

La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima

Por Pablo A. Barbirotto [\(*\)](#)

Introducción

El presente informe tiene como cometido exponer sucintamente 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 la víctima de ese comportamiento, tomándose como marco sistemático la teoría de la imputación objetiva.-

Para ello se expondrán sucintamente los lineamientos generales de la teoría de la imputación objetiva en el derecho penal, sus antecedentes, haciéndose especial hincapié en la imputación objetiva del comportamiento, momento en el cual se analizarán las instituciones dogmáticas que la comprenden, para luego abordar de lleno el papel de la víctima en la teoría del delito, su avance, los diferentes modelos de solución dogmáticos. Posteriormente se analizarán las características, límites y polémicas generadas por la institución jurídica denominada como imputación a la víctima y en último término, se formularán algunas conclusiones.-

Breves antecedentes de la teoría de la imputación objetiva.-

La teoría de la imputación objetiva tal como la conocemos actualmente tiene como precedente la filosofía idealista del derecho cuyo máximo exponente es Hegel. En efecto, el objetivo del concepto de acción propuesto por Hegel y desarrollado por la escuela hegeliana del siglo XIX consistía en imputar al sujeto, de la multiplicidad de cursos causales, sólo aquellos que podían ser considerados como su obra. En este orden de ideas, imputación significaba, en opinión del criminalista hegeliano Berner: “**cargar algo objetivo en la cuenta del sujeto**”. Posteriormente en 1870, y en una época marcada por el auge del naturalismo penal, la idea de imputación personal por los hechos cometidos se trasladó a un segundo plano, pues se impuso el dogma del principio causal. En ese contexto, el análisis tuvo como eje principal determinar si el autor había causado la lesión al bien jurídico mediante una conducta corporal voluntaria en el sentido de la fórmula de la *conditio sine-qua-non*.-

El concepto causal de la teoría de la equivalencia de condiciones por su alcance ilimitado y su ineficacia para resolver algunos casos como la desviación del curso causal y la causalidad alternativa entre otros condujo a su abandono a inicio del siglo XX. Así, a partir de entonces se reconoció que el concepto causal ilimitado debía ser restringido al campo del tipo objetivo.-

En este orden de ideas, un primer paso para solucionar el problema dogmático que planteaba la equivalencia de condiciones fue la teoría de la condición adecuada, la cual sin embargo no dejaba de ser extensiva por la dificultad de determinar cuál era la condición relevante. En ese contexto, la teoría de la imputación objetiva nace en 1970 cuando Roxin en el libro de Homenaje a Honig plantea su vinculación con el criterio de creación de un riesgo jurídicamente relevante de una lesión típica del bien jurídico.-

La imputación objetiva -

Jiménez de Asúa, ha definido al derecho penal como un conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena o una medida aseguradora. Claramente, a partir de este concepto, podemos observar que el Derecho Penal no es una actividad natural, puesto que en la naturaleza no existen normas penales. Algunos autores nos proponen el siguiente experimento mental: “imaginemos dos seres humanos que, por determinadas circunstancias, se han criado aislados por completo del resto de la humanidad y que carecen de lenguaje. Los observamos y vemos que el individuo “A” toma una piedra y golpea con ella la cabeza del individuo “B”, quien se desploma sin vida. Toda la secuencia es perfectamente explicable desde un punto de vista causal-naturalista, pero, al no existir lenguaje y un universo normativo fundado sobre ese lenguaje que otorgue a ese proceso causal-natural el sentido, el significado de un homicidio, la conducta de “A” no puede considerarse propiamente homicida. “Homicidio” es un concepto que presupone la existencia de una norma que define como tal la conducta de un sujeto “A” que causa la muerte de un sujeto “B” y que establece una consecuencia jurídica disvaliosa –la pena– para “A”.

Vemos, entonces, que nociones como “homicidio” y “pena” no son fenómenos naturales, no se encuentran, como tales, en la naturaleza; son fenómenos normativos, expresan la decisión humana de establecer que si el sujeto “A” golpea con una piedra la cabeza de un sujeto “B”, de resultas del golpe “B” pierde la vida, esa situación “debe ser” considerada un homicidio y “debe ser” la aplicación de una pena a “A”. No hay nada en la naturaleza que obligue a considerar la conducta de “A” como un homicidio y que imponga la necesidad de aplicarle una pena: la definición de los delitos y de las penas –el derecho penal, en definitiva– es un fenómeno normativo: el derecho penal siempre opera sobre sucesos que ocurren en el mundo de la naturaleza, pero lo decisivo es la valoración normativa que reciben esos sucesos naturales.

En base a lo expuesto, uno de los problemas que pretende solucionar la teoría de la imputación objetiva es el que plantea la necesidad de superar una concepción meramente naturalista de las conductas descritas en los tipos penales.-

Así, para valernos de un ejemplo muy claro, tomemos el artículo 89 del Código Penal. Cuando un cirujano, en el contexto de una intervención quirúrgica, hace una incisión en el cuerpo del paciente, es indudable que, desde una perspectiva naturalista –esto es, desde lo que ocurre fácticamente, en el mundo, de un modo apreciable por los sentidos–, ha provocado una lesión en el cuerpo del paciente. Ahora bien: probablemente todos estemos de acuerdo en que sería inaceptable tener que “indagar” en la subjetividad del cirujano para descartar la tipicidad de la conducta. Mucho menos admisible sería considerar típica la conducta y tener que llegar al ámbito de análisis de la antijuridicidad para justificarla.

