.

El error sobre el nexo causal es esencial como cuando por ejemplo: el agente activo desconociendo que su adversario tiene descalcificados los huesos del cráneo, quiere darle un golpe en la cabeza, que efectivamente le da y el cráneo se fractura a consecuencia de la descalcificación produciendo la muerte de la víctima. En este caso, no cabe duda que el golpe es intencional, doloso; en tanto que la fractura del cráneo que es causa de la muerte es ocasionada por un factor extraño (descalcificación de los huesos) preexistente como un estado patológico en el sujeto pasivo, y que por ser desconocido el agente activo se encuentra fuera de su control, por lo que hay exclusión del dolo en el resultado muerte, pero que por encontrarse este el resultado tipificado, como delito preterintencional, el agente responde por esta figura.

---

<sup>24</sup> Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 16. 2008

El error no esencial no excluye el dolo y puede ser sobre la identidad del sujeto pasivo (error in personam), error en el golpe (aberratio ictus) y error sobre el nexa causal.

El error sobre el nexa causal no es esencial, como cuando por ejemplo: el agente activo quiere matar a una persona atropellándola con su auto y que efectivamente va a su encuentro y al verla le lanza el vehículo encima, pero la víctima no muere atropellada sino que a consecuencia del impacto cae sobre el pavimento de cabeza fracturándose el cráneo y muere.

En este caso, como no existe mayor diferencia entre el nexa causal que el agente se propuso y el que realmente ocurrió, responde igualmente por homicidio intencional o doloso. Esto es así, porque la causa fundamental para la producción del resultado muerte, es el lanzamiento del vehículo sobre la víctima por una parte, y por otra, ese resultado fue previsto y querido.

La única observación que podemos formular a esta doctrina es que solamente destaca que el error causal esencial sobre el nexa causal que ocasiona el resultado imprevisible se produce por desconocimiento del agente activo; sin precisar que además se debe a la intervención de una causa objetiva, que si bien es desconocida, constituye la causa fundamental para la variación cualitativa del resultado; en tanto que la acción del agente activo es la condición que posibilita el desenvolvimiento de la causa objetiva.

### **3.5. PRINCIPALES CARACTERISTICAS DE LA PRETERINTENCION A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL MATERIALISMO DIALECTICO SOBRE LA CAUSALIDAD**

Tomando la Doctrina Materialista de la Causalidad, como marco teórico para el análisis y explicación del fenómeno de la preterintención, tenemos que esta presenta las siguientes características:

- a. El resultado preterintencional por su naturaleza es efecto de una concurrencia de causas o concausalidades;

- b. La causa del resultado preterintencional constituye una concausalidad de carácter objetivo, que comprende la suma de una causa subjetiva secundaria condicionante con una causa objetiva fundamental condicionante imprevisible;
- c. El resultado preterintencional o variación cualitativa del resultado es imprevisible al igual que la causa objetiva que lo genera;
- d. Sin la causa subjetiva secundaria condicionante no puede actuar la causa objetiva fundamental imprevisible;
- e. Si el agente conoce que con su acción se desencadenará la causa objetiva, el resultado que se produzca es previsible y por tanto doloso.

## **CAPITULO IV**

### **4. LA CONCAUSALIDAD OBJETIVA EN L SISTEMA PUNITIVO ECUATORIANO**

#### **4.1. EL SISTEMA LEGAL SOBRE LA CONCAUSALIDAD ADOPTADA POR EL CÓDIGO PENAL COMUN DEL ECUADOR**

En el ámbito del Derecho Penal, el término jurídico penal denominado concausalidad, designa la concurrencia de causas para la producción del resultado delictivo. Estas causas pueden ser subjetivas y objetivas. Las primeras depende de la consciencia y voluntad del sujeto activo; en tanto que, las segundas son desconocidas del sujeto activo y se encuentran fuera del control de su voluntad, por lo cual, el resultado delictivo que ocasionan es imprevisible.

En toda situación concausal existe la concurrencia de causas subjetivas y objetivas, y es de su naturaleza que una de las causas ejerce la función de condición para que opere la otra u otras, ocasionando el resultado delictivo.

