Manuel Cancio Meliá
Marcelo Ferrante
Marcelo A. Sancinetti

ESTUDIOS SOBRE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

204
e

AD-HOC

ESTUDIOS SOBRE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Manuel Cancio Meliá
Marcelo Ferrante
Marcelo A. Sancinetti

ESTUDIOS SOBRE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Buenos Aires

Primera edición: febrero 1998

DIRECCIÓN EDITORIAL
Dr. Rubén Villela

Copyright by AD-HOC S. R. L.
Viamonte 1450 - Tel. 371-0778
Av. Córdoba 1377 - Tel. 813-3092
1055 Buenos Aires, República Argentina

Printed in Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723
ISBN: 950-894-113-8

ÍNDICE

Prólogo 9

Una introducción a la teoría de la imputación objetiva, por Marcelo Ferrante 13

Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva, por Marcelo A. Sancinetti 37

I. ¿Una "teoría" de la imputación objetiva? . 39
II. La derivación a partir de las teorías sobre la causalidad 44
III. ¿Ausencia de imputación objetiva vs. ausencia de dolo en los cursos inadecuados? . . 49
IV. Inexistencia de un tipo objetivo común al dolo y a la imprudencia (delimitación entre dolo e imprudencia) 58
V. Imputación objetiva y fundamentación subjetiva del ilícito: la medida del riesgo como medida del ilícito 64
VI. Proyecciones sobre la participación 70
VII. Conclusiones 73

La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima ("imputación a la víctima"), por Manuel Cancio Meliá 75

I. Introducción 77
II. Algunos presupuestos del análisis 86
III. Modelos de solución dogmáticos 105
IV. La víctima en el sistema de imputación objetiva 119

PRÓLOGO

Cuando me reintegré a mi cátedra en 1994, tras una prolongada estancia de investigación en la Universidad de Bonn, creí necesario dedicar varios seminarios consecutivos al estudio de la llamada teoría de la imputación objetiva, y sentar bases enteramente nuevas para nuestra discusión. Antes de la aparición de la versión castellana del monumental tratado de Jakobs (*Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons, 1996 [*Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlage und Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991]), trabajamos con una traducción particular de la sección 7ª del *Lehrbuch*, que pudo ser discutida así con todo el ahínco que nos fue posible, bien que, con todo, todavía en primeras aproximaciones (1994-1995). Habida ya la traducción completa de esa obra, que permitió extender nuestros debates a los capítulos principales de la exposición, el seminario de 1996 siguió ocupado por temas afines. En su seno surgieron muy buenos trabajos sobre imputación objetiva —algunos de ellos ya publicados—, de jóvenes juristas cuyo porvenir no queda lejos.

Recientemente, tras el malogrado Congreso de Derecho Penal organizado en conmemoración del 75° aniversario del Código Penal argentino en la Universidad de Buenos Aires, los estudiantes llevaron a cabo

al poco tiempo el *I Congreso Iberoamericano* y *IX Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología*, al que fueron invitados los queridos colegas Günther Jakobs (Bonn) y Eberhard Struensee (Münster), que trabajaron con gran generosidad académica e impregnaron las aulas de entusiasmo. En ese mismo ámbito me correspondió intervenir con una conferencia general sobre la teoría de la imputación objetiva. Con otra óptica la teoría fue presentada también en visión introductoria por Marcelo Ferrante, cuyos tempranos y meritorios trabajos lo han convertido ya en flamante profesor de la Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires). Igualmente se refirió a la teoría de la imputación objetiva Manuel Cancio Meliá, pero exponiendo un tema más específico, el de su esperada tesis doctoral ante la Universidad Autónoma de Madrid, en la que es profesor asociado: la influencia de la responsabilidad de la víctima en la tipicidad de la conducta del autor. Doy mi agradecimiento a estos queridos colegas por celebrar la propuesta de publicar en conjunto nuestras contribuciones.

Este libro reúne, en síntesis, las tres intervenciones en el Congreso de estudiantes de agosto pasado. Si bien ellas no conforman un sistema homogéneo, permiten reconocer el patrón común de que sus autores han estado abocados al estudio crítico de las tesis de Jakobs todo lo que han podido; y el hilo de la discusión denuncia también que ellos explorarán, aún, esa senda, durante mucho tiempo.

