

Estudio de caso: el homicidio culposo a la luz del principio *volenti non fit injuria*

Hernán Picerno de Azevedo

Estudiante de derecho, Universidad de la República. Plan 1989.
Quinto año.

picernohernan@gmail.com

Resumen | Abstract:

El presente artículo tiene como eje y objeto la siguiente pregunta problema: ¿Puede imputarse a un sujeto un delito de homicidio culposo cuando la víctima se puso en peligro a sí misma? Para ello nos introduciremos, a partir de un caso real, en el estudio del artículo 314 del Código Penal que consagra el tipo de homicidio culposo. Dada la naturaleza particular que dicho tipo presenta en su exigencia subjetiva (la culpa) y el bien jurídico que tutela (la vida), exploraremos en la relación entre el sujeto activo y pasivo del tipo, atendiendo a la capacidad de disposición que tiene este último -el sujeto pasivo- sobre el bien jurídico que tiene por objeto esta norma; su propia vida. Por último, en función de lo que se expondrá ofreceremos una solución alternativa a lo resuelto por el Tribunal.

Palabras clave: víctima - culpa - autopuesta en peligro - homicidio - atipicidad

Sumario.

I. Consideraciones Preliminares II. Presentación del caso a estudio III. Estudio dogmático del homicidio culposo art. 314 CP A. El bien jurídico tutelado: la vida B. El elemento subjetivo exigido: la culpa IV. El principio Volenti non fit injuria y la culpa V. Análisis del caso A. De las conductas de las víctimas y la autopuesta en peligro B. Del dominio del hecho C. De la exclusión de la tipicidad VI. Reflexiones finales VII. Referencias

I. Consideraciones preliminares

La cuestión relativa a si una actitud aprobatoria por parte del titular del bien jurídico sobre una conducta lesiva que a él le afecta directa o indirectamente puede tener algún efecto exonerador de la responsabilidad penal es, ciertamente, discutida desde antiguo. Suele citarse al respecto la máxima del jurista romano Ulpiano en virtud de la cual *nulla iniuria est, quae in volentem fiat*, luego cristalizada en el devenir del pensamiento jurídico en la abreviada versión de *volenti non fit iniuria*, que representa el más radical reconocimiento de la capacidad de

disposición que el titular de un bien tiene sobre la sanción de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Una aceptación ilimitada o incondicional del efecto liberatorio de la responsabilidad ha sido, en todo caso, materia sometida siempre a enconadas discusiones y agrias polémicas. Cuándo —en qué supuestos— y en qué medida —bajo qué presupuestos o limitaciones— pueda eximirse de la responsabilidad caso de concurrir tal consentimiento constituye, pues, una problemática que no ha sido firmemente decidida jamás. (Polaino Orts, 2003, p. 1)

Con el ánimo de producir una pieza digna de su lectura, quizás sean las palabras de Polaino Orts el mejor camino posible para allanarse ante el desafío propuesto para la realización de este segundo parcial del curso de Derecho Penal Parte Especial (2021).

Hemos decidido introducirnos en el estudio del artículo 314 del Código Penal (en adelante CP) que consagra el tipo de homicidio culposo. Dada la naturaleza particular que dicho tipo presenta en su exigencia subjetiva (la culpa) y el bien jurídico que tutela (la vida), nos inquieta la necesidad de explorar en la relación entre el sujeto activo y pasivo del tipo, atendiendo a la capacidad de disposición que tiene este último -el sujeto pasivo- sobre el bien jurídico que tiene por objeto esta norma; su propia vida.

La pregunta problema sobre la que profundizaremos será: ¿Puede imputarse a un sujeto un delito de homicidio culposo cuando la víctima se puso en peligro a sí misma?

A efectos prácticos nuestro análisis partirá del estudio de un caso basado en hechos reales¹, aunque ligeramente modificado en alguno de sus elementos para proponer una subsunción del mismo en el análisis que planteamos². En este sentido estudiaremos el elemento subjetivo culpa en el delito consagrado en el artículo 314 CP a la luz del artículo 10 de la Constitución de la República (en adelante C) y el art. 44 CP, que consagran conjuntamente el viejo axioma romano: *volenti non fit injuria*³.