Cuando la causa subjetiva funciona como condición para que la causa objetiva provoque el resultado delictivo, nos encontramos ante la concausalidad objetiva, en tanto que, si la causa objetiva es la condición para que opere la causa subjetiva, el resultado delictivo es previsto y querido y consecuentemente, nos encontramos ante la concausalidad subjetiva.

Por lo tanto, la diferencia sustancial entre la concausalidad subjetiva con la concausalidad objetiva, radica en la primera el resultado delictivo es previsto y querido, en tanto que en la segunda, el resultado delictivo es imprevisible y va más allá de la intención del agente, que inicialmente se propuso ocasionar un daño leve, pero que por la intervención de la causa subjetiva desconocida del sujeto activo, se produce una variación cuantitativa del resultado en forma imprevisible y fuera de su control.

El régimen jurídico penal sobre la concausalidad se contiene en el Código Penal, “el inciso primero de esta disposición se refiere a la concausalidad

subjetiva”<sup>25</sup>, , que se caracteriza por que la causa objetiva es conocida del sujeto activo y consecuentemente, el resultado delictivo que esta ocasiona es previsible o previsto y querido ocasionado con consecuencia y voluntad, como cuando el sujeto activo conoce que el sujeto pasivo padece descalcificación en los huesos (causa objetiva preexistente) y a pesar de este conocimiento, le golpea en el cráneo, nos encontramos con la muerte que se ocasiona al sujeto pasivo, es intencional, prevista y querida; lo cual, no sucede si el sujeto activo desconoce que el sujeto pasivo padece de la descalcificación en los huesos que es la causa fundamental para la producción del resultado delictivo, muerte de la víctima y consecuentemente, se configura el delito de homicidio preterintencional.

Los incisos segundo, tercero y cuarto disposición legal materia de mi comentario, contiene el régimen jurídico penal de la concausalidad objetiva, que en síntesis es el siguiente:

- a.** La causa subjetiva o conducta ilícita que el sujeto activo realiza, es la condición o causa secundaria que desencadena o pone en funcionamiento la causa objetiva fundamental que ocasiona el resultado delictivo;
- b.** El resultado delictivo al igual que la causa objetiva fundamental que lo ocasiona son imprevisibles; de tal forma que, si la causa objetiva es conocida del sujeto activo, el resultado delictivo que ocasiona es previsible, previsto y querido, provocado consciente y voluntariamente; y,
- c.** La causa subjetiva o conducta ilícita que realiza el sujeto activo solamente constituye condición para el funcionamiento de la causa objetiva fundamental, porque esta sumándose a aquélla, conjuntamente constituyen el nexo causal objetivo que ocasiona el resultado delictivo imprevisible; de tal forma que, si la causa objetiva, por si misma, sin necesidad de que la ponga en funcionamiento la causa subjetiva, en forma independiente ocasiona el resultado imprevisto, no existe el

---

<sup>25</sup> Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 13. 2008

resultado preterintencional o la concausalidad objetiva, como cuando el sujeto activo hiere al sujeto pasivo y este al recibir asistencia médica en el hospital, muere por la ruptura de una arteria en el cerebro o de una aneurisma congénito, causa objetiva que evidentemente se encuentra desconectada o sin relación alguna con la lesión ocasionada por el sujeto activo.

#### **4.2. LA CONCAUSALIDAD OBJETIVA RELEVANTE PENALMENTE**

“No toda concausalidad objetiva tiene relevancia penal, ni debe ser regulada por el Código Penal”<sup>26</sup>, que es objeto de este comentario.

En efecto, si la causa subjetiva o conducta que ejecuta el sujeto activo se encuentra encaminada a la producción de un resultado lícito, adecuado al derecho, sin embargo de lo cual, mientras se encuentra realizándose esta conducta desencadena la intervención de una causa objetiva desconocida e imprevisible que ocasiona el resultado prohibido a pesar de haber actuado prudencialmente observando la debida diligencia y cuidado, resulta evidente que nos encontramos ante el caso fortuito que se caracteriza precisamente, porque el resultado prohibido se produce por mero accidente o accidentalmente, como cuando el sujeto activo quiere prende un foco de luz eléctrica y acciona el respectivo interruptor, lo cual desencadena un corto circuito e incendia la casa y muere una persona, estableciéndose posteriormente que la causa del corto circuito fue que se había unido los alambres que conducían la energía eléctrica al foco por acción de las aves migratorias que se habían posado en ellos, no cabe duda que nos encontramos ante un caso fortuito.