Los trabajos conciernen en suma a una cuestión que ha interesado a la dogmática penal de los últimos veinte años, probablemente, como ninguna otra, pero, conforme a la tradición cultural que nos caracteriza, el tratamiento de esa cuestión en la Argentina

ha sido tardío, solitario y parcializado. Se trata de un tema que ya es poco claro en sus contornos en los lugares de origen, es decir, en países que tienen una larga tradición en discusiones teóricas. ¿Qué podía esperarse de nosotros, entonces, con una universidad que —al menos en lo que se refiere a los estudios de Derecho— va extinguiéndose? Mi empeño, ya no tan bravío como antes, por la universidad argentina, me lleva a presentar estos trabajos al público de nuestro entorno, en la esperanza de contribuir al reverdecimiento de nuestro pensamiento dogmático.

Buenos Aires, 8 de diciembre de 1997.

Marcelo A. Sancinetti

Marcelo Ferrante*

Una introducción a la teoría de la imputación objetiva

* Universidad Torcuato Di Tella.

I

Una introducción temática, como la que intentaré desarrollar aquí, es, por definición, un modo insuficiente de explicación del tema al que se introduce. Quien introduce, selecciona un conjunto de rasgos del tema a presentar y deja de lado, por tanto, muchos otros. La introducción comporta, pues, un recorte más o menos arbitrario de reflexiones y discusiones tanto más relevantes para el estudio del tema que la introducción que se ensaya.

Las líneas básicas que expondré no son, ni podrían serlo, *las* líneas básicas de *la* teoría de la imputación objetiva. La enorme pluralidad de modos en que los problemas centrales de la imputación objetiva han sido estudiados, y continúan siéndolo, me obliga a optar —dada la forma propia de la introducción— por la exposición de *un* modo posible de comprender lo abarcado bajo esa denominación.

Aún hoy es habitual el tratamiento de la imputación objetiva desde una perspectiva exclusivamente orientada a la imputación del resultado típico a una conducta y, con esto, a un fenómeno marginal de la imputación: la consumación. Mi intención es hoy mostrar el valor central de la teoría de la imputación objetiva como teoría de la definición de la conducta típica, tarea que han desarrollado, principalmente, entre los autores de lengua alemana, GÜNTHER JAKOBS

y WOLFGANG FRISCH. Aquí dirigiré, sin embargo, mi exposición especialmente a la obra del primero, a la que se le ha prestado rigurosa atención en los últimos años de trabajo en el seminario que el profesor SANCINETTI dirige en esta facultad. Los conceptos que integran el esbozo que ensayaré son consecuencia de ese trabajo. No son el resultado de una investigación acabada, sino un intento de comprensión y sistematización adecuadas de una obra rica en la diferenciación de problemas y compleja en la fundamentación.

II

El juicio de imputación jurídico-penal se inicia con la pregunta por un algo objetivo: precisamente por la definición de la conducta que puede ser considerada ilícita. Lo ilícito será pues algo subjetivo —esa conducta—, mas el juicio de ilicitud es objetivo, externo, ajeno a las representaciones del autor. Éste sólo aporta el objeto de lo ilícito —un algo exclusivamente subjetivo en la medida en que se sea consecuente con el principio de culpabilidad por el hecho, esto es, que se impute sólo lo dominado por la voluntad—. El juicio de disvalor que funda ese carácter ilícito es, en cambio, objetivo.

Con categorías de la teoría de la imputación, ello significa, en lo que aquí interesa, que el tipo subjetivo no se concibe con independencia del objetivo, sino que depende conceptualmente de éste. El autor actúa con dolo si y sólo si al actuar se representa las circunstancias que integran el tipo objetivo de una ley penal, esto es, si se representa los elementos constitutivos de una conducta definida como prohibida por el Derecho. En este sentido debe ser entendido

aquí lo "objetivo" y también así su primacía en el juicio de imputación.

