

INCIDENCIA DE LA VÍCTIMA PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA¹

Pedro Montano ²

La victimología ha mostrado que la víctima no es siempre un mero objeto pasivo sobre el que recae el delito, -su objeto material o sujeto pasivo- sino que en ocasiones éste es producto de una cierta interacción entre el autor y ella misma. Es así que las víctimas pueden calificarse, en mayor o menor medida, de “concausales”, “corresponsables”, del ilícito.

La victimodogmática se preocupa por determinar qué papel juega la víctima en estos casos, en la teoría del delito. De ahí que algunos entiendan que la victimodogmática se aparta por completo de las tesis de la moderna victimología, o incluso le achaquen que procede a una culpabilización de la víctima (*blaming the victim*), a una inversión de papeles.

En general se han dado dos grandes vertientes: el comportamiento de la víctima incide en la determinación judicial de la pena del autor, o, dicho comportamiento elimina la responsabilidad del autor.³

Así, la teoría de la imputación objetiva ha permitido negar en muchos casos la imputación del resultado producido a la conducta del autor, por haber mediado un comportamiento de la víctima que ha contribuido causalmente

¹ Disertación efectuada en el “VIII Seminario uruguayo y V internacional de Victimología”, organizado por el Grupo de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Punta del Este, 25 y 26 de noviembre de 2011.

² Dr. Dr. Pedro J. Montano, Profesor Agregado (Grado 4) de Derecho Penal (UR).

³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Victimología y Derecho Penal*, en *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, Edit. Abaco, Bs. As., 1998, pág. 148.

a la producción del resultado (argumentos de la prohibición de regreso, interrupción de la realización del riesgo creado en el resultado, etc.). En otros casos, se ha llegado incluso a hacer desaparecer la infracción del deber de cuidado del autor. En los delitos de omisión también se ha tenido presente, consciente o inconscientemente, el comportamiento de la víctima a efectos de la exoneración del autor⁴.

La postura mayoritaria transita hoy por la vía de la reducción de la pena (atenuante?)⁵, porque se trata de una disminución del injusto, pero la total eliminación de la responsabilidad crece en adeptos⁶.

Esta última se ha ceñido fundamentalmente a la exclusión del tipo o de la antijuridicidad. Para ello, se utiliza la interpretación de los tipos penales. Por ejemplo, en el caso de la estafa, las dudas vencibles de la víctima sobre lo que dice o hace el autor excluirán su error y con ello la responsabilidad penal por estafa consumada⁷.

El “principio victimológico”, creado por SCHÜNEMANN⁸, es una “máxima de interpretación” de acuerdo a la cual sólo puede ser típica la acción tendiente a *desbaratar o eludir la autoprotección de la víctima*. Así, según él, no hay responsabilidad en caso de falsificación de moneda, si es tosca y fácilmente reconocible.

Desde el punto de vista de la antijuridicidad material, allí donde sea posible y exigible una autoprotección eficaz, no concurrirá una lesión de bienes

⁴ Ibidem, pág. 155.

⁵ Con estudios que buscan incluso la determinación del *quantum* de esa responsabilidad compartida, como el de HILLENKAMP, *Vorstat und Opferverhalten*, Gotinga, 1981.

⁶ A pesar de las críticas de ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, I*, Thomson-Civitas, Madrid, Reimpresión 2006, pág. 564.

⁷ “Engañar” no es “Dejarse engañar”.

⁸ Cit. por ROXIN, ibidem, pág. 563.

jurídicos suficientemente importante para la sociedad por parte del autor, por lo que la víctima no es merecedora de protección del Derecho Penal⁹.

Además, éste es de *ultima ratio*, por lo que su intervención no es necesaria cuando existan otros medios para evitar el daño *social*.

Sin embargo, acota ROXIN que extender el principio de subsidiariedad a las posibilidades de autoprotección del ciudadano sería desconocer que los ciudadanos precisamente establecieron el poder estatal entre otras cosas para descargarse a sí mismos de su protección o defensa: donde “vigila el ojo de la ley”, el particular puede dedicar sus energías al desarrollo en vez de al mero aseguramiento de su persona¹⁰.

En el caso de autopuesta en peligro la víctima tiene la misma responsabilidad por lo sucedido que el autor. El ejemplo que suele traer la doctrina es el del conductor que no se pone el cinturón de seguridad. Una maniobra imprudente o imperita de otro conductor lleva a que sea embestido y lesionado gravemente. De haber llevado el cinturón, el peritaje demuestra que no habría padecido lesiones de esa entidad.

Otros ejemplos radican en el ámbito del consentimiento de la víctima y de la concurrencia de culpas.

En el caso del consentimiento hay propiamente una falta de necesidad de protección del titular del bien jurídico y normalmente constituye una causa de atipicidad¹¹.

Veamos el caso de concurrencia de culpas.

⁹ ROXIN, *ibidem*, pág. 564.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Así lo consideró la Comisión de Reforma del Código Penal, quien –inicialmente– la había incorporado como una causa de justificación genérica. Al hablar del consentimiento, también hay que definir sus límites: no todo puede ser consentido.

