

Marcelo Domínguez *

Sumario

1. Introducción. 2. Marco teórico: la teoría de la imputación objetiva. 3. Soluciones dogmáticas: a) Compensación de culpas o concurrencias de culpas; b) La victimodogmática; c) El consentimiento; d) Autopuesta en peligro (Roxin); e) Competencia de la víctima (Jakobs); f) Imputación a la víctima (Cancio Meliá); g) Competencia de la víctima (Rusconi); h) Actuación a propio riesgo o competencia de la víctima (Aller). 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1). INTRODUCCIÓN.

Es poco usual que en el marco de la teoría del ilícito la figura de la víctima ocupe un papel destacado y mucho menos un sitio de privilegio. Más bien, al decir de CANCIO: *...la víctima vive un papel marginal, confinada a una consideración puntual como sujeto pasivo o incluso como objeto material personal del delito*¹. Como bien se aprecie, todas las definiciones del delito carecen de palabras respecto a la víctima, lo que ha llevado a ESER a manifestar que *la víctima del delito ha llegado a ser también una víctima de la dogmática de la teoría del delito*². En suma, como expresara ALLER, *se relegó históricamente a la víctima a un “cono de sombra”...porque la víctima ha quedado forzosamente instalada dentro de un cono que la aleja de la luz a*

[□] Doctor en Derecho y Ciencias Sociales UDELAR. Docente Ayudante (G. 1) de Derecho Penal en la Universidad de la República.

¹ Manuel Cancio Meliá, *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima “imputación a la víctima”*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 9.

² Albin Eser, *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 35.

*emerger del proceso penal, ya que nada ha de esperar de él, sino tan sólo la triste constatación del relegamiento a que se ve sometida*³. No obstante lo expresado, en los últimos años la víctima ha sido redescubierta por las ciencias penales, ya sea tanto en el ámbito del derecho penal material, en lo concerniente a las causas de justificación como pueden ser los casos de legítima defensa y el estado de necesidad. Asimismo dentro del derecho procesal penal, la víctima ha llegado a ocupar un papel más que determinante, el ejemplo más ilustrativo, es el instituto de la querrela, donde la víctima o sus familiares son partes del proceso penal coadyuvando con la fiscalía o muchas veces con intereses diferentes a los del Ministerio Público⁴. Sin olvidar que dentro de la política criminal hay tendencia proclives a una mayor protección de la víctima, sin perjuicio de abogar por parte del ordenamiento jurídico penal por una disminución de la responsabilidad de aquellos sujetos que atentan contra los bienes jurídicos de víctimas que son especialmente descuidadas con estos⁵.

Si bien lo reseñado precedentemente es importante, a efectos de los fines de este trabajo, es imprescindible mencionar la conducta de la víctima dentro del sistema general de imputación o en el sistema del hecho punible, donde el suceso o intervención de la misma conduce o determina la lesión de sus propios bienes. Se trata, que la figura de la víctima penetre en la valoración normativa del comportamiento del autor, específicamente, de determinar si el comportamiento de la víctima puede resultar relevante para constatar si existe siquiera una conducta típica, lo que conlleva, que en realidad lo que se trata de resolver en esos casos, es si hay una “víctima” y un “autor”.

Huelga precisar que cuando utilizamos el término “víctima” lo hacemos con el alcance de persona lesionada y cuando nos referimos al “autor” ponemos énfasis en la persona que ha intervenido en la lesión.

³ Germán Aller, *Criminalidad del poder económico. Ciencia y praxis*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011, p. 311.

⁴ Un ejemplo de lo expuesto se puede apreciar en la República Argentina.

⁵ Manuel Cancio Meliá, *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima “imputación a la víctima”*, p. 11. También, Manuel Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, 2ª Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 32.

La hipótesis en que el comportamiento de la “víctima” pueda adquirir relevancia en la valoración jurídico penal de la atribución de cierto resultado, abre, en principio, un campo de amplitud enorme dentro de la dogmática jurídico penal, imagínense un sujeto que cruza la calzada por un lugar inadecuado y en forma descuidada y es embestido por un conductor que venía desarrollando su conducción en forma correcta, o quien se reabre una herida que otro le ha provocado sufriendo lesiones por la infección consiguiente. En estos casos, como bien lo expresa CANCIO MELIÁ: “... puede decirse que lo que esta en juego en la valoración jurídico – penal del suceso es la cualidad misma de “víctima” en quien ha sufrido el daño y, correlativamente, de “autor” en quien ha intervenido junto a la persona lesionada⁶. Esta problemática trata de introducir la figura de la víctima en el contexto de la valoración normativa del autor, especialmente para determinar si la conducta de la víctima resulta relevante para excluir la tipicidad.