Intuitivamente advertimos que la conducta del cirujano no debería considerarse siquiera desde la perspectiva típico-objetiva, una conducta típica de lesiones.

Esa intuición encontró en la historia de la dogmática penal expresión razonada en teorías como la de la adecuación típica y la de la adecuación social que, dicho brevemente, planteaban la atipicidad

objetiva de aquellas conductas que, aunque desde una perspectiva natural se asimilaban a la conducta descrita en los tipos objetivos penales, desde una perspectiva social eran conductas aceptadas.

La intuición subyacente a esas teorías era correcta, a saber: la verificación de la ocurrencia natural de una conducta no basta para considerar que esa conducta es objetivamente típica; para considerar si la conducta es objetivamente típica, es imprescindible efectuar un juicio normativo –no naturalista– sobre esa conducta. Así, causar una lesión, como hecho natural, no puede bastar para considerar que la conducta es la conducta de lesionar prevista en la ley penal, y ello porque existen una cantidad de contextos en los cuales no se puede establecer esa equivalencia de sentido entre lo que significa lesionar, en un sentido natural, y lo que significa lesionar en un sentido normativo.

Ahora bien: el criterio normativo de la adecuación social de una conducta, como instrumento para establecer la tipicidad objetiva de una conducta natural, resulta muy impreciso y, por ende, de escasa utilidad para resolver casos concretos.

La teoría de la imputación objetiva es, en ese sentido, un desarrollo de la teoría de la adecuación social que ofrece una serie de criterios normativos bastante más precisos para llevar a cabo ese juicio normativo que nos permita determinar si una determinada conducta (natural) es o no típicamente objetiva.-

En base a lo expuesto podemos definir a la teoría de la imputación objetiva como un conjunto de criterios destinados a establecer, de acuerdo con criterios normativos, la tipicidad o atipicidad objetiva de una determinada conducta natural.”[\[1\]](#)

Imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado.-

Una vez sentados los presupuestos que anteceden, cabe afirmar, de acuerdo con lo antes expuesto, que toda la “teoría de la imputación objetiva responde a dos raíces distintas: por un lado, se trata de determinar si las características de la conducta llevada a cabo por el autor se corresponden con la previsión del tipo. Por otro lado, en los delitos de resultado, se trata de comprobar –una vez verificado el carácter típico de la conducta- si el resultado conectado causalmente a esa conducta puede reconducirse normativamente a ésta, es decir, si también el resultado es típico. A estas dos raíces responden dos niveles de análisis: imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado.-

Imputación del comportamiento

En este nivel de análisis, ha de comprobarse que la conducta en cuestión responde a los parámetros normativos generales del tipo objetivo. Estas características generales pueden resumirse en cuatro instituciones dogmáticas: **riesgo permitido, principio de Confianza, prohibición de regreso e imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima**. Estas instituciones deben entenderse no como puntos de vista aislados, sino como verdaderos escalones sucesivos de análisis: el orden de examen responde a una clasificación progresiva de lo más genérico a lo más específico; en cada una de las instituciones van introduciéndose más datos del contexto del comportamiento enjuiciado. La

comprobación sucesiva de estos escalones de análisis conduce, en caso negativo (no hay ni riesgo permitido, ni prohibición de regreso, ni imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima), a la afirmación de la tipicidad del comportamiento.”[2]

A) Riesgo permitido

En palabras de Jakobs, para determinar la posibilidad de predicar normativamente de una conducta su condición de típicamente-objetiva demanda determinar si dicha conducta se mantiene dentro de los “supuestos normales de interacción vigentes en una sociedad dada, en un momento determinado. Si la conducta se mantiene dentro de esos parámetros resultará atípica, por falta de tipicidad objetiva. Contrario sensu, una conducta que desborde los supuestos normales de interacción social, estará creando o incrementado un riesgo no permitido, jurídicamente desaprobado y, por ende, podrá ser considerada típicamente objetiva.

Dado que una sociedad sin riesgos no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos no es factible; por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediamente tolerado como riesgo permitido”[3]

B) Principio de confianza

El segundo criterio normativo de imputación es el denominado “principio de confianza”: en el contexto de la interacción social, “por regla general cada uno de los participantes debe poder confiar en que los demás se comporten cuidadosamente, puesto que ellos también están sometidos a las exigencias del ordenamiento jurídico”. [4]

El principio de confianza encuentra uno de sus fundamentos en el principio de autorresponsabilidad, en virtud del principio de la autorresponsabilidad, generalmente solo se responde por el hecho propio, mas no por el hecho ajeno, en todo contacto social es siempre previsible que otras personas vayan a defraudar las expectativas que se originan en su rol.-

C) Prohibición de regreso

En el siguiente escalón de la imputación del comportamiento ha de mencionarse a “la *prohibición de regreso*”.-

“Todos no responden por todo”. Esta frase de Jakobs nos sirve para introducir un nuevo criterio para evaluar la posibilidad (o no) de imputar objetivamente un resultado disvalioso a una conducta.-

Jakobs afirma que la prohibición de regreso excluye la posibilidad de imputación jurídico-penal “si quien causa de modo mediato no es garante de la evitación de tal curso lesivo... ni actúa configurando un mundo con plan delictivo... ni lo toma como base de su comportamiento...”.