En breves trazos —seguramente toscos— podría decir que por imputación objetiva se entiende un conjunto de principios y reglas sistemáticos —o cuya sistematicidad se pretende lograr— mediante los que se normativizan las descripciones típicas puramente causales. En esta primera aproximación —de hecho, así suele ser presentada, por oposición al dogma causal—, su fin parece ser la reducción del enorme espectro de conductas que, sobre la exclusiva base de la causalidad, podrían ser concebidas como abarcadas en los tipos penales. Contra esto se ha replicado que, a partir de que el dolo y la imprudencia fueron reconocidos como elementos centrales del ilícito, la objeción del agigantamiento del tipo perdió validez; y que la necesidad de resolver ciertos casos problemáticos recurriendo a categorías de la imputación objetiva responde, antes que a consideraciones acerca de lo objetivo, a una incorrecta o insuficiente concepción del dolo.[1]

En la discusión en torno del clásico "caso de la tormenta" —en el que *A* envía a su sobrino al bosque frente a una tormenta que se avecina, con la esperanza de que un rayo le dé muerte—, ROXIN niega la imputación mediante la afirmación de que "dicha conducta no crea un riesgo mensurable de lesión de un bien jurídico".[2] Sin embargo, agrega: "en la medida

[1] Así, por ejemplo, STRUENSEE, "Acerca de la legitimación de la 'imputación objetiva' como categoría complementaria del tipo objetivo", en *El Derecho penal hoy. Homenaje al prof. David Baigún*, Buenos Aires, 1995, pp. 256 y ss.

[2] *Reflexiones sobre la problemática de la imputación objetiva en el Derecho penal*, 5.

en que, por el contrario, reformemos el caso, de modo tal que el rayo caiga frecuentemente en un lugar expuesto por causa de circunstancias físicas determinadas, y que el autor en conocimiento de estos hechos envíe a su víctima ignorante al lugar peligroso, para matarla de este modo, si el resultado se realiza se ha dado un homicidio consumado". Y continúa: "aquí el autor ha creado un riesgo de muerte estadísticamente relevante, y este riesgo también se ha realizado en el resultado. En esta flexión de los hechos se debe, por lo tanto, aceptar una acción de homicidio".[3]

Dejando de lado expresamente las reglas de la autopuesta en peligro que podrían dar otros fundamentos a la resolución del caso, STRUENSEE objeta, con adecuado rigor, la posición de ROXIN. Su crítica puede ser presentada del modo que sigue: la previsión del curso causal típico requiere, para ser dolo, de una adecuada concreción. Éste no consiste en una representación cualquiera sino en la representación fundada acerca de que el lugar al que el autor envía a la víctima es un lugar peligroso: "El vago e insustancial pronóstico del curso causal (el desnudo 'que' de una relación causal)... no es suficiente para el dolo. De allí se debe extraer la exigencia de que el dolo sólo está presente en un pronóstico sobre el curso causal suficientemente sustanciado por el conocimiento de circunstancias que justifican la aceptación de la causalidad; si él falta, el autor actúa en desconocimiento de circunstancias semejantes: él se encuentra en un error de tipo".[4]

[3] Cito a través de STRUENSEE, op. cit., p. 263; en sentido análogo, cf. ROXIN, *Reflexiones*, 5.

[4] Op. cit., pp. 263 y s.; de modo semejante, ídem, "Dolo de causación y causalidad putativa", en *Dolo, tentativa y delito putativo*, Buenos Aires, 1992, pp. 59 y ss., *passim*.

La conclusión de STRUENSEE es, sin duda, correcta. Sin embargo, ella requiere cierta precisión. La solución no depende del dolo sino mediatamente, pues, en rigor, ella depende de la definición de qué puede ser dolo. Ésta, por su parte, no puede ser sino objetiva —en el sentido dado aquí al término—, pues así lo es la definición de lo ilícito, esto es, nuevamente, de aquello que puede ser considerado dolo.

Ahora bien, se debería uno preguntar ¿por qué el conocimiento que fundamenta el dolo ha de observar una concreción tal de los procesos causales? O bien, ¿por qué no puede ser dolo un conocimiento tan limitado de las circunstancias con base en las cuales pueden ser previstos los aconteceres causales, como el del autor del caso básico de la tormenta? La respuesta adecuada diría, según creo, que en un mundo desmitificado como el moderno, la producción voluntaria de consecuencias en la realidad sólo es posible con base en un juicio racional sobre la causalidad; y éste presupone el correcto manejo de un cierto mínimo de información que el autor del caso sólo posee en la variante. Es por ello que sólo allí el proyecto de acción del autor puede tener sentido como conducta de homicidio.