Entendemos que el Derecho Penal quizás, al ser la ciencia jurídica de mayor contenido social y humano, debe atender a todos los elementos que hacen al caso si se pretende mediante

¹ Laudado por sentencia del Tribunal de Apelaciones de lo Penal 1° Turno No 49/2013.

² No podemos dejar de mencionar la escasa jurisprudencia que existe en nuestro país al respecto del artículo 44 CP, o siquiera acerca de la noción de autopuesta en peligro. Evidentemente estas figuras penales (de amplia difusión en otros foros penales como el español o el alemán) no han logrado penetrar en el nuestro todavía. No obstante, entendemos que el caso seleccionado posibilita en su casuística, reflejar acertadamente la perspectiva de nuestro abordaje.

³ “No se comete injusticia con quien actuó voluntariamente”.

su aplicación alcanzar algún criterio de justicia en situaciones todas, generalmente desgraciadas y *ex post facto*. Donde más allá de las distintas teorías u enfoques que se adopten, hay dos elementos sin los cuales el estudio del caso pierde toda razón de ser: el sujeto activo (causante) y el sujeto pasivo (la víctima). Creemos generalmente olvidada la actuación del segundo, y por ello nos proponemos poner en consideración la actuación de la víctima, cuando la lesión procede de una autopuesta en peligro.

Nuestro objetivo será primero, proporcionar una comprensión suficiente del objeto escogido. Si satisface las interrogantes o es de ayuda al lector, será muestra y afecto de un trabajo bien realizado.

Por último, no queríamos dejar de agradecer a la Prof. Lucía Remersaro por sus aportes doctrinarios, y guía metodológica para la elaboración del presente trabajo.

II. Presentación del caso a estudio

Sucintamente, el caso a estudio tiene por objeto el fallecimiento de cuatro de los seis ocupantes de un auto, a causa de un accidente automovilístico ocurrido en Avda. Giannattasio con un ómnibus interdepartamental al cual embistieron por la parte trasera a primeras horas del alba. Sobrevivieron el chófer, y un menor de diecisiete (17) años de edad que sufrió lesiones personales. A este caso real le agregaremos de forma ficticia un nuevo elemento: una espirometría positiva al conductor.

La causa fue impulsada de oficio por la Fiscal Letrada Departamental de Canelones ante el Juzgado Letrado de Ciudad de la Costa 3º Turno, el cual condenó al chofer como "autor penalmente responsable de un delito de Homicidio culposo calificado por el resultado, a cuatro años de penitenciaría, con descuento de la preventiva cumplida".

La Defensa recurrió el fallo y finalmente el Tribunal de alzada "confirmó el fallo, disminuyendo la pena a tres años de penitenciaría".

III. Estudio dogmatico del homicidio culposo art. 314 CP

A los efectos del presente análisis, el artículo 314 CP⁴ presenta dos notas relevantes: a) el bien jurídico objeto de su tutela y; b) el elemento subjetivo exigido para la realización del tipo penal.

A. El bien jurídico tutelado: la vida

⁴ Artículo 314 CP (Homicidio culpable). "El homicidio culpable será castigado con seis meses de prisión a ocho años de penitenciaría. La aplicación del máximo se considerará especialmente justificada -salvo circunstancias excepcionales- cuando de la culpa resulte la muerte de varias personas o la muerte de una y la lesión de varias". Ley 9.155, 1933.

Parafraseando a Zaffaroni (CanalFMDerecho UNCUYO, 2013, 5m), podemos conceptualizar a la noción de bien jurídico como una relación de disponibilidad que tiene un sujeto frente a determinados derechos (individuales o colectivos)⁵. En ese sentido entonces, el autor entiende que la función primordial del Derecho Penal es sancionar su daño o puesta en peligro por parte de terceros.