En la dogmática penal se ha tratado el comportamiento de la víctima dentro del instituto de la “compensación de culpas”, en el “consentimiento”, pero a partir del desarrollo normativo del tipo a través de la teoría de la imputación objetiva –que tiene sus antecedentes históricos en una primera etapa con VON PUFENDORF, KANT, algunas aportaciones de VON FEUERBACH, de MAX ERNST MAYER, siendo su segundo etapa con los aportes realizados por LARENZ en el ámbito civil, como asimismo los planteamientos de HONIG en el derecho penal, después una tercera etapa con ENGISCH sin olvidar del aporte de la teoría de la adecuación social de WELZEL, hasta arribar haya por los años 1970 a una reelaboración de dicha teoría de la mano de ROXIN, JAKOBS, HRUSCHKA, FRISCH, RUDOLPHI y varios autores contemporáneos mas⁷ - se ha hecho lugar, bajo diferentes terminologías – “Competencia de la víctima”, “Imputación a la víctima”, “Autopuesta en peligro”, etc. y en base a un conjunto de casos en ocasiones autónomos, pero a

⁶ *Ídem*, p. 14.

⁷ Sobre el proceso histórico del sistema de imputación objetiva ver Germán Aller, *Dogmatica penal y Praxis penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2009, pp. 88- 93. Del mismo autor, “Delitos imprudentes e imputación objetiva” en *Cuestiones dogmáticas, político-criminales y criminológicas*, Carlos Álvarez-Editor, Montevideo, 2011, pp. 93-97.

menudo convergentes, a la posibilidad de que el comportamiento de la víctima defina o codetermine el tipo penal y su exclusión.

2. MARCO TEÓRICO: LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Ahora bien planteada las bases, es imprescindible pasar a explicar la teoría de la imputación objetiva como marco teórico, donde a nuestro juicio mayor usufructo se puede lograr con el estudio del comportamiento de la víctima, ya sea dentro del primer ámbito en la imputación objetiva de la conducta, donde se trata lo concerniente a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado o en el segundo ámbito (juicio de imputación objetiva *strictu sensu*) en la imputación objetiva del resultado⁸ o en la posición unitaria de la imputación objetiva de resultado sostenida por ROXIN⁹, donde ya sea la exclusión del disvalor de acción como así mismo del disvalor de resultado da lo mismo, ya que ambos disvalores son indisolubles.

La teoría de la imputación objetiva a partir de la obra de LARENZ en la rama del derecho civil y, posteriormente, por HONIG¹⁰ ya en el derecho penal y a partir de las contribuciones de ROXIN dicha teoría se esparció a los países bajo su influencia, entre ellos España y Argentina¹¹, desarrollando en palabras de CANCIO

⁸ Wolfgang Frisch, *Desvalorar e Imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho Penal*, 2ª ed., trad. Robles Planas, B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2006, pp. 49 – 52. También, Damasio E. de Jesus, *Imputación Objetiva*, trad. Pereira Garmendia, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006, p. 45. Asimismo, Manuel Cancio Meliá “Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva” en *La Imputación normativa del resultado a la conducta*, 1ª reimp, AA.VV, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, p.21. De igual manera, Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª edición 2ª reimp, Reppertor, Barcelona, 2005, pp. 254–259. Además, Maximiliano Rusconi, *Imputación, Tipo y Tipicidad Conglobante*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp.100-122.

⁹ Claus Roxin, citado por Wolfgang Frisch, en *Desvalorar e Imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho Penal*, p. 53.

¹⁰ Sobre una síntesis de las posiciones de Larenz y de Honig, ver Juan Bustos Ramírez- Elena Larrauri, *La Imputación Objetiva*, Temis, Bogotá, 1989, pp. 65 – 76. También ver Germán Aller, *Dogmatica penal y Praxis penal*, pp. 96- 100.

¹¹ Edgardo A. Donna, *La Imputación Objetiva*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1997, p. 30. Sobre lo mismo, Juan Bustos Ramírez-Elena Larrauri, *La Imputación Objetiva*, p. 65. También, Manuel Cancio Meliá, “Aproximación a la Teoría de la Imputación objetiva” en *La Imputación normativa del resultado a la conducta*, p.19.

MELIÁ *una verdadera marcha triunfal, reservada a muy pocas construcciones dogmáticas de la Parte General*¹².

La teoría de la imputación objetiva no se trata sólo de un correctivo a veces necesario de la causalidad¹³, sino de una exigencia general de la realización típica. No obstante, en los delitos de comisión, la teoría de la imputación objetiva exige los siguientes presupuestos: a) la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, b) y realización del mismo en el resultado¹⁴. En los que nos concierne, aquí se sigue la posición contraria a la de ROXIN¹⁵. A nuestro juicio, los dos aspectos de la formula citada tienen distinto significado dogmático, mientras que el primero -creación de un riesgo jurídicamente desaprobado- afecta la imputación de la conducta a la parte objetiva del tipo, sólo el segundo – realización del mismo en el resultado- se refiere estrictamente a la imputación del resultado¹⁶.

Cuando nos referimos a la imputación objetiva de la conducta, en este nivel de análisis, ha de comprobarse que la conducta en cuestión responde a los parámetros normativos generales del tipo objetivo, en otras palabras, para que la conducta causante de un resultado típico pueda considerarse realizadora de la parte objetiva del tipo es necesario que ex ante apareciese como creadora de un riesgo típicamente relevante. Sin embargo, cuando nos referimos a la imputación objetiva del resultado, en esta especie, se ofrece las máximas para constatar, una vez que se ha afirmado el carácter típico de la conducta cuando el resultado

¹² Manuel Cancio Meliá, “Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva” en *La Imputación normativa del resultado a la conducta*, p.19.