El que el manejo de esa información mínima sea una condición necesaria para la imputación no es —como acaba de insinuarse— un principio en sí. Antes bien, él responde a los rasgos constitutivos de la sociedad en la que la imputación se lleva a cabo. En esa sociedad, con palabras de MAX WEBER, "si así se quisiese... podrían averiguarse en cualquier momento las condiciones de vida a las que el sujeto está sometido, esto es: por principio no existen fuerzas misteriosas e incalculables que inciden en ellas, sino que, al con-

trario, todas las cosas —en principio— pueden dominarse a través del cálculo".[5] En ese mundo, en el que la realidad se domina mediante la razón y no gracias a puras intuiciones cualesquiera, la conducta de quien pretende provocar un resultado con base en un juicio tan torpe como el del caso no puede ser aprehendida como dirigida finalmente a su producción, aun cuando el resultado efectivamente se produzca. Con palabras de JAKOBS: "Un comportamiento en el que aparece un defecto cognitivo de esas características [se refiere de modo expreso al supuesto en el que el autor desconoce los efectos que genera, mas puede extenderse a todo el universo de supuestos, conocido como error de tipo] no ofrece un patrón válido en una sociedad que trata a la realidad de modo racional; no puede tener carácter ejemplar; ese comportamiento ni siquiera puede interpretarse como protesta contra la realidad en su configuración actual, ya que ésta, en cuanto realidad completamente impersonal, no constituye un destinatario idóneo al que pudiesen dirigirse protestas".[6] Brevemente, el autor "no aporta con su comportamiento nada que sea comunicativamente relevante".[7] Esta reflexión forma parte de los juicios propios de la teoría de la imputación objetiva, *qua* teoría de la conducta típica según la cual se define lo ilícito según juicios normativos que imponen los rasgos constitutivos de la sociedad en la que se lleva

[5] "Politik als Beruf", en *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, edición a cargo de WIKELMANN, 3ª ed., 1968, pp. 582 y ss., p. 594 (hay versión castellana de RUBIO LLORENTE, *La política como vocación*; en WEBER, *El político y el científico*, Madrid, 1967, pp. 81 y ss.).

[6] "El principio de culpabilidad", en *Fundamentos del Derecho penal*, Buenos Aires, 1996, pp. 13 y ss., II, 1.

[7] Ibídem.

a cabo la imputación.[8] Sus conclusiones no son, pues, sustituibles mediante una correcta teoría del dolo. Ésta por definición necesitará —se insiste— una previa teoría objetiva de aquello que puede ser dolo. Así, por ejemplo, un proyecto irracional o infantil de lesión carece de sentido —en el hoy y el aquí de la imputación jurídico-penal— como proyecto lesivo.

Hasta aquí sólo se ha presentado el aspecto más genérico de las consecuencias de una adecuada teoría de la imputación objetiva: el referido a ciertas formas básicas de la acción jurídico-penal. Quedan por considerar aun los contenidos específicos de lo ilícito que pueden ser formulados a partir de esta teoría de la imputación objetiva.

III

He dicho ya que el postulado básico de la teoría de la imputación objetiva suele ser presentado, como oposición al dogma causal, en términos que podrían ser los siguientes: La capacidad causal de una conducta con relación a un determinado resultado nada dice acerca de su desaprobación jurídica. Tampoco lo dice —debería agregarse— el hecho de que el autor conozca esa capacidad o pueda conocerla. En efecto, el juicio de disvalor (esto es, una conclusión prescriptiva) no podría nunca ser extraído —sin caer en la falacia naturalista— de premisas descriptivas (esto es, no normativas). Ésta no puede ser, pues, la objeción que da mérito a la teoría de la imputación objetiva, sino, en todo caso, la que lo dio a DAVID HUME al promediar el siglo XVIII —quien, naturalmente, no

[8] Cf. JAKOBS, "El concepto jurídico-penal de acción", en *Fundamentos del Derecho penal*, cit., pp. 96 y s.

criticaba la teoría del ilícito de VON LISZT, sino los sistemas de moralidad que objetaba en su *Tratado de la naturaleza humana*—.[9]