“Según el punto de vista de este autor, “...el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo

estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, *existe una prohibición de regreso* cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida." Para *Jakobs*, "la prohibición de regreso excluye la imputación objetiva del comportamiento." [5]

La víctima, su evolución en la teoría del delito

Podemos afirmar que "el Derecho penal tradicionalmente ha dispensado una atención tan sólo secundaria a la víctima, incluso se dice que la "víctima del delito" ha llegado a ser "también una víctima de la dogmática de la teoría del delito". En este contexto, sin embargo –y en el marco de una evolución mucho más amplia–, en los últimos años se ha producido lo que se ha llamado el "redescubrimiento" de la víctima por parte de las ciencias penales. Este redescubrimiento se manifiesta en muy diversos sectores. Por un lado, en el marco de la política criminal, pueden encontrarse tendencias tanto dirigidas a una mayor protección de la víctima por parte del ordenamiento penal como preocupadas por reducir la responsabilidad de aquellos sujetos que atentan contra los bienes de víctimas que son especialmente "descuidadas" con éstos. En el plano del Derecho procesal penal, se está desarrollando en algunos países un intenso debate acerca de las modalidades de intervención de la víctima en el proceso. Dentro del Derecho penal material, las consideraciones ligadas a la víctima van desde determinados aspectos de la legítima defensa, pasando por la relevancia que debe corresponder a la reparación de la víctima en el sistema de sanciones, hasta la cuestión del significado dentro del sistema general de imputación de la conducta de la víctima en el suceso que conduce a la lesión de sus bienes." [6]

En base a la problemática enunciada en último término, diremos que "la cuarta y última institución de la imputación del comportamiento 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" de ese comportamiento. 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 víctima*.-

Modelos de solución dogmáticos

En el debate doctrinal sobre la intervención de la víctima existen diferentes aproximaciones dogmáticas, Manuel Cancio Meliá, realiza un análisis crítico haciendo un ordenamiento de las mismas en diferentes grupos en función de los modelos de solución fundamentales que están en la base de las diversas construcciones dogmáticas.-

En un primer grupo cabe reunir aquellos puntos de partida que se mantuvieron sobre todo en una primera fase histórica. "Se trata de determinadas reformulaciones operadas en el marco de la teoría de la causalidad para tener en cuenta la conducta de la víctima. Dentro de estas soluciones, ha de destacarse la doctrina del TS de la "**conurrencia de culpas**", y determinadas formulaciones jurisprudenciales de los tribunales en el ámbito anglosajón en torno a la llamada contributory negligence. Estas construcciones jurisprudenciales pretenden introducir la conducta de la víctima en el análisis causal para determinar cuál ha sido la influencia de ésta en el suceso. Dependiendo de esa valoración, la conducta de la víctima podrá disminuir la responsabilidad del autor o incluso

excluirla por completo. Para estas doctrinas, lo decisivo será determinar, por ejemplo, en el caso del peatón que cruza la calzada de modo descuidado y es arrollado por un vehículo que circula a velocidad excesiva, cuál de las dos aportaciones causales –la del peatón o la del conductor– ha sido más "intensa" o incluso "preponderante".-

Por otro lado, se pueden incluir aquí también algunas soluciones propuestas dentro de la dogmática del delito imprudente, especialmente en lo que se refiere a la previsibilidad y al deber objetivo de cuidado en el lado del autor.-

El paradigma fundamental de estas aproximaciones, consiste en ofrecer un marco sistemático en el que puedan desarrollarse con cierta libertad las opciones de equidad del juzgador u otros criterios materiales, el criterio fundamental consiste precisamente en no establecer tal criterio, sino crear un marco dogmático para la introducción de criterios materiales de modo encubierto.-

En un segundo punto se presenta la perspectiva material que (aunque con muy diversas matizaciones) cabe estimar aún hoy mayoritaria: las soluciones que intentan aplicar determinados parámetros derivados de la institución del **consentimiento**. Esta perspectiva se encuentra no sólo entre quienes afirman abiertamente que el consentimiento debe ser el modelo de solución –y ello en distintas variantes–, sino que se halla también presente en el fondo de otras muchas construcciones dogmáticas que incorporan en sus respectivas definiciones algún tipo de rudimento de consentimiento. El paradigma fundamental es aquí, evidentemente, la idea de que lo decisivo es lo que haya asumido conscientemente la víctima, hasta dónde llegue su consentimiento. Desde esta perspectiva, por ejemplo, en el supuesto de quien permite que un conductor ebrio lo transporte en su vehículo, lo decisivo será determinar si el pasajero conocía la ebriedad del conductor y la posibilidad de, por ejemplo, un resultado de muerte, y si, además, aceptó tal riesgo.-