¹³ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, t 1, 1ª ed, trad. y notas Luzón Peña, Díaz-García y De Vicente, Madrid, Civitas, 1997, pp. 342 – 403.

¹⁴ *Ídem*, p. 254.

¹⁵ Posición unitaria de la teoría de la imputación objetiva.

¹⁶ Sobre la distinción seguida en este trabajo, ver: Manuel Cancio Meliá, “Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva”, *La Imputación normativa del resultado a la conducta*, pp.20 - 42. De igual manera, Wolfgang Frisch, *Desvalorar e Imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho Penal*, pp. 49–52. También, Damasio E de Jesús, *Imputación Objetiva*, p.46. Asimismo, Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 254 – 259. Además, Maximiliano Rusconi, *Imputación, Tipo y Tipicidad Conglobante*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp.100-122. Sin olvidar, Günther Jakobs, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, 3ª reimp, trad. de Manuel Cancio Meliá, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005

producido debe ser imputado a la conducta, esto es, lo que se llama la imputación objetiva del resultado o imputación objetiva stricto sensu ¹⁷.

Lo expresado precedentemente, además de ser un somero análisis de la teoría de la imputación objetiva, nos va a servir de base a efectos de ubicar el comportamiento de la víctima, ya sea dentro del primer análisis de imputación o en el segundo, cuando desarrollemos las diferentes posiciones doctrinarias sobre el tema que nos concierne.

3. SOLUCIONES DOGMÁTICAS

La doctrina al tratar el tema de la exclusión de la tipicidad por el comportamiento de la víctima, trajo aparejado diferentes soluciones dogmáticas principalmente en Alemania y España como asimismo en Argentina, sobre estas pueden destacarse los criterios tradicionales de “la compensación de culpas o concurrencias de culpas”, “el consentimiento”, la victimodogmática y, ya dentro del marco teórico de la teoría de la imputación objetiva nos referiremos a “la autopuesta en peligro” desarrollada por Claus ROXIN, “la competencia de la víctima” de Günther JAKOBS, “Imputación a la víctima de CANCIO MELIÁ, y la posición de RUSCONI, que toma como base la competencia de la víctima, distinguiendo dentro de ella, el consentimiento, la actuación al propio riesgo, el dominio del hecho por parte de la víctima y por ultimo lugar la imprudencia de la víctima.

a) COMPENSACIÓN DE CULPAS O CONCURRENCIAS DE CULPAS.

La mención al instituto jurídico –civil de la “compensación de culpas” aparece en la doctrina penal con regularidad para negar inmediatamente su operatividad en el derecho penal¹⁸. En nuestro país la situación resulta incambiada, así lo ha demostrado SCAPUSIO y FERNÁNDEZ¹⁹, citando innumerables

¹⁷ Manuel Cancio Meliá, “Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva” en *La Imputación normativa del resultado a la conducta*, p. 33. También, Maximiliano Rusconi, Imputación, Tipo y Tipicidad Conglobante, pp. 108 – 113.

¹⁸ Manuel Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, pp. 118-119.

¹⁹ Ver al respecto, el trabajo de Beatriz Scapusio – Lina Fernández, “Concurrencia de culpas o concurrencia de riesgos” en *Revista de Ciencias Penales*, N° 4, Montevideo, Carlos Álvarez- Editor,

sentencias de nuestros Tribunales de Apelaciones en lo Penal. La no admisión de la “conurrencias de culpas” en el ámbito penal radica en que parece obvio que el carácter público del ordenamiento penal impide una especie de compensación interpersonal privada al margen del precepto posiblemente infringido por el autor. Como bien dice JIMÉNEZ DE ASÚA *Nuestro derecho es de carácter público y no puede hacer estas clases de transacciones. La pena no existe para satisfacción del agraviado*²⁰.

No obstante se alzado la voz aceptando la compensación de culpa el Prof. LANGON, para el citado catedrático: ... *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...*²¹

Pero la situación varía con la doctrina de la “conurrencias de culpas”, en ella la víctima aparece expresamente como factor en la valoración de la conducta del autor²², en palabras de Quintano RIPOLLÉS *es necesario determinar cuál de las conductas coeficientes fue en verdad determinante*²³.

En esta teoría parece que se piensa de manera implícita en la existencia del algún tipo de deberes de autoprotección respecto de los cuales la víctima se haya comportado imprudentemente, y que esa infracción de algún modo a de incidir en la determinación de la responsabilidad del autor.

b) LA VICTIMODOGMÁTICA

Dicha posición doctrinaria surge en los años setenta, la misma es una doctrina de orientación a la víctima.

1998, pp. 371- 388.

²⁰ Luis Jiménez de Asúa, citado por Manuel Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, pp. 121-122.

²¹ Miguel Langon, *Código Penal y Leyes Penales Complementarias de la Republica oriental del Uruguay*, comentado, sistematizado y anotado, t. I, 2 ed., Montevideo, Universidad de Montevideo, 2006, p. 255.