El exacto mérito de la imputación objetiva no es, en efecto, el recordatorio de la falacia naturalista indicada por HUME, sino el adecuado ataque a la premisa normativa de las doctrinas anteriores, a saber, en el ámbito de la comisión, que toda causación evitable de un resultado disvalioso constituye siempre una conducta jurídicamente disvaliosa. Aun asumida la plausibilidad de los juicios primarios de valor, la teoría de la imputación objetiva advierte que, si es que el Derecho penal debe cumplir una función social —de otro modo no se comprendería (¡ni se justificaría!) su diferenciación dentro del sistema sociedad—, las conclusiones normativas de las que vagamente denominé doctrinas anteriores son incorrectas. Y ello, precisamente porque prescinden, en sus juicios acerca de lo ilícito, de imprescindibles esquemas sociales de interpretación. En palabras de JAKOBS: "Si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, no se produciría ni se serviría alcohol, etc., y ello hasta el extremo de que a la hora de pagar sus deudas todo el mundo debería prestar atención a que el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión, la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares".[10] Así

[9] Cf. HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, versión castellana de DUQUE, Madrid, 1977, libro III, parte primera, en especial, pp. 689 y s.

[10] *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. de CANCIO MELIÁ, Madrid, 1996, pp. 95 y s.

reza, pues, su conclusión positiva: "Las garantías normativas que el Derecho establece no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles..., sino que adscriben a determinadas personas, que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción —y no a todas las personas—, determinados cometidos, es decir, aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos. De este modo, posibilitan una orientación en atención a patrones generales, sin necesidad de conocer las características individuales de la persona que actúa".[11]

Sintéticamente, el Derecho penal no comporta un mecanismo de resguardo de bienes, sino que con él se pretende el aseguramiento de expectativas normativas de conducta —definidas, a partir de la ley penal, más o menos vagamente y, muchas veces, por la mera referencia a la causación de un resultado— sin cuya seguridad la compleja interacción social requerida se vería, al menos, en problemas. Luego, de la desaprobación valorativa de un resultado considerado en sí —asumida, se insiste, su plausibilidad— no pueden extraerse conclusiones sin más ni más acerca de la desaprobación jurídica de conductas en una sociedad determinada. Para este juicio deben ingresar consideraciones referentes a la dinámica de la interacción social en una sociedad con estructuras normativas precisas. En términos ejemplificativos: así como la persecución penal con base en características raciales no debe tener lugar —límite normativo que todo jurista local afirmaría como obvio—, tampoco debe tenerlo la persecución penal de quien pone una causa de un resultado típico que no puede dis-

[11] Ibídem, pp. 96 y s.

tinguirse de un mundo plagado, en su propia definición, de riesgos en sentido cognitivo —p. ej.: el simple préstamo de una herramienta vulgar de libre circulación con la que se comete después un delito—.

En este aspecto, las bases de la imputación objetiva, así concebida, están anticipadas ya en el concepto de adecuación social del joven WELZEL —sin que esto implique negar la existencia de trabajos previos a los de WELZEL que, como los suyos, también constituyeron los "trabajos preparatorios" de la imputación objetiva.[12] Su contenido mínimo es, así, el obligar a una perspectiva social funcional en la extracción de un significado a partir de las desnudas descripciones legales. En términos prescriptivos: el significado de los contenidos del tipo penal sólo puede extraerse en su contexto social. Si no se eliminan de la literalidad del tipo los procesos socialmente adecuados, se corre el riesgo de una aplicación disfuncional del Derecho penal, contradictoria con las estructuras normativas que ordenan su dinámica.

Como en la adecuación social de WELZEL, con lo dicho hasta aquí sólo se han revelado los rasgos genéricos de los fundamentos de la teoría de la imputación objetiva, aún demasiado vagos —precisamente como la adecuación social welzeliana— para la resolución de casos problemáticos.