En un tercer grupo cabe colocar la aproximación que ha sido desarrollada con mayor énfasis en los últimos tiempos, especialmente en la doctrina alemana, y sobre todo por ROXIN: se trata de las posturas que parten como base de la solución de la diferenciación entre "participación en una autopuesta en peligro" –en principio, impune– y "heteropuesta en peligro" –en principio, punible–. Esta diferenciación se ha convertido en una de las aproximaciones dogmáticas más frecuentes en la discusión, sobre todo en Alemania, pero también en España. Desde esta perspectiva, constituye un caso de participación en una autopuesta en peligro la conducta de quien realiza con otro una competición irregular de motocicletas. Es una conducta de heteropuesta en peligro, sin embargo, la de quien lleva a un pasajero en el asiento trasero con ocasión de tal competición. El paradigma subyacente a esta aproximación consiste, por lo tanto, en atribuir una relevancia decisiva a cómo se reparta la ejecución de la actividad arriesgada entre víctima y autor. Para justificar esta aproximación, se ha acudido en lo esencial a dos vías de fundamentación. Por un lado, se ha sostenido en la doctrina alemana que si –por razón de la peculiar estructura del § 216 StGB, que no incrimina las conductas de mero auxilio al suicidio– es impune la producción de una autolesión, ha de serlo también la producción de una autopuesta en peligro. Por otro lado, se ha acudido al principio general de accesoriedad de la participación: pues se sostiene que si la autopuesta en peligro es sin duda un comportamiento atípico, y no existe norma especial (paralela al art. 143 CP, que en el ordenamiento español incrimina modalidades de intervención en un suicidio ajeno) que incrimine la conducta de "participar" en esta autopuesta en peligro, tal participación debería ser impune.-

En un cuarto grupo pueden situarse aquellas posturas que, sobre todo bajo el rótulo 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. Este principio se configura como máxima de interpretación teleológica de los tipos penales. En cuanto a su contenido material, en palabras de SCHÜNEMANN, quien puede ser considerado su principal impulsor, éste consiste (como denominador mínimo común de los "victimodogmáticos") en la tesis de que "la imposición de la pena como ultima ratio del Estado no es apropiada en aquellos casos en los 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 a sí misma de modo sencillo y exigible sin más". La fundamentación de este principio se obtiene de modo deductivo sobre la base de determinadas consideraciones relativas a la misión del Derecho penal: de nuevo según SCHÜNEMANN, de igual modo que sólo la consideración de la víctima en el plano empírico conduce a una criminología completa, "...también desde la perspectiva normativa resulta evidente que el merecimiento y la necesidad de pena del autor hallan correspondencia en el merecimiento y en la necesidad de protección de la víctima...". Después del análisis de estas aportaciones se llega a la conclusión de que su paradigma se halla 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, y este intento de desarrollar una "perspectiva victimológica" en la dogmática jurídico-penal tropieza con serios inconvenientes. A modo de síntesis de éstos puede decirse que la "inspiración" victimológica, sin una adecuada fundamentación material-normativa y sin inscribirse en el sistema de la dogmática jurídico-penal de modo sólido, no pasa de ser una etiqueta atractiva. La mera invocación de la perspectiva "victimodogmática" no puede llevar a la resolución del problema de la influencia del comportamiento de la víctima en el sistema de imputación penal." [\[7\]](#)

La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima

Puede afirmarse que en los últimos años "han atraído la atención de la doctrina jurídico-penal en este contexto sobre todo 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 –por ejemplo, de un medicamento, de una máquina o de una sustancia estupefaciente y el receptor resulta lesionado al hacer uso del objeto o consumir la sustancia. También han despertado mucho interés los supuestos en los que se produce un contagio de una persona a otra de una enfermedad mortal –en particular, del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida– o las numerosas constelaciones de casos en las que en el tráfico rodado quien resulta lesionado por una colisión se ha comportado de alguna manera 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. Así, por ejemplo, en los casos en los que una víctima lesionada por un ataque doloso del autor descuida sus heridas o se niega a recibir tratamiento médico.-

Para abordar el significado de la conducta de la víctima en este contexto, hay que preguntarse, en primer lugar, qué relevancia puede tener que precisamente sea el titular de los bienes afectados el que intervenga junto al autor. Porque sólo cuando sea esa la cualidad decisiva estaremos, en

realidad, ante un supuesto específico de intervención de la víctima; ya se ha señalado en los ejemplos correspondientes a las dos instituciones anteriores que también en el marco de éstas existen supuestos en los que de algún modo interviene el sujeto lesionado; sólo que entonces se trata de supuestos en los que la calidad de titular de los bienes jurídicos afectados no es la decisiva.-

La fundamentación de la especial relevancia de la víctima que aquí interesa suele plantearse – cuando ello se hace, lo que no es nada común– bajo el rótulo del "*principio de autorresponsabilidad*". Entre los extremos metodológicos de una pura deducción de tal "principio de autorresponsabilidad" de premisas axiológicas pre jurídicas y una determinación puramente funcional de tal principio dentro del sistema de imputación jurídico-penal existe también la vía intermedia –adoptada implícitamente por la mayoría de la doctrina que se ha ocupado de la cuestión– de constatar las decisiones normativas del ordenamiento jurídico como punto de partida material de la reconstrucción dogmática. En este sentido, Manuel Cancio Meliá, refiere al contenido del art. 10.1 de la Constitución española – o de otras normas constitucionales similares–, que establece el "libre desarrollo de la personalidad" como fundamento de la organización social, no puede ser entendido fuera de un sistema en el que está consagrada implícitamente una noción del ciudadano como sujeto autónomo. Además de la genérica atribución de autonomía a cada sujeto, con el correlativo principio de responsabilidad personal que ésta 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 auto lesivas 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 ella. Como punto de partida previo a la construcción dogmática, por lo tanto, el principio de autorresponsabilidad consiste en el reconocimiento de libertad de organización, y, correlativamente, en la atribución de una responsabilidad preferente al titular de los bienes.-