Vamos a suponer que en este mismo ejemplo. El sujeto activo actúa negligentemente porque conocía que cuando vienen las aves migratorias se posan en los alambres uniéndolos y es necesario revisar las instalaciones eléctricas, pero no lo hizo por descuido o negligencia,

---

<sup>26</sup> Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 13. 2008

resulta evidente que el cortocircuito pudo ser previsto y consecuentemente, nos encontramos con la muerte de la persona se produce con culpa, al no haberse revisado las instalaciones eléctricas para evitar cortocircuitos.

En tal virtud, nos encontramos, con que, constituye premisa fundamental para la aplicación de régimen legal de la concausalidad objetiva, que la causa subjetiva o conducta que realiza el sujeto activo sea ilícita o se encuentre dentro del ámbito penal, porque el agente quiere ocasionar un determinado resultado delictivo y al dirigir su actividad para provocarlo desencadena el funcionamiento de la causa objetiva desconocida, que en forma imprevisible ocasiona un resultado delictivo más grave, como cuando el sujeto activo se propone golpear al sujeto pasivo y efectivamente lo golpea desconociendo que padece de hemofilia y a su consecuencia de esta enfermedad se desencadena una incontenible hemorragia que le provoca la muerte.

Vamos a suponer en este mismo ejemplo. Que el sujeto activo conoce que el sujeto pasivo padece de hemofilia y a pesar de este conocimiento le golpea, resulta evidente que la muerte que se le ocasiona se le produce dolosamente, porque fue prevista y querida, ya que el sujeto activo al representarse en su conciencia golpeando al sujeto pasivo, conoció que su enfermedad le iba a producir necesariamente una hemorragia que podría provocarle la muerte y consecuentemente, por no haber renunciado hacerle dado el golpe, el resultado muerte que se ocasiona por la hemofilia fue previsto y querido.

#### **4.3. ELEMENTOS DE CONCAUSALIDAD OBJETIVA**

En todo caso de concausalidad objetiva necesariamente debemos encontrar los siguientes elementos, a saber:

- a. Una conducta ilícita, porque por si sola y en forma independiente se encuentra tipificada como infracción en el Código Penal y funciona como condición necesaria para que la causa objetiva entre en actividad y provoque en forma imprevisible el resultado delictivo más grave.

- b.** La causa objetiva fundamental desconocida del sujeto activo, que entra en actividad a consecuencia de la conducta ilícita que realiza y en forma imprevisible provoca un resultado delictivo más grave del que se propuso al ejecutar tal conducta;
- c.** La variación cuantitativa del resultado, por lo cual, necesariamente el resultado no previsto ni querido, debe ser de mayor gravedad del que se propuso realizar el agente al ejecutar la conducta;
- d.** Que la causa subjetiva y a la causa objetiva se encuentra interconectadas y constituyen el nexo causal objetivo que ocasiona la variación cuantitativa del resultado, porque no solo se realizan el que previó y quiso realizar el agente al ejecutar la conducta, sino que en forma imprevisible por no conocer la existencia de la causa objetiva y de que ésta se desencadenará, se produce un resultado diferente y más grave; y,
- e.** El sujeto activo necesariamente debe desconocer la existencia de la causa objetiva y de que la conducta ilícita que ejecuta la pondrá en actividad para ocasionar la variación cuantitativa del resultado, porque en el caso contrario de ser conocida la causa objetiva, el resultado más grave es previsto y querido, ocasionado con conciencia y voluntad, intencionalmente.

#### **4.4. DELITO BASE COMO CAUSA SUBJETIVA**

La conducta ilícita constituye la condición necesaria para la intervención de la causa objetiva desconocida que imprevisiblemente produce el resultado prohibido más grave, debe encontrarse tipificada como infracción penal dolosa por separado; de tal forma que, si esta conducta configura solamente infracción culposa, no existe el resultado preterintencional, como cuando se causan heridas o lesiones inintencionales a una persona que sufre de hemofilia, que a consecuencia de esta enfermedad se



desangra y muere. “En este caso, es evidente que solamente se configura el delito de lesiones culposas”<sup>27</sup>.