²² Manuel Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, pp. 122-123.

²³ *Ídem*, p. 129.

En este punto puede situarse aquellas posturas que, sobre todo bajo el rotulo de “victimodogmática”, han introducido últimamente la idea del “merecimiento de protección” en la discusión, especialmente mediante el establecimiento del así llamado “principio victimológico”, como criterio de exención de responsabilidad respecto del autor. Desde el punto de vista metodológico, este principio se configura como máxima interpretación teleológica de los tipos penales.

En cuanto a su contenido material en palabras de SCHÜNEMANN: *este consiste en la tesis de que la imposición de una pena como ultima ratio del Estado no es apropiada en aquellos casos en lo que la víctima no merece protección y no necesita de protección, de modo que han de eliminarse del ámbito de lo punible... todas aquellas formas de comportamiento frente a las cuales la víctima puede protegerse así misma de modo sencillo y exigible sin mas*²⁴.

En mérito a lo expresado anteriormente CANCIO MELIÁ expresa “...ha de llegarse a la conclusión de que su paradigma se halla sencillamente en deducir de las posibilidades fácticas de autoprotección de la víctima la necesidad de que sea ella la que responda del suceso lesivo, lo que significa que el autor queda exento de responsabilidad jurídico-penal”²⁵

c) EL CONSENTIMIENTO

Hay cierto sector de la doctrina que considera que el consentimiento opera como causa de exclusión de la tipicidad, si bien dicha expresión se usa de forma corriente, consideramos que la misma no es del todo apropiada, ya que en estos casos lo que se da es ausencia de adecuación típica ya que la conducta no se subsume en el tipo penal. No obstante, la apreciación realizada y a efectos de claridad expositiva utilizaremos la expresión “como causa de exclusión de la tipicidad”, ya que es la denominación seguida por la doctrina. Dentro de esta

²⁴ Bernd Schünemann, citado por Cancio Meliá en, *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima “imputación a la víctima”*, p. 45.

²⁵ Manuel Cancio Meliá, *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima “imputación a la víctima”*, p. 46.

posición encontramos autores de la talla de ROXIN, BACIGALUPO y SEGURA GARCÍA en el viejo continente y en latinoamérica ubicamos a ZAFFARONI y RUSCONI. Huelga precisar que algunos de estos autores son acérrimos defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo, para quienes toda causa de justificación es un supuesto de exclusión del tipo²⁶.

El argumento decisivo para la aceptación de que todo consentimiento eficaz excluye el tipo radica según ROXIN: *en la teoría liberal del bien jurídico referido al individuo. Si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo, no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión*²⁷. En la misma línea se ubica ZAFFARONI para quien dicha posición *se funda, en general, en la inexistencia del conflicto, por lo cual resulta más adecuada a la tradición liberal. Por ende existen razones que se deducen del objetivo mismo del derecho penal, tanto como razones sistemáticas, que hacen preferible la posición moderna: (a) por un lado, es más limitativa del ejercicio del poder punitivo; (b) por otro, resulta difícil sostener la presencia de un conflicto cuando el titular del bien ha consentido. En consecuencia, se trataría siempre de relevarlo como excluyente de tipicidad*²⁸. Agregando el citado Profesor Rioplatense que es

²⁶ La teoría de los elementos negativos del tipo, se basa en la teoría monista de las normas, creada por August Thon, al respecto Bustos Ramirez expresa: que el aspecto principal de la teoría monista de los imperativos es que el derecho está compuesto solo por normas de carácter imperativo, luego en el ámbito jurídico, solo hay mandatos y prohibiciones. Ello no quiere decir que se desconozca la existencia de otras reglas jurídicas, que no están formuladas de esa manera, pero ellas no tiene autonomía y solo cobran significación en su relación con los imperativos. Esta formulación tiene repercusiones inmediatas sobre la teoría del derecho penal y. por tanto, respecto del modelo que se ha elaborado para la comprensión del delito; es lo que se ha llamado la teoría de los elementos negativos del tipo, que ha tenido una larga tradición en la dogmática del derecho penal. Las reglas de permiso aparecen como presupuestos de la norma prohibitiva formuladas negativamente. Una conducta que cumple con los presupuestos de una regla permisiva no es contraria a la norma desde un principio. Por lo tanto solo hay comportamientos prohibidos y no prohibidos, relevantes o irrelevantes jurídicamente. Entre los autores más reconocidos que se afilian a esta teoría encontramos a Mezger y en estos tiempos a Claus Roxin, entre otros. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Introducción al Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1986, pp. 45-48.

²⁷ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, p. 517.

²⁸ ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 500.

preferible llamar *aquiescencia* al género y distinguir (a) el *acuerdo*, que elimina la tipicidad objetiva sistemática, (b) del *consentimiento*, que elimina la tipicidad objetiva *conglobante*²⁹.