En el artículo 314 CP el bien jurídico tutelado es la vida humana. Que debe integrarse para un correcto análisis con la noción de homicidio consagrada en el artículo 310 CP⁶ que lo define como "El que (...) diere muerte a alguna persona...". En ese sentido Scapusio & Fernandez (2005, p. 77-92) explican:

En nuestro derecho contamos con dificultades adicionales al momento de aplicar los tipos penales concretos más frecuentes, como podrían ser el tipo del "homicidio culpable" contenido en el artículo 314 del Código Penal, o el delito de "lesiones culpables" previsto en el artículo 321. Ambas figuras tienen en común el hecho de no contener una descripción típica precisa en la conducta homicida o lesiva culpable, sino que remiten a la descripción legal contenida en las previsiones de las formas dolosas. (...) Parece entonces evidente que este panorama reclama un esfuerzo interpretativo orientado conforme a los fines del Derecho para determinar las soluciones más correctas a problemáticas que se han desarrollado con posterioridad a la sanción de nuestro Código vigente.

Por tanto atendiendo a la necesaria integración que debe hacerse del tipo penal 314 CP con el art. 310 CP, es claro que dichos supuestos deben analizarse cuidadosamente a la hora de pretender realizar una imputación típica al caso concreto.

Lo que sí es claro y obvio es la importancia del bien jurídico en cuestión, dado que es el presupuesto y piedra angular necesaria para cualquier desarrollo vital posterior que se pueda imaginar. Al decir de Langon (2003, p. 801) "la vida es el bien jurídico fundamental, soporte de todos los demás derechos, de orden preternatural, que no es creado sino declarado como valioso por la Constitución y los Pactos Internacionales respectivos que refieren a ella".

Más aún, Gorosito (1994, p. 141) establece haciendo referencia al artículo 26 de la Carta "la interpretación correcta es

⁵ Cabe destacar que en dogmática penal existen tantas definiciones de bien jurídico como días en la historia. A los efectos del presente trabajo adoptaremos dicha noción proporcionada por el autor como concepto definitorio.

⁶ Artículo 310 CP (Homicidio). "El que, con intención de matar, diere muerte a alguna persona, será castigado con dos a doce años de penitenciaría". Ley 9.155, 1933.

la de que ni aún como pena, es decir, mediando sentencia y debido proceso legal, es posible dar muerte”.

Ahora bien, si un bien jurídico es toda relación de disponibilidad que goza un sujeto sobre un determinado derecho propio tutelado por el ordenamiento penal, y si la vida es un bien jurídico tutelado, entendemos que todo individuo tiene derecho a hacer y gozar libremente de su propia vida, siempre y cuando con su uso no genere un daño a terceros.

B. El elemento subjetivo exigido: la culpa

Nuestro Derecho Penal exige como regla una doble condición para hacer penalmente responsable a un sujeto: un disvalor de la acción y un disvalor del resultado.

En ese sentido el artículo objeto de nuestro estudio reclama el resultado muerte, y como nota característica se amplía el elemento subjetivo - que de regla requiere dolo, intención - para constituir el tipo penal sobre la culpa del sujeto activo. Como el legislador no define en qué consiste la culpa debemos integrar el análisis con el art. 18 CP⁷ en cuanto establece “... culpable, cuando con motivo de ejecutar un hecho, en sí mismo jurídicamente indiferente, se deriva un resultado que, pudiendo ser previsto, no lo fue, por imprudencia, impericia, negligencia o violación de leyes o reglamentos.” y agrega “...el daño que se previó como imposible se considera culpable.”

Así, el artículo 314 CP tutela aquellas acciones que traen aparejado un resultado muerte, exigiendo que la consecuencia de dicha acción pudo haber sido prevista y que surja de un hecho en sí mismo jurídicamente indiferente.

IV. El principio *volenti non fit injuria* y la culpa

Nuestra Constitución de la República se funda sobre la teoría contractualista⁸, donde desde una perspectiva liberal propia del siglo XIX se construye su parte dogmática como un cúmulo de derechos, obligaciones y garantías que constituyen el objeto sustancial del acuerdo entre los constituyentes, es decir a la postre, sus habitantes. Ese espíritu impregna jerárquicamente

⁷ Artículo 18 CP (Régimen de la culpabilidad). “Nadie puede ser castigado por un hecho que la ley prevé como delito, si no es intencional, ultraintencional o culposo, cometido además con conciencia y voluntad. El hecho se considera intencional, cuando el resultado se ajusta a la intención; ultraintencional cuando el resultado excede de la intención, siempre que tal resultado haya podido ser previsto; culpable, cuando con motivo de ejecutar un hecho, en sí mismo jurídicamente indiferente, se deriva un resultado que, pudiendo ser previsto, no lo fue, por imprudencia, impericia, negligencia o violación de leyes o reglamentos. El resultado que no se quiso, pero que se previó, se considera intencional; el daño que se previó como imposible se considera culpable. En ningún caso podrá castigarse por un resultado antijurídico, distinto o más grave que el querido, que no haya podido ser previsto por el agente”. Ley 9.155, 1933.