La institución que traduce en términos dogmáticos esta 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 preferente de la víctima, en la medida en que –en primer lugar– la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, –en segundo lugar– la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer ésta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada autorresponsable, y –finalmente, en tercer lugar– el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima.-

La imputación de la actividad al ámbito de responsabilidad de la víctima *no depende de la configuración fenomenológica de las aportaciones de ejecución material* de víctima y autor *per se*. En este sentido, puede haber tanto supuestos de ejecución en manos del autor en los que en caso de daño éste se impute a la víctima, como supuestos en los que, a pesar de que es la víctima quien ejecuta directamente la actividad arriesgada, el hecho se presenta como conducta típica del autor. Una vez definida la actividad conjunta de autor y víctima, el suceso debe ser imputado, en principio, al ámbito de responsabilidad de la víctima. La razón de ello está en que la esfera de autonomía de la

víctima da lugar a una atribución preferente de los posibles daños a su propio ámbito de responsabilidad. En atención a ese carácter preferente del ámbito de responsabilidad de la víctima, la atribución de los daños no puede seguir las mismas reglas que determinan, mediante la teoría de autoría y participación, cuál es el grado de responsabilidad que corresponde a los distintos intervinientes en un hecho consistente en la realización de una infracción que afecta a un tercero. Una vez constatada que es la interacción existente entre autor y víctima a la que hay que reconducir la actividad arriesgada, la organización conjunta no puede ser fragmentada en aportaciones de mayor o menor rango en atención a su relevancia en la ejecución. La distribución de las distintas aportaciones materiales a la ejecución de la actividad arriesgada, como puede ser, por ejemplo, la decisión de quién entre dos sujetos que han decidido participar en una competición de motocicletas conduzca efectivamente el vehículo (si es quien no conduce quien resulta lesionado y se presenta *ex post* como "víctima"), no modifica en nada la calidad de todo el suceso de ser una actuación conjunta dentro del ámbito de autorresponsabilidad de la víctima. Pues en este ámbito no se trata de comprobar –como sucede en la distinción entre autoría y participación– la mayor o menor "proximidad" –determinada del modo que sea dentro de la teoría de la participación– de la conducta de distintos sujetos al comportamiento típico –acerca de cuya concurrencia, al menos respecto de uno de ellos, no hay duda–, sino de determinar si la conducta del "autor" puede ser típica. Si la interacción es reconducible al actuar imputable a la víctima, desde el punto de vista normativo el factor dominante es su conducta autorresponsable.-

Una vez definida la actividad conjunta en la que se embarca la víctima junto al autor, la imputación de esa actividad conjunta al ámbito de responsabilidad de la víctima –concurriendo los demás requisitos– se produce en términos *objetivos*. Que esto deba ser así viene determinado no sólo por el marco sistemático, la teoría de la imputación objetiva, sino también por un rasgo característico de las constelaciones en cuestión: la interacción entre autor y víctima. En efecto, en el presente ámbito el riesgo para los bienes es creado conjuntamente por autor y víctima. Desde esta perspectiva, no tiene sentido preguntar de modo aislado respecto de cada uno de ellos qué representación subjetiva debe tener el "autor" para poder ser autor, ni qué representación subjetiva cabe requerir de la "víctima" para que no se la considere víctima en sentido estricto –sujeto pasivo de un hecho delictivo–, sino responsable de sus pérdidas. Pues el horizonte relevante para considerar hasta qué punto estas cuestiones merecen una respuesta afirmativa o negativa sólo puede hallarse en lo configurado conjuntamente, en este sentido –y coincidiendo con el significado del término en el marco de la teoría de la imputación objetiva (del comportamiento)–, en un plano objetivo. Dicho de otro modo, en ninguna de las dos direcciones (autor-víctima) la cuestión puede hacerse depender de la representación subjetiva de los intervinientes. Esto no significa, sin embargo, que la representación de víctima y autor carezca de relevancia a la hora de configurar el marco de la actuación conjunta. Esta, por el contrario, quedará definida en la mayoría de las ocasiones incluyendo las perspectivas, las representaciones subjetivas de los intervinientes. Lo que se quiere decir es que no pueden ser los datos subjetivos "desnudos", no introducidos en la actuación conjunta de autor y víctima, los que deban decidir una u otra calificación. Pues de acuerdo con la estructura interactiva de las constelaciones en cuestión, sólo de un modo relativo, introduciendo la perspectiva común de autor y víctima, puede llegarse a la calificación. Este significado objetivo, situado en un plano superior al de las representaciones de autor y víctima, se determina conforme a patrones normativos: sólo aquellos aspectos de la organización son "conjuntos" que se presenten como un elemento inherente a la actividad elegida por la víctima. Nadie puede ser distanciado de los riesgos implícitos en una actividad suya que pone en peligro sus bienes sin ser autocontradictorio y sin que se ponga en duda

su autorresponsabilidad. El punto decisivo, por lo tanto, está en determinar –a la hora de concretar cuándo la actividad conjunta es "suya", le es imputable– en qué medida el contacto puede ser definido por la víctima de modo unilateral como inocuo, cuándo es el autor el que instrumentaliza a través de su organización a la víctima, y a partir de qué punto la organización conjunta abandona esa esfera y obtiene un significado objetivo autónomo independiente del arbitrio de los intervinientes".^[8]