Efectivamente, el tipo de “homicidio preterintencional”<sup>28</sup>, tiene como delito base las heridas o golpes dados voluntariamente, es decir, que el sujeto activo se propone herir o golpear al sujeto pasivo y voluntariamente dirige su actividad a la consumación del delito base y efectivamente lo consuma, al mismo tiempo que desencadena el funcionamiento de la causa objetiva que ocasiona el resultado más grave, como es la muerte de la víctima y consecuentemente, se configura el delito de homicidio preterintencional.

En otros casos, “no se requiere la consumación del delito base doloso, siendo suficiente que se lo haya tentado, como ocurre en el homicidio preterintencional que tiene como delito base un aborto intencional y que se tipifica en el mismo cuerpo legal”<sup>29</sup>.

#### **4.5. LA ACUSA OBJETIVA Y SU CLASIFICACIÓN**

La causa objetiva que sumándose al acto punible base doloso ocasiona el resultado delictivo preterintencional, es un factor extraño al sujeto activo y absolutamente desconocida de este y, que una vez que entra en actividad por acción de la causa subjetiva, se encuentra fuera de su control; por lo cual, el resultado más grave es imprevisible, no previsto ni buscado por el sujeto activo y consecuentemente tiene el carácter de preterintencional.

Las causas objetivas pueden ser preexistentes simultaneas y supervenientes, pero en todo caso que son conocidas del sujeto activo o cuando siendo desconocidas existe la posibilidad de controlarlas, una vez que se desencadenan, y el sujeto activo no hace absolutamente nada

---

<sup>27</sup> Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 472. 2008

<sup>28</sup> Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 455. 2008

<sup>29</sup> Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 455. 2008

para evitar que continúen actuando, nos encontramos ante un resultado más grave doloso, ocasionado con conciencia y voluntad por ejemplo: el sujeto activo quiere golpear al sujeto pasivo y efectivamente lo golpea, pero a consecuencia del golpe se resbala y se fractura una pierna, circunstancia en la cual es abandonada la víctima y por no recibir la respectiva atención médica muere, no cabe duda que se configura el delito intencional, porque el sujeto activo conoció que la víctima por la gravedad de la fractura debía ser atendida de inmediato y además, por encontrarse aquella lesionada por consecuencia de su conducta ilícita, tiene la obligación de reparar el daño ocasionado, conduciendo a la víctima para que reciba la adecuada atención médica, pero como no lo hizo, la muerte que se produce fue previsible, por ser ocasionada con dolo eventual. En efecto, "no impedir un acontecimiento cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo equivale a ocasionarlo"<sup>30</sup>.

Las causas objetivas preexistentes por regla general consisten en enfermedades que padece el sujeto pasivo y lo afectan debilitándolo, de tal forma que cualquier lesión o golpe que recibe es mortal, como es el caso de descalcificación en los huesos, la hemofilia, enfermedades cardíacas, diabetes, etc.

Las causas objetivas simultáneas son factores extrañas al sujeto pasivo que concurren coyunturalmente y sumándose al acto punible básico que las pone en funcionamiento, producen el resultado preterintencional, como por ejemplo: la piedra sobre la cual se cae el sujeto pasivo al ser golpeado y se fractura el cráneo ocasionándose su muerte.

Las causas objetivas supervenientes concurren a sumarse al acto punible básico después que este se consuma, como cuando el sujeto activo lesiona al sujeto pasivo sin intención de causarle la muerte, pero esta se produce por falta de atención médica, por gangrena.

#### **4.6. EL NEXO CAUSAL DEL RESULTADO PRETERINTENCIONAL**

---

<sup>30</sup> Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 12. 2008

El nexo causal objetivo del resultado preterintencional se encuentra conformado por una interconexión de causas: la causa subjetiva o acto punible que se actúa como condición para que intervenga la causa objetiva y produzca el resultado más grave o la variación cuantitativa del resultado con respecto al que inicialmente se propuso el sujeto activo.