De igual forma lo aprecia BACIGALUPO, para él, dicho consentimiento es eficaz en aquellos bienes disponibles, es decir, respecto de los cuales el ordenamiento jurídico le otorga poder de decisión al titular del mismo sobre su mantenimiento, desde este ángulo el consentimiento si tiene relevancia y por ende, excluirá en todos los casos el tipo penal³⁰. Para RUSCONI, la conducta sólo es relevante cuando viola el derecho del sujeto pasivo a la disposición del bien jurídico, es decir el “dominio autónomo del autorizado” no debe ponderarse con el bien material mismo, sino que justamente es el criterio que sirve de contorno al tipo penal y este contorno no debe esperar una consideración conglobada si es que en la labor clásica de interpretación y construcción del tipo “legal” la conducta esta fuera de consideración, por lo tanto el citado autor argentino, cree que es más racional entender al consentimiento relevante siempre y en todo caso como circunstancia que obsta a la adecuación típica³¹.

A modo de conclusión, dicha ubicación sistemática del consentimiento del titular del bien jurídico como causa de exclusión del tipo, es en palabras de SEGURA GARCÍA: *fruto de una determinada concepción que podemos llamar “liberal” del bien jurídico, que interpreta los bienes jurídicos individuales como ámbitos de autodeterminación referidos a distintos bienes, intereses o sustratos materiales o inmateriales. En consecuencia, concurriendo la voluntad del titular se excluye el desvalor del resultado y, con ello, la misma tipicidad de la conducta; dicho en otros términos: el acuerdo provoca que el bien jurídico individual afectado sea extraído del campo de protección de la norma penal mediante el acto de disposición del sujeto legitimado*³².

²⁹ *Ídem*, p. 500.

³⁰ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1987, pp. 238-239.

³¹ RUSCONI, Maximiliano, *Imputación, Tipo y Tipicidad Conglobante*, p. 51.

³² SEGURA GARCÍA, María José, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 91-92.

La idea material de consentimiento como *aceptación consciente de la víctima del acontecer arriesgado* se ha formulado dentro de la construcción de los delitos imprudentes como factor que puede excluir la infracción del deber objetivo de cuidado³³. Por ende, excluir la tipicidad.

La idea base del consentimiento concurre también en numerosas aproximaciones doctrinales al problema concreto de la determinación de los criterios que permiten hablar de una víctima responsable.

Ya desde la Escuela finalista, su fundador WELZEL, propiciaba que el consentimiento expreso del ofendido excluye ya el tipo en todos aquellos casos en que el actuar contra la voluntad del afectado forma parte del tipo³⁴.

Esta exigencia de alguna forma de consentimiento como elemento de la solución dogmática, como se vera, está conectada con la base normativa de estas concepciones en un principio de autorresponsabilidad, en el sentido de concebir tal autorresponsabilidad de la víctima tan sólo sobre la base de supuestos en los que de algún modo tiene lugar algún tipo de “renuncia” consciente por parte del titular del bien que posteriormente se convierte en víctima³⁵.

La idea que ésta detrás del consentimiento también aparece en cierta medida en la diferenciación elaborada por ROXIN entre “participación en una puesta en peligro” y “heteropuesta en peligro consentida” de modo tácito o expreso, cuando se exige como presupuesto de la mencionada construcción, que la víctima *conociere* o *abarcare* la situación de riesgo.

Sobre el consentimiento como causa de atipicidad se puede sostener siguiendo a KINDHÄUSER que el consentimiento significa que el autor está de acuerdo con que su bien jurídico sea afectado, pero esto no excluye el daño al mismo, ni es una norma que cambie la prohibición; por tanto, no se trata de una

³³ Manuel Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, p. 173.

³⁴ Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11^a ed, 4^a ed. Castellana, trads., Bustos Ramírez y Sergio Yáñez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 137. En nuestro país sostienen la misma posición Milton Cairolí, *Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. I, 2^a ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, p. 258 y Miguel Langon, *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, t. II, Ediciones Del foro, Montevideo, 2001, pp. 281-282.

³⁵ *Ídem*, p. 174.

causa de justificación, sino que altera el interés protegido mediante la norma que deja sin efecto la validez de la prohibición, cuya consecuencia es la exclusión del tipo penal objetivo³⁶. Siempre y cuando la afectación al bien jurídico en juego sea susceptible de consentirse válidamente por su titular, ya que como expresa ROXIN el motivo decisivo para admitir que cualquier consentimiento efectivo excluiría el tipo radica en la teoría liberal del bien jurídico referida al individuo.

Teoría por la cual la persona se sirve de los bienes jurídicos para su libre desarrollo, y si el titular del bien consiente una acción que no afecta ese ámbito personal de desarrollo, sino que es expresión de su libertad, no se cumple entonces el tipo penal, dado que los bienes jurídicos deben servir para el libre desarrollo del particular³⁷.

d) LA AUTOPUESTA EN PELIGRO (POSICIÓN DE CLAUS ROXIN).

Fue principalmente ROXIN, quien desarrollo una nueva aproximación a la problemática de la intervención de la víctima, aproximación asentada todo en un intento de delimitar aquellos supuestos en los que la víctima ocupa una posición central en el acontecer arriesgado.