⁸ Así lo confirma el artículo uno (1) de la Carta en cuanto refiere a “asociación” Constitución de la República Oriental del Uruguay, 1967.

nuestro ordenamiento todo, y se refleja claramente en el artículo diez⁹ (10) determinando que nadie puede ser penado por el libre uso de su poder de disposición, siempre que con su accionar no haya generado un daño o puesto en peligro bienes jurídicos de terceros; *volenti non fit injuria*. Dice Chaves (2015, p. 59):

La disposición del art. 10 de la Constitución establece que la responsabilidad no solo se engendra por acciones, sino por acciones lesivas, esto es, por aquellas que atacan el orden público o perjudican a un tercero, Las otras, las que carecen de estas características, están exentas de la autoridad de los magistrados.

Sobre ella se estableció especialmente el art. 44 CP¹⁰ consagrando el mismo principio en el ámbito penal, donde Irureta (1933, p. 175) decía claramente a este respecto:

No existe lesión contra el derecho; y si se admite que el hombre pueda disponer de su propia vida, a fortiori debe convenirse en que es dueño de su propio organismo salvo que del acto derive perjuicio para un tercero, fuera el tercero la sociedad o fuera un simple particular. Traduce una aplicación de la máxima: *volenti non fit injuria*.

Este planteo general ha ocasionado también sendos debates en distintas esferas de la materia. Así Langon (2003, p. 121) dice analizando el artículo 59.2 CP en materia de concurso de delincuentes:

El inc. 2 (..) ha sido tradicionalmente entendido en el sentido de que no puede haber coparticipación en delitos culposos, en que por esencia no existe intención de resultado (..:), sino también en el de que no puede haber compensación de culpas en sede penal. Sin embargo se abre camino recientemente la opinión, que compartimos, de que puede haber compensación de culpas en materia penal, al punto de que el hecho exclusivo de la víctima puede transformar en atípica la conducta del autor, cuando se trata de casos de "competencia" exclusiva de la víctima, cuyo ejemplo paradigmático es el del suicida, que se arroja con esa intención frente al auto que, con exceso de velocidad, se aproxima al lugar en que se encuentra aquel.

Nos resulta particularmente interesante esta posición en

⁹Artículo 10 de la Constitución de la República. "Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". Constitución de la República Oriental del Uruguay, 1967.

¹⁰Artículo 44 CP (Lesión consensual). "No es punible la lesión causada con el consentimiento del paciente, salvo que ella tuviera por objeto sustraerlo al cumplimiento de una ley, o inferir un daño a otros". Ley 9.155, 1933.

cuanto el daño ocasionado por el hecho propio resulte una verdadera causa de atipicidad en supuestos de delitos culposos, y casos de competencia exclusiva de la víctima.

V. Análisis del caso

El caso a estudio presenta ciertos elementos que lo hacen idóneo para la hipótesis teórica que se plantea. En ese sentido: a) el accidente no produjo daños penales al colisionado, solo roturas mecánicas propias de la órbita civil; b) tanto las víctimas del accidente como los supervivientes compartían el vehículo que ocasionó el accidente; c) entre ellos existía un vínculo de amistad; d) habían compartido juntos las últimas doce horas previas al accidente. A ello, le agregaremos el otro elemento: que el control de espirometría del conductor superviviente hubiere dado positivo¹¹.

A. De la conducta de las víctimas y la autopuesta en peligro

Habiendo analizado previamente el elemento objetivo, y el elemento subjetivo (exigido al causante) establecidos por el art. 314 CP, pasamos ahora a abordar un tercer elemento fundamental para el estudio de este caso: la conducta de los sujetos pasivos.