En tal virtud, la interconexión causal de la causa subjetiva con respecto a la producción del resultado preterintencional, se encuentra restringida a desencadenar la intervención de la causa objetiva; de tal forma que, solamente esta es la causa de la variación cuantitativa del resultado en forma imprevisible, por no haberla conocido el sujeto activo cuando realiza la actividad necesaria para consumar o tentar el delito base.

A esta interconexión causal que se manifiesta en el Código Penal como “la concurrencia del acto punible con causas preexistentes, simultáneas o supervenientes, independientes de la voluntad del actor”.<sup>31</sup>

#### **4.7. METODOLOGIA PARA LA DETERMINACION DE LA EXISTENCIA DEL RESULTADO PRETERINTENCIONAL**

“La preterintencionalidad es la provocación del resultado delictivo no se determina por la sola aplicación de las reglas jurídicas sobre la concausalidad objetiva”<sup>32</sup>, aunque en forma evidente se establezca que concurrió una causa objetiva desconocida del sujeto activo, que sumando al acto punible base consumado por este, ocasiona en forma imprevisible.

Una vez que hemos determinado la existencia del respectivo tipo penal preterintencional, al que subsume el resultado preterintencional materia del análisis se debe justificar la existencia de la concausalidad objetiva en su producción. Al respecto nos podemos encontrar en dos situaciones:

- a.** Que constes la preterintencionalidad en la producción del resultado delictivo, de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto

---

<sup>31</sup> Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 13. 2008

<sup>32</sup> Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 13. 2008

punible base, o de la calidad y localización de heridas, o de los instrumentos con que se hicieron, consta que no son la causa fundamental del resultado ocasionado.

**b.** “Que no conste la preterintencionalidad en la forma indicada en el literal anterior”<sup>33</sup>, la prueba de la preterintencionalidad corresponde al que alega, porque en aplicación de estas disposiciones se refutan ocasionados con conciencia y voluntad los resultados delictivos, mientras no se prueben lo contrario. La primera disposición citada es de carácter general porque rige para todo delito, en tanto que la segunda disposición, es especial para los delitos contra las personas.

Como se ve, la preterintencionalidad no se la presume, sino que siempre se la deberá justificar procesalmente, utilizando los medios de prueba adecuados a la naturaleza de los hechos que configuran la concausalidad objetiva materia de la investigación procesal.

---

<sup>33</sup> Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 23 y 448. 2008

## **CAPITULO V**

### **5. LA CONCAUSALIDAD SUBJETIVA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA**

#### **5.1. LA REGULACION PENAL DE LA CONCAUSALIDAD SUBJETIVA**

A lo largo de este trabajo se ha podido estudiar el régimen de la concausalidad subjetiva, como en tanto y cuanto doctrina científica explicativa de la concurrencias de causas para la producción de un resultado previsible; por lo que bajo este marco teórico, en este capítulo analizaremos todos los casos de concausalidad subjetiva que se contemplan en nuestro Código Penal, estableciendo las diferencias entre uno y otro.

Cabe recordar que dentro del estudio de la previsibilidad, al tratar del resultado doloso sentamos el principio de que siempre que los resultados concomitantes han sido previstos como necesarios o posibles, al representarse en su conciencia el agente ejecutando el resultado principal, entraba en funcionamiento el régimen de la “concausalidad subjetiva”<sup>34</sup>. Por tanto, al desenvolverse este régimen dentro de la previsibilidad, los resultados concomitantes caen dentro del dolo, que por lo dispuesto en el Art. 33 se lo presume; y, por consiguiente la carga de la prueba de demostrar que el resultado concomitante fue imprevisible corresponde al agente activo, a no ser que de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto, pueda deducirse que el resultado concomitante fue imprevisible.