El distinguido catedrático ® dentro del “alcance del tipo” distingue: a) la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa; b) la puesta en peligro de un tercero consentida por éste y; c) la imputación del resultado a un ámbito de responsabilidad ajeno³⁸.

Cuando ROXIN hace referencia a la cooperación de un tercero en una autopuesta el peligro dolosa, se refiere a cuando alguien incita o coopera en acciones de otro que son mucho más peligrosas de la medida de lo normal, en ese caso la opinión del catedrático es no responsabilizar a quien incita o coopera con respecto de cualquier resultado lesivo originado por tales conductas, siendo atribuible dicho resultado a la propia víctima.

³⁶ Urs Kindhäuser citado por Germán Aller en *Dogmática de la acción y praxis penal*, p. 129.

³⁷ Roxin citado por Germán Aller en *Dogmática de la acción y praxis penal*, p. 129.

³⁸ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, p. 387.

En cambio cuando se refiere a “la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste”, se refiere a la constelación “en que alguien no se pone dolosamente en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia del riesgo”³⁹. En este caso quedaría excluida la imputación del resultado en la medida en que el pasajero conocía el riesgo en toda su extensión y lo ha provocado conscientemente, siempre y cuando se den los siguientes presupuestos: a) que el daño ha de ser la consecuencia del riesgo corrido y no de otros fallos adicionales; b) el sujeto puesto en peligro ha de tener la misma responsabilidad por la actuación común que quien le pone en peligro y; c) el sujeto al igual que en la autopuesta en peligro, ha de ser consciente del riesgo en la misma medida que quien lo pone en peligro⁴⁰.

Y por último nos referiremos a “la atribución a la esfera de responsabilidad ajena”⁴¹, en estos casos la ratio de exclusión de la imputación “estriba en que determinados profesionales dentro del marco de su competencia respecto de la eliminación y vigilancia de fuentes de peligro, son competentes de tal modo que los extraños no tienen que entrometerse”⁴². Entonces la consecuencia político-criminalmente coherente de dicha asignación de competencia es exonerar al primer causante de las consecuencias que sean provocadas por una conducta dañosa del profesional.

e) COMPETENCIA DE LA VÍCTIMA (POSICIÓN DE GÜNTHER JAKOBS).

La posición de JAKOBS se basa en “que la configuración de un contacto social compete no solo al autor, sino también a la víctima, incluso en un doble sentido: puede que el propio comportamiento de la víctima fundamente que se le impute la consecuencia lesiva, y puede que la víctima se encuentre en la desgraciada situación de hallarse en esa posición por obra del destino, por

³⁹ *Ídem*, p. 393.

⁴⁰ *Ídem*, p. 395.

⁴¹ *Ídem*, p. 398.

⁴² *Ídem*, p. 399.

infortunio. Existe, por tanto, una competencia de la víctima”⁴³. “En aquellos otros presupuestos en los que la víctima con su propio comportamiento de la razón para la consecuencia lesiva le sea imputada; casos en los que, por tanto, la modalidad de explicación no es la desgracia, sino la lesión de un deber de autoprotección o incluso la propia voluntad; las infracciones de los deberes de autoprotección y la voluntad se agrupan aquí bajo el rotulo de acción a propio riesgo. En cuanto a la infracción al deber de autoprotección, constituye el reverso de lo que en el lado del autor es un quebrantamiento no intencionado de su rol, en especial de un quebrantamiento imprudente”. “Al igual que el autor no puede comportarse de modo arriesgado distanciándose simultáneamente, de manera válida de las consecuencias de su comportamiento, tampoco la víctima puede asumir un contacto social arriesgado sin aceptar como fruto de su comportamiento las consecuencias que conforme a un pronóstico objetivo son previsibles”⁴⁴. El citado autor concluye “Del mismo modo que en el ámbito de la responsabilidad del autor ha de partirse no de un suceso psíquico, sino de algo normativo, del quebrantamiento del rol, también en el lado de la víctima lo decisivo está en determinar si la víctima ha desempeñado el rol de víctima o, precisamente, el rol de alguien que configura la situación, es decir, de quien actúa a propio riesgo”⁴⁵.

f) IMPUTACIÓN AL ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD DE LA VÍCTIMA (POSICIÓN DE MANUEL CANCIO MELIÁ)

La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima se refiere a la relevancia que puede tener para la tipicidad de la conducta de un sujeto que en la realización de la misma haya intervenido de algún modo el sujeto que resulta lesionado posteriormente, la “víctima” (al menos aparente) de ese comportamiento. Bajo determinadas circunstancias, esta intervención puede afectar a la calificación que merece la conducta del primer sujeto, eliminando su carácter típico, al entrar lo sucedido en el ámbito de responsabilidad de la

⁴³ Günther Jakobs, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, p. 34.

⁴⁴ *Ídem*, pp. 35- 36.