IV

La traslación de estos fundamentos al campo de la dogmática de la imputación jurídico-penal revela,

[12] Cf. JAKOBS, *El concepto jurídico-penal de acción*, p. 97; también CANCIO MELIA, "La teoría de la adecuación social en Welzel", en *Revista peruana de ciencias penales*, nº 3 (1994), pp. 29 y ss.

como primera consecuencia, en el ámbito de la comisión, algo que en el ámbito de la omisión es evidente: no toda causación evitable de un curso causal lesivo puede ser materia de imputación, así como no puede serlo toda omisión de evitación de un resultado lesivo por parte de quien es capaz de evitar. La consecuencia es, pues, brevemente, no sólo el autor de la omisión, sino también el de la comisión debe ser *garante* si es que ha de responder jurídico-penalmente.[13] A la necesidad de definición de estas competencias para responder, esto es, en definitiva, de lo ilícito a la luz del Derecho penal, responden los institutos dogmáticos de la teoría de la imputación objetiva. Sólo indicaré aquí, con afán enunciativo, el grupo central de ellos.

a) El presupuesto básico de la imputación objetiva con relación a que la vida social por definición entraña riesgos cuyo desencadenamiento no ha de ser ilícito, en la medida en que no puede prescindirse de la vida en sociedad, es sistematizado mediante el instituto del *riesgo permitido*. En su conformación y justificación, el riesgo permitido responde directamente al postulado de que la sociedad no es un mecanismo de protección de bienes, sino que es un contexto de interacción. Dado que no es posible la interacción sin la constante puesta en peligro de bienes —piénsese en el riesgo de transmisión de enfermedades que comporta un simple darse la mano, o el peligro de intoxicación oculto en la más trivial ingesta de ali-

[13] Cf. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurech-nungslehre (Lehrbuch)*, 2ª ed., Berlín-Nueva York, 1993, 7/58 (hay versión castellana de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO: *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1995).

mentos—, ciertos riesgos han de ser irremediablemente tolerados. De sus reglas debe desprenderse, pues, ese riesgo vital general, ubicuo e insoslayable, así como los riesgos que deben ser aceptados según la conformación de cada contexto específico. En este sentido último, se trata de la integración de los tipos penales con las reglamentaciones estatales para ámbitos especialmente peligrosos —el caso paradigmático es el del tráfico vial—, con las *leges artis* en los casos de actividades profesionales regladas de ese modo, o bien de la formulación de estándares de cuidado adecuados en los ámbitos no regulados.

b) En el universo propio del riesgo permitido se valora la conducta de quien individualmente determina la producción del resultado, sin consideración de los aportes de otros. Cuando el riesgo es administrado por varios intervinientes que acoplan o anudan sus aportes, las reglas del riesgo permitido deben ser completadas con otras. El primer grupo de ellas se desarrolla de la mano del instituto denominado *principio de confianza*. Con éstas se trata de determinar cuándo existe el deber de examinar la corrección de las conductas que se acoplan a las propias, o bien cuándo se puede confiar lícitamente en que ellas han sido llevadas a cabo adecuadamente, o que así se harán cuando acabe la propia. En los supuestos en los que existe un principio de confianza, es lícito obrar *como si* los otros intervinientes obraran de modo correcto, aun cuando de hecho no lo hagan. Especialmente problemática es aquí la cuestión de si se trata de una confianza contrafáctica fundada en la normatividad del Derecho y, en su caso, cuáles son sus límites. Personalmente, me inclino por darle ese carácter. Véaselo con el siguiente ejemplo: el conductor

de un vehículo se acerca a una bocacalle en la que él posee derecho de paso y ve que, por la calle transversal, se aproxima otro automóvil que llegará a la encrucijada en el mismo momento que él. Si el autor pretendiera resguardar sus bienes —y la acción transcurriese en Buenos Aires— debería frenar al llegar a la esquina y conciliar con el otro conductor, mediante rápidas señas, un modo de resolver el conflicto. Pero si ninguno de los dos reflexionara de ese modo, y ambos pretendieran imponer fácticamente su poder de paso, quien no tenía derecho de paso cargaría con la responsabilidad por la colisión, pues, por principio, la expectativa cognitiva acerca de que una norma jurídica será incumplida, aun cuando se funde en una enjundiosa experiencia, no resta valor obligante a dicha norma. Esto es así, precisamente porque el derecho, ya de por sí, manifiesta que el otro *debe* hacer honor a la confianza *normativa* que en él deposita, sin que quepan contraargumentos probabilísticos, pues las normas jurídicas se formulan de modo contrafáctico y su vigencia se desenvuelve en el plano del *deber ser*. El principio de confianza se anuda así al presupuesto básico de la imputación culpabilista: el hombre no sólo es capaz de cumplir con el derecho sino que, además, es su cometido procurarse buenos motivos para cumplir con sus normas. De otro modo, no habría lugar para esperar que cumpliera.