Un caso

Un *ejemplo*¹² nos ayudará de guía para el planteo de los problemas.

Un joven mayor de 18 años, y por lo tanto imputable, sube a un automóvil deportivo, muy veloz, último modelo, en día lluvioso. Excede la velocidad permitida¹³, derrapa en una curva, y termina atropellando a un peatón que cruzaba en una zona en la que está expresamente indicado "prohibido cruzar". Del peritaje de la Policía Técnica resultó que el derrape se produjo por impericia e imprudencia del conductor que no tomó en cuenta la humedad de la calzada a exceso de velocidad.

PRECISIÓN TERMINOLÓGICA

Quizás la terminología “compensación de culpas” no sea la más adecuada, pero sí la más tradicional¹⁴. Se refiere más bien a “tomar en cuenta” la conducta de la víctima a los efectos de determinar la existencia y –en su caso- la magnitud de la responsabilidad de quien es considerado autor.

EL DOGMA

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

¹² CAIROLI Milton, *Curso de Derecho Penal Uruguayo*, T. II, FCU, 1987, pág. 99, citando a ANTOLISEI.

¹³ Dejamos de lado la objeción posible que tiene que ver con el “arranque lícito de la culpa” en nuestro Código Penal. Entendemos que “jurídicamente indiferente” quiere decir “*no importando si la conducta es lícita o no*”.

¹⁴ CORNACCHIA Luigi, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Turín, 2004, pág. 122

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

EL HECHO DE LA VÍCTIMA

El hecho de la víctima debe ser tenido en cuenta para reducir la responsabilidad del autor¹⁵.

I. De lo contrario, no es una solución acorde con la Justicia: no hay dudas de que el injusto es menor cuando hay una ilegítima autopuesta en peligro de la víctima¹⁶.

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

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

II. Un segundo argumento a favor de la compensación se concreta en una crítica a la interpretación “individualista” del texto del art. 59 inc. 2. De acuerdo a ella en un hecho culposo deben ser consideradas las conductas aisladamente, como si cada ser humano fuese una entidad autárquica y

¹⁵ El § 59 StGb permite aplicar la “*amonestación con reserva de pena*” en casos de homicidio culposo o lesiones culpables provocadas en el ámbito de la circulación vial cuando la culpabilidad del autor es notablemente reducida y la del ofendido en el accidente es alta. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5ª Ed., Comares, Granada, 2002, pág. 926

¹⁶ Hay autopuestas en peligro legítimas, por ejemplo aquellas a las que está obligado el sujeto en razón de la profesión o de las circunstancias (bombero, asistente lego en accidentes: el *buen samaritano*, etc.). Esa autoexposición al peligro no habilita, sin embargo, a que los terceros actúen de cualquier manera hacia él.

aislada, olvidando su carácter sociable y social¹⁷ Nuestros actos tienen consecuencias en los demás.

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

III. Un tercer argumento surge de la ubicación de la disposición en el Código Penal. Está dentro del Título IV, Capítulo II que refiere al concurso de delincuentes. Sin embargo, se ha interpretado como que se debe excluir la consideración de la conducta de la víctima en los hechos culposos¹⁸.

La lectura tradicional de este artículo sostiene que no existe concurso si no hay *acuerdo* entre los copartícipes (esencia de la coparticipación criminal), y no puede haber acuerdo si no hay dolo¹⁹. La concurrencia de actitudes culposas quedaría excluida. Sin embargo, a nuestro modo de ver *este artículo puede también imponer tomar en cuenta la conducta de la víctima*.

En efecto, también podría concluirse de su lectura que “*nadie debe responder por la culpa de otro en los delitos culposos*”. Entendido así, es necesario “descontar” la responsabilidad del otro interviniente, porque si no, se estaría respondiendo por la culpa de ese tercero. En los delitos de

¹⁷ “Carece de sentido axiológico y sería una incongruencia semántica descartar al hombre en su íntegra concepción como objeto de análisis al abordar cuestiones sociales”... “Una disciplina jurídica como el Derecho Penal, quizá la más humana de las ramas del árbol del Derecho, mal podría apartarse de estudiar al hombre como fin en sí mismo”... Cfr. ALLER, Germán “El Derecho penal antropológico: un camino hacia la pacificación y el perdón” in LANGÓN-ALLER, Criminología y Derecho Penal, Tomo 2, Montevideo, Del Foro, 2006, págs. 223-224.

¹⁸ LANGON, Miguel “Código Penal y Leyes Penales Complementarias”, ed. UM, Montevideo, T. I, año 2003, pág. 212.

¹⁹ Este tema era muy discutido en doctrina en la época de elaboración del Código Rocco y se pretendió zanjarlo a través del art. 113 del CP italiano. FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, págs. 419-420.

resultado, en la medida que éste podría atribuirse a la culpa de dos o más sujetos, no debe atribuírsele “*in totum*” a uno solo.