⁴⁵ *Ídem*, p. 37.

victima. En los últimos tiempos han atraído a la doctrina dos grupos de casos: por un lado supuestos en los que en la génesis del riesgo que acaba lesionando a la víctima han intervenido tanto la víctima como el autor; A este respecto, se han planteado, por ejemplo, los casos en los que se hace entrega a alguien de una determinada cosa o sustancia o las numerosas constelaciones de casos en las que en el tráfico rodado quien resulta lesionado por la colisión se ha comportado de modo descuidado. Por otro lado, se han debatido numerosos supuestos en los que la conducta descuidada de la víctima se produce después de un comportamiento del autor que lesiona o pone en peligro los bienes de ésta.

Para abordar el significado de la conducta de la víctima en este contexto hay que preguntarse, en primer lugar: que relevancia puede tener que precisamente sea el titular del bien jurídico afectado el que intervenga junto al autor, porque sólo cuando sea esa la cualidad decisiva estaremos ante un supuesto específico de intervención de la víctima.

La especial fundamentación de la especial relevancia de la víctima suele plantearse bajo el rotulo del “principio de autorresponsabilidad” que consiste en el reconocimiento de libertad, y, correlativamente, en la atribución de una responsabilidad preferente al titular de los bienes. La necesidad de tener en cuenta el valor normativo de la autorresponsabilidad en el marco de la teoría de la imputación objetiva puede denominarse “imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima”, esta institución opera en los supuestos en los que el titular de un bien jurídico (víctima) emprende conjuntamente con otro (autor) una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico.

La actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad de la víctima, cuando se dan los siguientes presupuestos: a) que la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima; b) la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer esta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada autorresponsable y c) el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima.

El fundamento del principio de Autorresponsabilidad se encuentra en el libre desarrollo de la personalidad, que es el fundamento de organización social. No puede ser entendido fuera de un sistema en el que esta consignada implícitamente una noción de ciudadano como sujeto autónomo. Además de la genérica atribución de autonomía a cada sujeto, con el correlativo principio de autorresponsabilidad personal que esta conlleva, al titular de los bienes jurídicos personales debe atribuírsele una posición especial. Puesto que el sacrificio por parte del propio titular de esos bienes no es reprimido por el Derecho Penal y las intervenciones de terceros en actividades autolesivas es inculpada de modo excepcional por normas especiales, queda al albedrío del titular de esos bienes configurar su actividad vital de tal modo que se genere un riesgo para sus propios bienes. Como correlato de esa libertad de organización arriesgada, será también el titular quien deba asumir de modo preferente los daños que puedan derivar de ella⁴⁶.

En conclusión: cuando se habla de imputación a la víctima se hace referencia “a los supuestos en los que la razón de la atipicidad de la conducta del tercero esta, precisamente, en la atribución de lo sucedido al ámbito de responsabilidad de la víctima, es decir, aquellos casos en los que la exoneración del autor proviene específicamente del carácter responsable de aquella”⁴⁷.

g) COMPETENCIA DE LA VÍCTIMA (POSICIÓN DE RUSCONI)

Para el citado autor la cuestión de la competencia de la víctima se sitúa dentro del juicio de imputación “stricto sensu”, para RUSCONI “según la competencia de la víctima, no hay imputación objetiva si la lesión del bien jurídico es sólo o en gran porcentaje atribuible a la responsabilidad de la víctima, al ámbito propio de organización. El ejemplo paradigmático se refleja en la institución del consentimiento, no puede haber imputación objetiva cuando la acción de lesión al bien jurídico es aceptada por la supuesta víctima. Otro caso

⁴⁶ Manuel Cancio Meliá, “Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva” en *La Imputación normativa del resultado a la conducta*, pp. 27.

⁴⁷ Manuel Cancio Meliá, *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima “imputación a la víctima”*, p. 55.

puede verse en la actuación a propio riesgo: cuando se utiliza una peligrosa máquina que no estaba habilitada para su funcionamiento o se conduce un vehículo inhábil para conducir. Por último, se puede fundar una imputación a la propia víctima en los casos en los cuales el resultado es explicable por la misma imprudencia del sujeto pasivo: dueño de una armería deja una arma cargada en un estante y el padre de un niño inquieto no puede evitar que éste tome el arma y le dispare al padre causándole la muerte. Sin embargo los supuestos más claros se verifican cuando la víctima domina, el curso lesivo y dirige ese curso lesivo a su propio daño”⁴⁸.

“De un modo esquemático, los casos de imputación a la víctima como supuestos negativos de la imputación pueden clasificarse en las siguientes dimensiones que presentan problemas dogmáticos autónomos y características político-criminales diferenciadoras: a) consentimiento del resultado; b) asunción del riesgo; c) dominio del hecho por parte del sujeto pasivo, y d) imprudencia de la víctima”⁴⁹.

h) ACTUACIÓN A PROPIO RIESGO O COMPETENCIA DE LA VÍCTIMA (POSICIÓN DE ALLER)

Para el jurista compatriota, autor y víctima son situaciones contrapuestas en el Derecho penal, pero las mismas se encuentran conectadas por el hecho criminal. Si bien la víctima no tiene capacidad de delito contra sí misma, porque carece de base cognitiva para eso, no obstante, puede crear o aumentar el propio riesgo sobre su bien jurídico y, cuando esto es su fruto, debe repercutir a favor del supuesto tercero victimario. Entonces, ante la actuación a propio riesgo o competencia de la víctima cuando ésta asume un riesgo general de la vida, seguramente la realización del resultado lesivo no sea penalmente imputable a nadie, al igual que si se trata de un riesgo permitido o imprevisible⁵⁰. Precizando dicho autor que *en los casos en que ambos asientan un riesgo conjunto con división de tareas y luego concretado en el resultado lesivo, no podrá dividirse o fragmentarse por sectores según la mayor o menor aproximación, porque no se*

⁴⁸ Maximiliano Rusconi, *Imputación, Tipo y Tipicidad Conglobante*, pp.108-109.