#### **5.2. METODOLOGIA**

---

<sup>34</sup> Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 13. 2008

“En la práctica, cuando nos encontramos ante el fenómeno de la concausalidad”<sup>35</sup>, que establece la presunción del dolo y consecuentemente de la previsibilidad; hay que partir del supuesto de que el resultado concomitante o variación cualitativa del resultado fue previsto y querido, a no ser que de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto, pueda deducirse la falta de previsibilidad, y en tal caso nos encontramos ante la concausalidad objetiva. En esta virtud, para la determinación de que la concausalidad es de carácter subjetiva todo el proceso de análisis debe centrarse en la demostración de que el resultado concomitante o variación cualitativa del resultado no es imprevisible. En efecto, la previsibilidad se presume; y, para hacerlo hay que tomarlo en cuenta el carácter del medio empleado o la calidad y localización de las heridas, en unos casos, y en otros, el conocimiento anterior del agente, de la concausa o circunstancia objetiva que va a ocasionar el resultado concomitante o variación cualitativa del resultado.

### **5.3. LA VARIACION CUALITATIVA DEL RESULTADO**

Dentro de la concausalidad subjetiva la variación cualitativa previsible del resultado, lo es con relación al resultado que inicialmente se propuso la gente activo con dolo directo de primer grado. De manera que la variación se produce con dolo de consecuencias necesarias o dolo eventual. Por otra parte, la variación cualitativa puede ser menos grave o más grave con respecto al resultado inicialmente previsto, o variar con respecto al objeto, en unos casos, y en otros, además del resultado inicial se produce también un resultado concomitante. La variación del resultado es cualitativa porque depende de un nexo causal subjetivo, esto es, de la conciencia y voluntad del agente, que al representarse en su conciencia ejecutando el resultado inicial, previo también la variación del resultado en forma necesaria o posible.

Caso de variación cualitativa de menor gravedad. Por ejemplo: Juan quiere matar a Luis, y armado de un revolver apunta al corazón y dispara, pero la bala en razón de que Luis se movió o la desvió el viento, solamente se aloja en el hombro izquierdo, causándole lesiones graves. Es obvio que por el error en el golpe, no se produce el homicidio previsto y querido con dolo directo o de primer grado; pero, como el agente al

---

<sup>35</sup> Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 33. 2008

representarse en su conciencia matando a Luis, también previo que era posible errar el golpe y solamente lesionarlo, responde por la infracción resultante.

Caso de variación cualitativa de mayor gravedad. Por ejemplo: si Juan queriendo herir a Luis, armado de un revolver apunta a las piernas, pero la bala en razón de que Luis se lanza al suelo para esquivar el disparo o porque la desvió el viento, se aloja en el estomago y lo mata. Es evidente que Juan al representarse en su conciencia hiriendo a Luis razonablemente debió prever que por error en el golpe era posible de que la bala se aloje en zona vital y le cause la muerte, que no cabe duda que se produce con dolo eventual y por tanto es intencional, por lo que el agente responde por la infracción resultante, que es el delito de homicidio intencional.

Tanto en la variación de menor como en la de mayor gravedad, es causa objetiva o condición para la variación cualitativa del resultado, el movimiento que hace Luis, o la intensidad del viento que desvía la bala, condición que es conocida de agente, y que la toma en cuenta al representarse en su conciencia ejecutando el disparo, como posible causa de error en el golpe, con la previsión de la variación del resultado.

Es necesario destacar que si el error en el golpe es absoluto, produce un delito frustrado o tentativa concluida o acabada que nuestro Código Penal lo “contempla junto con el conato o tentativa inconclusa sin diferenciarlas”<sup>36</sup>, por lo que el agente responde por la infracción resultante, que es la tentativa.

Caso de variación cualitativa del resultado con respecto al objeto de la infracción inicial. Por ejemplo: Juan queriendo matar a Luis, armado de un revolver lo persigue por medio de un tumulto de gente y dispara pero en lugar de matar a Luis la bala mata a Pedro. En este caso de error en el golpe, el agente al representarse en su conciencia matando a Luis necesariamente debía prever que en caso de errar el disparo, podía matar o herir a algunas de las personas del tumulto, por lo que responde por la infracción resultante, que es una concurrencia de tentativa de homicidio a Luis con el homicidio de Pedro.

---

<sup>36</sup> Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 16. 2008

Los diferentes casos de error en el golpe, que los hemos estudiado con respecto a los delitos contra las personas, por ser en estos donde adquieren mayor trascendencia, pueden también presentarse en otros delitos.