Primero y principal, resulta claro que más allá de las infracciones reglamentarias civiles en que evidentemente incurrieron, nuestro análisis debe ceñirse exclusivamente al ámbito penal ya que como bien dicen Scapusio & Fernández (2005. p.5):

No puede admitirse tampoco que el fin de protección de la norma pueda reducirse a la mera interpretación de una disposición no penal, sea esta ley o reglamento, ya que dichas disposiciones fueron pensadas con base en la conducta tipificada como una infracción administrativa.

En ese sentido entendemos que el riesgo de vida se generó a partir de la conducta de todos los sujetos que iban en el

¹¹ La sentencia a estudio remite a fj.99 estableciendo que la espirometría del conductor arrojó un resultado negativo. Que él mismo simplemente se durmió al volante y ello ocasionó el accidente. Entendemos por tanto que de no agregar este elemento adicional de forma ficticia, el caso a estudio no se subsumiría correctamente en la hipótesis que proponemos dado que el conductor se encontraba sin lugar a dudas en una posición de garante con respecto a sus acompañantes, dado que ellos habían consumido alcohol a sabiendas que él - conductor designado - no lo haría. En el caso real por tanto no hay autopuesta en peligro por parte de los acompañantes, y ello no nos permitiría ahondar en nuestro objeto satisfactoriamente. A modo de reflexión, quizás este detalle haga aún más trágica la causa, dado que el conductor dentro de todo se había precavido de no consumir alcohol en el local bailable demostrando una gran responsabilidad social para estos tiempos que corren. Sin embargo, a nuestro entender esta hidalguía irónicamente le priva la posibilidad de ampararse en la defensa que proponemos por lo antedicho: no cabría la autopuesta en peligro por parte de los fallecidos. Sent. N° 49/2013, TAP 1° del 22/2/2013.

vehículo. No solo desde el momento en que emprendieron la vuelta al alba, sino desde el momento en que acudieron al local bailable alcoholizados a primeras horas de la noche. A este respecto Stratenwerth (2013, p. 7) dice comentando una sentencia alemana de similares características: "Al final, se trata de las conductas y relaciones de personas adultas con capacidad de juicio que, voluntariamente, pueden llevar a cabo de forma conjunta una empresa arriesgada".

Más aún, el artículo 44.2 C¹² establece el deber particular de todos los habitantes de cuidar de su propia salud. Es así que creemos que la autopuesta en peligro (ya sea propia o heteropuesta) significa primero el incumplimiento de un deber particular de cuidado personal que toda persona tiene para consigo mismo, de raigambre constitucional. Atinadamente Stratenwerth (2013, p. 4) agrega:

También Ingeborg Puppe ha dado en el clavo: «el ordenamiento jurídico no le da al individuo [sin duda] la libertad de que, dolosamente, se deje matar por otro. Pero sí le da la libertad de comportarse de forma peligrosa, incluidos los peligros para la vida».

Entendemos que esta reflexión del autor alemán se ajusta de forma precisa a nuestro ordenamiento en cuanto a lo establecido por el art. 44.2 C.

B. Del dominio del hecho

Bien podría decirse que aún cuando todos consintieron el viaje en dichas condiciones, el conductor sería el culpable directo del accidente en cuanto tenía el dominio del hecho. Roxin (1973) diferencia en ese sentido este tipo de situaciones entre autorresponsabilidad y heterorresponsabilidad en cuanto al dominio del hecho. El autor ha explicado el "sentido" de dicha distinción de la siguiente manera:

lo lejos que uno quiere llevar el riesgo a través de su propio actuar está en todo momento bajo su dominio. En cambio, la mera tolerancia de un peligro generado por un tercero expone a la víctima a un desarrollo inabarcable, no siendo ya posible, a menudo, la intervención para (re)dirigirlo o para detenerlo. Por el contrario, quien se pone a sí mismo en peligro aún podría hacerlo. (Roxin, 1973, p.5)

Stratenwerth (2013) contesta esta distinción estableciendo que el dominio del hecho implica dolo, y los supuestos de imprudencia se estudian en sede de culpa y no de dolo, puesto

¹²Artículo 44. inc 2o de la Constitución. "Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad". Constitución de la República Oriental del Uruguay, 1967.

que por definición se trata de hechos no dominados por nadie; si no no hubieran sucedido. Por tanto dicha distinción no cabría y debe atenderse al momento en que los partícipes asumieron el riesgo, es decir al subirse al auto.