El planteamiento de las posturas de Roxin y Jakobs

a) Postulados de Claus Roxin

Roxin, en su obra "Derecho Penal Parte General" (Tomo I Pág. 363/364), sostiene que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo, entendiendo por riesgo permitido, una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general, independientemente del caso concreto, está permitida y por ello a diferencias de las causas de justificación, excluye la imputación del tipo objetivo. Cita como prototipo del riesgo permitido, a la conducción automovilística observando todas las reglas del tráfico viario, de ahí que la acusación de una lesión de un bien jurídico que se produzca pese ello no es una acción típica, solo el hecho de rebasar el riesgo permitido crea un peligro, cuya realización hace imputable el resultado como acción típica.-

Pese a ello, en el caso concreto aun puede fracasar la imputación en que el alcance del tipo, el fin de protección de la norma típica, por ejemplo, de la prohibición de matar, lesionar, dañar, etc. no abarca resultados de la clase de los producidos, en el que el tipo no está destinado a impedir tales sucesos. Roxin, destaca que esta problemática tiene importancia sobre todo en los delitos imprudentes, habida cuenta que si alguien provoca dolosamente una lesión de un bien jurídico mediante un peligro credo por él sin actuar protegido por un riesgo permitido, normalmente será misión de los tipos garantizar protección frente a tal conducta, no obstante, este autor plantea que esto no es siempre así sin excepciones, señalando que en los hechos dolosos son importantes tres grupos de casos en los que rige algo distinto:

- 1) La cooperación en una autopuesta en peligro dolosa
- 2) La puesta en peligro de un tercero consentida por este
- 3) La imputación del resultado a un ámbito de responsabilidad ajeno

Como podemos observar, Roxin, desarrolló una nueva aproximación a la problemática de la víctima, asentada sobre todo en un intento de delimitar aquellos supuestos en los que la víctima ocupa una posición central en el acontecer del riesgo (participación en una autopuesta en peligro), de aquellos otros en los que es el autor quien es la figura central y la víctima tan solo está de acuerdo en la actividad arriesgada ("heteropuesta en peligro consentida") y así, nos propone un tratamiento de la cuestión mediante la construcción de la distinción entre participación en una autopuesta en peligro (impune) y heteropuesta en peligro consentida (en principio punible), en un tercer escalón de la teoría de la imputación objetiva denominado "alcance del tipo", el cual se refiere a determinados supuestos en los que, a pesar de concurrir la realización de un riesgo no permitido, la imputación aun puede

fracasar porque el alcance del tipo, el fin de protección de la norma típica no abarca resultados de las características que muestra el que se ha producido, porque el tipo no está destinado a evitar sucesos.-

Roxin, dentro de sus consideraciones sobre diversas cuestiones relativas a la imputación del resultado y bajo aplicación del criterio del “fin de la protección de la norma” como principio metodológico rector, aborda la problemática de la intervención de la víctima en el acontecer arriesgado, intentando resolver los casos de producción de una “autopuesta en peligro” con consecuencias lesivas recurriendo a los límites de la punibilidad existentes en el ordenamiento alemán en relación a la producción del suicidio, concluyendo que el fin de la protección de la norma del homicidio imprudente no abarca los casos de favorecimiento o mera intervención secundaria en una autopuesta en peligro, puesto que si es impune la producción, por medio de la “participación” dolosa del autor, de una autolesión cuasi-dolosa en el lado de la víctima, ha de serlo también la producción de una autopuesta en peligro cuasi-dolosa, por lo que, si ni siquiera la producción dolosa de la lesión del bien jurídico esta abarcada por el fin de protección de la norma del homicidio, mucho menos puede estarlo la participación en una autopuesta en peligro, que respecto del resultado por regla general solo dará lugar a la imprudencia.-

En relación a los supuestos de heteropuesta en peligro consentida, opina el autor, que habría que llegar a una valoración normativa distinta a la correspondiente a los supuestos de participación en una autopuesta en peligro, afirmando la responsabilidad del autor que pone en peligro al otro, pues el acontecer generador del riesgo, a diferencia de la autopuesta en peligro, no es dirigido o “dominado” por la víctima, estando mas indefensa ésta frente al riesgo que en el caso de la autopuesta en peligro. Sin embargo, Roxin, sostiene que en ciertos supuestos la heteropuesta en peligro equivale a la autopuesta en peligro y debe ser por ello igualmente impune, pero supeditada tal equiparación a la concurrencia de los siguientes requisitos: 1º) Es necesario que la víctima conozca el riesgo en la misma medida que quien realiza la puesta en peligro, 2º) que la lesión sea consecuencia del riesgo asumido y no de otro distintos y 3º) quien es puesto en peligro debe ser igualmente responsable del acontecer que quien genera el riesgo.-

Cabe concluir, que la concepción de Roxin y la de los autores que han adoptado la diferenciación por él desarrollada, de participación en una “autopuesta en peligro” y “heteropuesta en peligro”, constituye una primera ordenación del material de casos sobre la cual se aplica la institución dogmática material que fundamenta la atipicidad o atipicidad del comportamiento de quien interviene junto a la víctima. Este marco dogmático dentro de la concepción de Roxin viene dado dentro de la teoría de la imputación objetiva por él desarrollada, por el “fin de protección de la norma” y posteriormente, modificando en parte su concepción inicial, por el alcance del tipo.-

b) Postulados de Gunther Jakobs

Actuación a riesgo propio de la víctima o competencia de la víctima:

Según G ünther Jakobs: "puede que la configuración de un contacto social compete no sólo al autor, sino también a la víctima, y ello incluso en un doble sentido: puede que su comportamiento fundamente que se le impute la consecuencia lesiva a ella misma, y puede que se encuentre en la desgraciada situación de estar en la posición de víctima por obra del destino, por infortunio. Existe,

por tanto, una competencia de la víctima."^[9]

Mediante esta institución Jakobs propone tener en cuenta la intervención de la víctima en el suceso. En este punto, la teoría de la imputación objetiva implica la introducción de elementos valorativos que determinan cuáles son los límites de la libertad de actuación, implica, en este sentido, el establecimiento de esferas de responsabilidad.-

Este autor, en su obra ubica sistemáticamente la institución dogmática de la "Imputación a la víctima" en el primer nivel de la imputación objetiva: "La imputación del comportamiento", señalando que la configuración de un contacto social puede que competa no solo al autor, sino también a la víctima. En base a ello, puede que el comportamiento propio 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 lo tanto sostiene que, existe competencia de la víctima por su comportamiento.-

En opinión de Jakobs, el autor que es conocedor de las consecuencias lesivas de su comportamiento puede afirmar frente a la víctima que dichas consecuencias son asunto de ella cuando el autor se ha comportado conforme a su rol, un comportamiento del que se sabe producirá lesiones sigue siendo conforme al rol en la medida en que la víctima no tenga derecho a que no se produzca el comportamiento lesivo, esto es, en tanto y en cuanto el conjunto de bienes que desde el punto de vista fáctico depende de la organización del autor, no dependa jurídicamente de ella. Jakobs, señala que el caso más importante dentro de este campo es el atinente a la medicina en el ámbito de cuidados intensivos. Muestra que es lícito suspender determinadas prestaciones que se realizan por medio de aparatos que conservan con vida al paciente, cuando dichas prestaciones ya no están indicadas médicamente, en estos casos, aunque la desconexión de estos, tengan efectos causales respecto de la muerte del paciente, el médico se mantiene dentro de su rol y no se arroga una organización ajena, por el contrario constituye una desgracia del paciente el hecho de estar organizado de una manera propensa a sufrir un daño.-

Ahora bien en los casos en que la víctima, con su propio comportamiento da la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada, es decir en los supuestos de lesión de un deber de autoprotección o incluso la propia voluntad, Jakobs las agrupa bajo el rotulo de "acción a propio riesgo", indicando que la infracción de deberes de autoprotección, constituye el reverso de lo que en el lado del autor es un quebrantamiento no intencionado del rol, en especial de un quebrantamiento imprudente, puesto que la víctima, tampoco puede asumir un contacto social arriesgado sin aceptar como fruto de su comportamiento las consecuencias que conforme a un pronóstico objetivo son previsibles, 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 del lado de la víctima lo decisivo esta en determinar si ésta ha desempeñado el rol de víctima o el rol de alguien que configura la situación, es decir, de quien actúa a propio riesgo.-

Límites a la "imputación a la víctima"

Claro está, que concurren algunos supuestos en los que a pesar de cumplirse los requisitos de la "imputación a la víctima", la responsabilidad por los resultados se atribuye a la esfera

organizativa del autor. A saber:

a. Posiciones de garantía en virtud de organización

Estos casos son los de relaciones laborales que llevan consigo una especial protección en ciertos aspectos de los trabajadores. Por ejemplo, es el caso de los obreros de una construcción que cuando ejercen su labor, el ingeniero a cargo de la obra debe tener presente que las personas a su cargo deben usar cascos o chalecos especiales para garantizar su integridad física. De no tomarse en cuenta esto, si los obreros sufren un accidente, el ingeniero no podría alegar la institución jurídica de la “imputación a la víctima” ya que tenía esferas de garantía por la existencia de una organización laboral específica.-

b. Posiciones de garantía en virtud de una relación de dependencia

Este grupo de casos abarca a cualquier posición de garante que se dé entre padre e hijo (relaciones paterno-filial) y otros similares en donde claramente los bienes jurídicos de la víctima deban ser protegidas por el autor. De la misma manera, la relación médico-paciente también podría ser añadida en este tipo de supuestos.”[\[10\]](#)

Conclusión

A esta altura, y una vez expuesta la opinión de sus máximos representantes, se hace necesario, en primer término analizar la denominación de esta institución. En este sentido, se considera acertada y se comparte la denominación dada por Manuel Cancio Meliá, de “**imputación a la víctima**”, para designar a aquella constelación de casos en los que la responsabilidad de la actividad riesgosa está dentro de la esfera de responsabilidad de la víctima, considerando esta calificación más exacta que otros términos como “**autopuesta en peligro**”, usado por Roxin o “**competencia de la víctima**”, utilizado por Jakobs, para describir este conjunto de casos.-

Podemos, entonces, concluir que no toda “autopuesta en peligro” per se hace que el hecho pase a la esfera de responsabilidad de la víctima. Además que Roxin le da otro sentido al ubicarla sistemáticamente dentro del alcance del tipo y no dentro de la creación del riesgo, trata más sobre la cooperación a una autopuesta en peligro dolosa, lo que se enmarca especialmente en conductas de participación y no se centra en lo fundamental que es la víctima quien crea ese riesgo y; por ello, al darse esa conducta, el hecho está dentro de su esfera de responsabilidad.-