En todo caso lo fundamental consiste en que para ser un caso de concausalidad subjetiva la variación cualitativa del resultado tiene que ser previsible como consecuencia necesaria o posible de la acción del agente que ejecuta para consumir el resultado inicialmente propuesto.

Se trata de delitos complejos, dolosos, ya que un mismo tipo se contemplan a otros resultados, de manera que su realización configura el respectivo tipo calificado por el resultado, y no una concurrencia de infracciones, como ocurriría en caso de no existir el respectivo tipo complejo que une a los dos resultados.

#### **5.4. PRINCIPALES CARACTERISTICAS DE LA CONCAUSALIDAD SUBJETIVA A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL MATERIALISMO DIALECTICO SOBRE LA CAUSALIDAD.**

Tomando la doctrina del materialismo dialectico sobre la causalidad como marco teórico para el análisis y explicación de la concausalidad subjetiva, tenemos que esta presenta las siguientes características:

- 1.** La variación cualitativa del resultado por su naturaleza es efecto de una concurrencia de causas o concausalidad.
- 2.** La causa de la variación cualitativa del resultado, es una concausalidad de carácter subjetivo, que comprende la suma de una causa subjetiva fundamental con otra causa de carácter objetivo secundaria previsible, que opera condicionando la actuación de la primera.
- 3.** La variación cualitativa del resultado es previsible, al igual que la causa objetiva secundaria que es condición para su realización.
- 4.** Sin la causa objetiva secundaria condicionante no puede actuar la causa subjetiva fundamental.



5. El agente conoce siempre que su acción, que es la causa subjetiva fundamental, sumándose a la causa objetiva secundaria o condición, debe o puede ocasionar la variación cualitativa del resultado.
6. La causa o condición objetiva secundaria que condiciona el desenvolvimiento de la causa subjetiva fundamental para que produzca la variación cualitativa del resultado, lo constituye la conexión causal entre el resultado inicial perseguido por el agente con la variación cualitativa del resultado.
7. La condición objetiva secundaria o condición causal entre el resultado inicial con la variación cualitativa del resultado, puede ser necesaria o posible.
8. La conexión causal o condición objetiva secundaria, sea necesaria o posible. Siempre es previsible, al igual que la variación cualitativa del resultado.

## **CONCLUSIONES**

- 1.** La acción social lo es únicamente en relación al orden establecido, y constituye la unidad de comportamiento individuo como ser social. La conducta socialmente exigible por el orden puede consistir en un hacer o en un no hacer.
- 2.** El individuo trasgrede la norma impositiva omitiendo el comportamiento que ella exige de él, en cambio transgrede la norma prohibitiva, cometiendo o realizando lo que ésta le prohíbe.
- 3.** En el orden penal un resultado contemplado en el respectivo tipo penal es causal cuando es ajeno a la conciencia y voluntad del agente; se trata de un fenómeno imprevisible o que previsto es imposible de evitarse.
- 4.** El resultado es causal en tanto y en cuanto el agente desenvuelve su actividad dentro del campo lícito; puesto que de no ser así se cae en el fenómeno de la Concausalidad Objetiva, por lo que podría configurarse el delito preterintencional en caso de existir el respectivo tipo.

## **RECOMENDACIONES**

- 1.** El estudio y mejor manejo desde un punto de vista característico, del nexo causal no permite una amplitud de ideas acerca de nuestra codificación.

## **BIBLIOGRAFÍA**

1. Código Penal Ecuatoriano 2008
2. Valentín Letelier.- Génesis del Derecho.- Editorial Jurídica de Chile. 1967
3. Enrique Cury. Orientación para el estudio de la teoría del delito.
4. Eduardo Novoa M. Curso de Derecho Penal Chileno
5. Hans Welzel. Derecho Penal Alemán.
6. Sergio Politoff, Francisco Grisolia y Juan Bustos. Derecho Penal Chileno. Parte especial.
7. A.A. Cuneaba. – Las Categorías de la Dialéctica Materialista. Ediciones Sudamericanas Ltda. Bogotá – Colombia.1977
8. Tratado de Derecho Penal. Tomo III, Buenos Aires, Losada, 1951
9. Código Penal Español.
10. Código Penal Boliviano.
11. Código Penal Italiano.