⁴⁹ *Ídem*, p. 110.

⁵⁰ Germán Aller, *Dogmática penal y Praxis penal*, pp. 164- 165.

*trata de un régimen de coparticipación, sino de determinar la tipicidad de la conducta y, en caso de que normativamente ésta haya sido reconducida por la actuación imputable a la víctima, lo esencial será su autorresponsabilidad excusante para el otro por atipicidad de la acción*⁵¹. En la posición sostenida por ALLER, esta “imputación a la víctima”, debe configurarse como una institución dogmática incluida en el primer nivel de la imputación objetiva, es decir, en la imputación del comportamiento o de la conducta, destacando que con tal concepción, se introduce en la teoría del tipo otro dato adicional para la distribución de la responsabilidad, debiendo ser incluido en el primer nivel de la imputación objetiva, porque no se trata de la imputación del resultado, sino de lo concerniente a la constatación de la tipicidad de la conducta y a partir de datos normativos fundamentales para la imputación. Esto, sin perjuicio de que la conducta de la víctima llegue también al segundo nivel de la imputación objetiva en cuanto a la atribución del resultado, en cuyo caso se deberán verificar los aspectos normativos del tipo penal a efectos de establecer la correlación entre la conducta típica y el resultado alcanzado siguiéndose las reglas generales⁵².

4. CONCLUSIONES.

A modo de conclusión y de acuerdo a las posiciones puestas de manifiesto precedentemente, se puede concluir validamente, que en aquellos casos en los que la víctima actúa bajo su propio riesgo o competencia, presta validamente su consentimiento en el resultado o en el riesgo o se este frente a un caso de imprudencia de la víctima, habría que imputarle a la misma dicho resultado lesivo, excluyendo de esa forma el carácter típico de la conducta desplegada por el otro agente interviniente en la interacción víctima-victimario y ello en base al derecho al libre desarrollo de la personalidad que consagra la constitución que ha de permitir asumir riesgos, aunque puedan terminar en lesiones, es por ello que se aconseja imputar las referidas lesiones al ámbito de responsabilidad de la víctima y por ende la exclusión de la imputación a los otros sujetos que intervienen en el riesgo, aparejando la exclusión de la tipicidad.

⁵¹ *Ídem*, p. 165.

⁵² *Ídem*.

5. BIBLIOGRAFÍA.

ALLER, Germán, *Dogmática de la acción y praxis penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2009.

- *Criminalidad del poder económico. Ciencia y praxis*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011.
- *Cuestiones dogmáticas, político-criminales y criminológicas*, Carlos Álvarez – Editor, Montevideo, 2011.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 2ªed., Hammurabi, Buenos Aires, 1987.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan – LARRAURI, Elena, *La Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1989.

- *Introducción al Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1986.

CAIROLI, Milton, *Derecho Penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmatico penales*, Tomo I, 2ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, 2001.

CANCIO MELIÁ, Manuel, “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva” en *La imputación normativa del resultado a la conducta*, en conjunto con Enrique Díaz-Aranda, 1 reimp., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.

- *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*, 2 ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

- *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. “Imputación a la víctima”*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

DE JESÚS, Damasio E, *Imputación objetiva*, trad. Pereira Garmendia, BdeF, Montevideo- Buenos Aires, 2006.

DONNA, Edgardo Alberto, *La imputación objetiva*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1997.

Eser, Albin, *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

FRISCH, Wolfgang, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho Penal*, 2 ed., trad. Ricardo Robles Planas, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, 3 reimp., trad. Manuel Cancio Meliá, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

LANGON CUÑARRO, Miguel, *Código Penal y Leyes Penales Complementarias de la Republica Oriental del Uruguay*, comentado, sistematizado y anotado, t. I, 2 ed., Montevideo, Universidad de Montevideo, 2006.

- *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, Tomo II, Montevideo, Ediciones Del foro, 2001.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7 ed., 2 reimp., Reppertor, Barcelona, 2005.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, trads. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

RUSCONI, Maximiliano, *Imputación, tipicidad y tipicidad conglobante*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

- “Comportamiento de la víctima y configuración del ilícito” en Revista Ciencias Penales, N° 4, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 1998.

SEGURA GARCÍA, María José, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

SCAPUSIO, Beatriz – FERNÁNDEZ, Lina, “Concurrencias de culpas o concurrencias de riesgos” en Revista Ciencias Penales, N° 4, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 1998.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11.^a edición alemana, 4.^a edición castellana, trads., Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, , Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2^a ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.