Más aún, el artículo 44 CP no distingue cómo debe exteriorizarse la voluntad en los casos de lesión por consentimiento, y bien sabido es que donde no distingue el legislador no debe distinguir el intérprete, más aún en materia de Derecho Penal donde el texto positivo debe interpretarse en coordenada de mínimo alcance - como enseña la mejor doctrina - para contener el poder punitivo del Estado.

C. De la exclusión de la tipicidad

Dice Polaino Orts (2003, p. 23):

Antes bien, consideramos que tanto el acuerdo como el consentimiento han de tener el mismo tratamiento dogmático (pudiéndose usarse, pues, como sinónimos), y que el acuerdo aprobatorio por parte del titular de un bien jurídico es cuestión que excluye la tipicidad de la conducta.

Y agrega: "Estas actuaciones a riesgo propio, o de (hipotéticas) heterolesiones consentidas, no pueden sino resolverse concediendo plena virtualidad exoneradora si media consentimiento válido por parte del joven" (Polaino Orts, 2003, p. 23).

Este razonamiento se fundamenta desde la teoría de la causalidad: si su conducta supuso creación o incremento ilícito de riesgo que luego se concretó en el daño, este debe responder. A su respecto establece Montano (2011, p. 2) :

El hecho de la víctima no es indiferente para el Derecho Penal. Este puede ser de tal entidad que haga decaer el delito totalmente por falta de acción. Hecho de la víctima, caso fortuito y fuerza mayor, impiden el elemento acción. La diferencia es que en el hecho de la víctima hay normalmente ejercicio de libertad por parte de ésta. En el caso fortuito y fuerza mayor hay imprevisibilidad absoluta, o irresistibilidad absoluta.¹³

En nuestro ordenamiento jurídico la vida es disponible. Esa es la tesis que sustentamos sencillamente porque el suicidio no está sujeto a pena alguna. Que podría estarlo por ejemplo - aún cuando el sujeto de derecho no pudiera ser penado- por vía sucesoria con una sanción de índole patrimonial¹⁴ a cargo de sus

¹³ Somos conscientes que el ilustrado autor no apoyaría nuestra postura en tanto entiende que el bien jurídico vida no es disponible. No obstante, entendemos pertinente agregar sus palabras dada su claridad conceptual en la materia (Montano, 1994).

¹⁴ Cabe recordar la concepción de Irureta Goyena en cuanto concebía la diferencia entre las

beneficiarios. Pero ello no ocurre y debe concluirse en función al principio *a maiori ad minus* que si el hombre puede disponer de su propia vida, más aún puede ponerla en peligro siempre que no dañe a un tercero.

Y en este caso planteado, no se provocó ningún daño penal a sujeto alguno que no se hubiera puesto en riesgo por su propio accionar, lo cual constituye una verdadera causa de atipicidad en función de los extremos exigidos por el art. 314 CP -y 310 CP subsidiariamente-.

VI. Reflexiones finales

Somos conscientes que la posición que planteamos no tiene mayor aceptación jurisprudencial. No obstante ello, nos resultaba importante presentarla dado que creemos que significa la solución del caso más justa en función de los elementos mencionados.

Nos resulta fascinante la claridad con la que Scapusio & Fernández (2005, p. 16) concluyen cómo debe realizarse correctamente el proceso de subsunción del tipo penal al supuesto fáctico, en cuanto dicen:

En definitiva, la atribución de responsabilidad pasa por un tema de imputación en su doble carácter objetivo y subjetivo, con recurso a criterios valorativos. El injusto es graduable en todos sus niveles y esa circunstancia se proyecta en la pena a imponer. En síntesis, ante una situación concreta, no bastará con establecer si la conducta a considerar ha sido la causa material del resultado, ni aún en forma coadyuvante. Será necesario, prioritariamente, valorar el conjunto de las circunstancias desde la perspectiva normativa globalmente considerada.