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

IV. Por otro lado, también lo impone el principio de responsabilidad personal consagrado en el artículo 18²⁰, y en el artículo 3° donde se regula el nexo de causalidad, cuando expresa que: “*Nadie* puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito si el daño o el peligro del cual depende la existencia del delito, no resulta ser la consecuencia de *su* acción o de *su* omisión”. La expresión “nadie”, reiterada en el art. 18 inc. 1°, designa a contrario a “alguien”, un ser personal, sujeto de derecho, una individualidad, una persona.

Ambos artículos derivan del principio constitucional conocido como de legalidad, o de libertad, cuya contracara es el de responsabilidad personal²¹.

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

²⁰ CPU Art. 18 inc. 4° “En ningún caso podrá castigarse por un resultado antijurídico, distinto o más grave que el querido, que no haya podido ser previsto por el agente”. Y también el inc. 1° que hace referencia a la responsabilidad personal, de “alguien”, cuando utiliza la expresión a contrario “nadie”: “Nadie puede ser castigado por un hecho que la ley prevé como delito, si no es intencional, ultraintencional o culposo, cometido además con conciencia y voluntad”.

²¹ Co. Art. 10°. “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.

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

Como dice LANGÓN, “se abre camino recientemente la opinión que compartimos, de que puede haber compensación de culpas en materia penal, al punto de que el hecho exclusivo de la víctima puede transformar en atípica la conducta del autor, cuando se trata de casos de “competencia” exclusiva de la víctima, cuyo ejemplo paradigmático es el del suicida, que se arroja con esa intención frente al auto que, *con exceso de velocidad*, se aproxima al lugar en que se encuentra aquél”.²²

Valoración del hecho de la víctima

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

Para que exista hecho de la víctima debe haber acción y por lo tanto "acto humano". Si hay *acto humano*, éste podrá ser calificado desde el punto de vista de la intencionalidad y por eso queda habilitado el análisis del elemento culpabilidad. El *acto* de la víctima podrá ser entonces, doloso, culposo o ultraintencional. Y, de acuerdo a criterios de *imputación objetiva*, si su conducta supuso la creación ilícita de un riesgo o su incremento, y luego se concretó en los hechos, debe responder²³.

Así, por ejemplo, si la víctima optó por suicidarse, cruzando en lugar prohibido en *ese* sitio y en *ese* momento bajo las ruedas del automóvil que circulaba a alta velocidad, habría actuado *dolosamente*. De probarse,

²² LANGÓN, “Código...” cit., pág. 212. Destacado nuestro.

²³ Obviamente, si hay un acto reflejo de la víctima, un acto involuntario, no estamos propiamente ante acción humana, y por lo tanto ese “*hecho*” habrá de ser tomado como una concausa, prevista en el CPU art. 4 y quien así actúe no podrá ser sometido a responsabilidad.

estaríamos frente a un suicidio y no frente a un homicidio²⁴, a pesar de la violación del límite de velocidad por parte del conductor. Igualmente podríamos concluir si el conductor no era portador en ese momento de su licencia de conductor, o si estaba vencida. La ilicitud *antirreglamentaria* no es necesariamente idónea o causal, del resultado muerte.

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

También por criterio de justicia material llegamos a la misma conclusión. ¿Es justo que el sujeto activo del homicidio sea castigado de la misma forma que si el peatón hubiese estado parado en la acera, o que estuviese cruzando por una cebra? Si queremos actuar con Justicia, tratándose de situaciones diferentes, también habrán de ser tratadas de manera diferente. Por lo tanto, la conducta imprudente de la víctima deberá ser tomada en cuenta porque el injusto es menor.

Valoración del hecho de la víctima en otros elementos del delito.

Pero, como decíamos, según nuestro Derecho, la actitud de la víctima también puede determinar la inexistencia del mismo delito (art. 116

²⁴ Habría, además, exclusión de responsabilidad por “atipicidad”.

CPU)²⁵, una justificación del mismo (art. 26 CPU), o una reducción de pena, una inaplicabilidad de la pena facultativa o forzada para el Juez.

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

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

En la intervención de terceros en el estado de necesidad, puede verse afectado el agresor del tercero extraño, y sin embargo, la responsabilidad del sujeto activo debe ser aminorada (art. 46,2 CPU).

III. Y lo mismo podemos decir con respecto a las *causas de justificación*. Por ejemplo en el caso de la legítima defensa. El agresor ilegítimo resultará muerto o herido, pero no se dará la antijuridicidad.

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

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

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

²⁵ Refiere a la extinción del delito de violación y otros, por casamiento de la mujer ofendida con su ofensor, supuesto actualmente derogado por L.17.938.

V. El hecho de la víctima, como vemos, es tenido en cuenta prácticamente en toda la estructura del delito, en cada uno de sus elementos. Parece entonces extraño que, precisamente, en el elemento *culpabilidad* no haya de ser tenida en cuenta.

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

Y si –como lo impone el art. 59 CPU según la interpretación aquí propugnada- debe tomarse en cuenta la culpabilidad, es de suma importancia para determinar la magnitud de la pena, porque esta se da *en la medida* de la culpabilidad.

Punta del Este, 26 de noviembre de 2011.

ooOoo

BIBLIOGRAFÍA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SENTENCIAS:

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

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

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

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

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

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

ooOoo