Del mismo modo, cuando Jakobs hace referencia a la “competencia de la víctima”, se centra más en el resultado del proceso dogmático de atribución de ámbitos de responsabilidad, antes de tratar ese proceso mismo, cual es donde se origina el riesgo y donde la conducta de la víctima es analizada para ver si se le puede imputar el resultado a su esfera de responsabilidad.-

Sin embargo, compartiendo la opinión de Cancio Meliá, de lo que aquí quiere tratarse al hablar de ‘**imputación a la víctima**’, es de los supuestos en los que la razón de la conducta del tercero está precisamente, en la atribución de lo sucedido al ámbito de la responsabilidad de la víctima.-

Una vez sentada una postura en cuanto a la denominación de esta institución, se considera conveniente analizar en dónde debe estar ubicada y en función a ello poder comprender con mayor claridad su contenido dogmático.-

En ese sentido, se comparte la posición de Jakobs y Manuel Cancio Meliá cuando sitúan esta institución jurídica dentro del primer nivel de análisis de la imputación objetiva, La imputación al comportamiento. Es en la creación del riesgo no permitido donde se da la organización conjunta y donde la víctima contribuye para que se dé la actividad riesgosa por lo que el resultado debe serle imputado a ella. Es en este nivel donde se debe hacer el análisis respecto a imputar a la víctima el resultado por la actividad riesgosa o; aún en el caso que haya habido una autopuesta en peligro, la contribución del autor es tan influyente que el hecho se le debe imputar a él. Siguiendo este orden de análisis, si se comprueba que el hecho es subsumible en la esfera de responsabilidad de la víctima, ya no se tendría que seguir con el análisis de las demás instituciones de la teoría del tipo objetivo dentro de la teoría del delito. En consecuencia, no parece tener sentido proceder al análisis previo de la creación y realización en el resultado de un riesgo no permitido, si en última instancia, puede llegarse a la conclusión que la conducta del autor no es típica.-

En cuanto al contenido dogmático de esta institución, entendemos que se deben cumplir con ciertos requisitos esenciales que corresponden ser observados para que se configure la “imputación a la víctima”, los cuales son la contribución mutua entre el autor y la víctima y la responsabilidad preferente de la víctima enmarcada en la violación del “principio de autorresponsabilidad”.

Es decir, que lo que se debe tener en cuenta es, en primer lugar, si el riesgo que se crea en esta **contribución mutua** es, desde una perspectiva social, nocivo para el bien jurídico de la víctima y finalmente, analizar si **objetivamente**, se le puede atribuir al ámbito de responsabilidad de la víctima por vulnerar su “**principio de autorresponsabilidad**” al exponer ella misma sus bienes jurídicos a un riesgo socialmente inadecuado que crea un peligro a sí mismo, que no se le puede imputar al autor.-

Ahora bien, es necesario enfocarnos en que esta atribución debe ser objetiva, no se debe basar en cuestiones subjetivas ni en la representación de los intervinientes, ya que es imposible saber con certeza lo que uno y otros se representaron al darse la organización conjunta del riesgo creado. En palabras de Cancio Meliá “el horizonte relevante para considerar hasta qué punto estas cuestiones merecen una respuesta afirmativa o negativa solo puede hallarse en lo configurado conjuntamente, en este sentido, en un plano objetivo”.

A través de todo lo expuesto podemos concluir que la institución jurídica de la “imputación a la víctima” se enmarca dentro de la tipicidad objetiva, ya que es en la misma creación del riesgo en donde se analizan todos los presupuestos dogmáticos de ella. En ese sentido la existencia de la “imputación a la víctima”, no constituye un atenuante de la pena conminada para el delito del que se trate, sino una causal de atipicidad de la conducta imputada.-

(*) Abogado. Escribano. Especialista en Derecho Penal. Doctorando en Cs. Jcas. y Soc. Defensor de Pobres y Menores N° 8 –Supl– Paraná – Entre Ríos.

[1] LISCKI, Fernando, "Imputación Objetiva". Consultado en 14 de octubre de 2010 [en Línea] en <http://comisionpenalguzman.blogspot.com/>

[2] CANCIO MELIÁ, Manuel, "*La Imputación Normativa Del Resultado A La Conducta*". ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, República Argentina, 2004, pag. 22

[3] Gunther JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 45.

[4] Gunther STRATENWERTH: *Eb.Schmidt-Festschrift*, 1961, p.392, citado en Gunther JAKOBS, *Fundamentos del derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p.169

[5] CANCIO MELIÁ, Op. Cit. Pág 11

[6] CANCIO MELIÁ, Manuel, "Conducta De La Víctima E Imputación Objetiva" Consultado en 19 de septiembre de 2010 [en Línea] en: www.upcomillas.es/webcorporativo/Servicios/

[7] CANCIO MELIÁ, Ibidem

[8] CANCIO MELIÁ, Manuel, "*La Imputación Normativa Del Resultado A La Conducta*". ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, República Argentina, 2004, pag. 27-31

[9] Günter Jakobs, "*La Imputación Objetiva En Derecho Penal*", trad. de Manuel Cancio Melía, Ed. Ed. Grijley, lima 1998 pág, 34.

[10] PERALES Guillermo CORNEJO Y CLAVIJO Nicolás BELLIDO, "Imputación a la víctima. Una aproximación a su contenido dogmático", Consultado en 17 de noviembre de 2010 [en Línea] en: www.grijley.com/jusjuris/alerta/jcoment/comentario8_2.doc