El hecho (en su totalidad) de la víctima es un elemento que entendemos no puede dejar de valorarse a la hora de analizar un caso. El Derecho Penal debe procurar obtener justicia, y una justicia aristotélica: a cada cual según se merece. Y este caso no hace menos que reafirmar como a veces, las soluciones que a priori se dan por sentadas no hacen más que avalar una actividad punitiva donde no cabe función rehabilitadora alguna¹⁵. Una pena en este caso, no podría cumplir con la finalidad que le consagra el art. 26 C inc. 2 en cuanto: "En ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar, y sí sólo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito", sencillamente porque no hay *animus necandi* - deseo de matar, dolo - y el resultado

sanciones penales y civiles, como una diferencia de grado. (Reta y Grezzi, 1991).

¹⁵ Esa es la tesis de la función de la pena que se consagra en nuestro ordenamiento en el art. 26 de la Constitución. Constitución de la República Oriental del Uruguay, 1967.

muerte obtenido se generó a la luz del principio *volenti non fit injuria*, es decir, por el hecho propio.

En ese sentido un correcto análisis valorativo que atienda a los mencionados supuestos donde: a) no se generó un daño penal a sujeto alguno que no se hubiera puesto en riesgo por sí mismo, y; b) donde la naturaleza culposa del evento implica prescindir del estudio del dominio del hecho; no cabría más que absolver al conductor superviviente del delito de homicidio culposo y solucionar por la vía civil el daño patrimonial ocasionado al propietario del omnibus colisionado, que es completamente ajeno a nuestro entender del presente análisis del caso penal.

Por último, cabe destacar que el proceso penal objeto de este caso es anterior a la sanción del Código del Proceso Penal, por lo que la persecución penal por parte del Ministerio Público no pudo evitarse al amparo del artículo 100 CPP, la cual entendemos, era la consecuencia humana más lógica dada la pena natural sufrida por el causante.

VII. Referencias

A. Bibliográficas

Chavez Hontou, G. (2015). *El Derecho Penal desde la Constitución*.

Montevideo: Universidad Católica del Uruguay.

Gorosito Zuluaga, R. (1997). El derecho a la vida, su protección constitucional. *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político* (XI) (62). 141-161.

Langón, M. (2003). *Código Penal y Leyes Penales Complementarias*.

Montevideo: Universidad de Montevideo.

Montano, P. (2011). Compensación de culpas y concurso culposo en el Derecho Penal uruguayo. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. Recuperado de: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Montano-Compensacion-de-culpas-y-concurso-culposo-en-el-Derecho-penal-uruguayo.pdf>

Montano, P. (1994). *Eutanasia y Omisión de Asistencia*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Polaino Orts, M. (2003). ¿Volenti non fit iniuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho penal. *Anuario Universidad de Fribourg*. Recuperado de:

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_11.pdf

Reta, A. & Grezzi, O. (1991). *Código Penal de la República Oriental del Uruguay. Anotado y concordado*. 3ra Edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Scapusio Minvielle, B. & Fernández Lembo, L. (2005). Concurrencia de culpas o concurrencia de riesgos. *Revista de la Facultad de Derecho* (15). 77-92.

Stratenwerth, G. (2013). "Heteropuesta en peligro consentida en conductas imprudentes". *Indret. Revista para el análisis del Derecho* (1). Recuperado de: <https://indret.com/wp-content/uploads/2013/01/Stratenwerth.pdf>

B. Recursos audiovisuales

CanalFMDerecho UNCUYO, (2013) *Zaffaroni, Eugenio Raul. Teoría del Delito I Ponencia Oral* [Archivo de Vídeo]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=CIjA-bArWQc&t=3843s>

C. Normas

Uruguay. Ley N° 9.155, *Código Penal*. Diario Oficial, 1 agosto 1934.

Uruguay. *Constitución de la República Oriental del Uruguay*. Diario oficial, 1 de marzo 1967.

Uruguay. Ley N° 19.293, *Código del Proceso Penal*. Diario Oficial, 9 enero 2015.

D. Jurisprudencia.

Uruguay. Tribunal de Apelaciones de lo Penal 1º Turno. Sentencia Definitiva N° 49/2013, 22 febrero 2013. Reyes Oehninger, Alberto Domingo. (Redactor), Torres Collazo, Sergio y Vomero Blanco, Rolando Rubens (Firmantes).