Si bien con esto no se decide aún el alcance del principio de confianza, sí se postula su regla básica: no se trata de un simple permiso para confiar en sentido cognitivo y, por tanto, del reconocimiento de que si el autor confió, confió bien, sino de la delimitación rígida de ámbitos individuales de responsabilidad en

razón de la capacidad que el derecho asigna al hombre. Por tanto, en el caso, si el autor, aun contra todo pronóstico de probabilidades, decidiera no frenar, su conducta sería lícita a pesar de que previera la segura intención del otro de tampoco detener su marcha.

La solución variaría —he aquí un límite posible del principio— si en el momento de la decisión acerca del paso, el autor advirtiera que el otro ha perdido ya definitivamente —cualquiera que sea la razón— la capacidad material de cumplir con su deber, pues sólo en tanto conserve esa capacidad merece la confianza de que no defraudará la expectativa de conducta que pesa sobre sus espaldas.

c) El segundo supuesto de intervención de varios individuos en la creación de un riesgo es el propio de la participación delictiva. Según se sostiene mayoritariamente, el fundamento de la imputación al partícipe se reduce al favorecimiento causal (material o psíquico) del hecho del autor: "La razón del castigo de la participación [enseña JESCHECK en la 4ª edición de su *Tratado*] radica en que el partícipe da lugar a una acción típica y antijurídica provocando el dolo respecto al hecho, o auxiliando a aquélla mediante el consejo o de forma material".[14] A esta altura debería resultar evidente que ése no puede ser el fundamento de lo de lo ilícito de la participación. El instituto de la *prohibición de regreso* comporta un intento de explicación del fundamento de lo ilícito de intervenir en un hecho ajeno, de modo consistente con los puntos de partida de la imputación objetiva. Considerada de modo amplio, la prohibición de regreso debería apor-

[14] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general (Tratado)*, 4ª ed., trad. de MANZANARES SAMANIEGO, Granada, 1993, § 64 I 2.

tar una teoría general de la participación que partiera desde la intervención lícita hacia la ilícita —y no a la inversa, como lo hace toda teoría de la participación que toma como base exclusiva la cocausación del partícipe—. Así podría introducirse a sus contenidos: cuando, además de cocausación, se da un presupuesto *x*, entonces hay imputación por participación. Si, aun habiendo cocausación, el presupuesto *x* no se da, entonces no hay lugar para la imputación por participación. Esa "ausencia de *x*" es lo que se denomina, en sentido estricto, *prohibición de regreso*.

Entendida de modo amplio, la prohibición de regreso no ha logrado aún la definición de estándares precisos.[15] Sin embargo, ha aportado reglas fructíferas respecto de los casos en los que el partícipe realiza una prestación estereotipada como socialmente adecuada. Ejemplos: el empleado de una estación de servicio llena el tanque de un automóvil inadecuado para participar en el tráfico; el taxista lleva a un individuo que, según se entera en el transcurso del viaje, cometerá un delito en el lugar de destino. En estos supuestos, el contenido de las prestaciones de los partícipes está estereotipado, por tanto, ni su autor ni el tercero lo configuran, sino que sólo lo desencadenan según su configuración preestablecida.[16] Estas conductas estereotipadas como socialmente adecuadas están configuradas con independencia del plan

[15] Cf. FERRANTE, "Materiales para la elaboración de una prohibición de regreso", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, nº 6 (1997), pp. 235 y ss.

[16] Cf. JAKOBS, "La prohibición de regreso en los delitos de resultado", en *Fundamentos del derecho penal*, cit., p. 165, nota 84; *vid.* también ídem, *Lehrbuch*, 24/18; ídem, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 163 y s.

delictivo del tercero autor y, por tanto, el aprovechamiento de ella por parte de éste no hace variar su significado, al menos en tanto la prestación se lleve a cabo tal como se prestaría en caso de absoluto desconocimiento del plan delictivo. Por tanto, en el caso del panadero que vende al homicida el pan en el que éste pondrá el veneno, el panadero sólo responde como partícipe si hace para el homicida un tipo de pan que no está en venta normalmente y que sólo puede servir para ocultar el veneno.[17]

Para este campo nuclear de la prohibición de regreso valen como fundamentación las siguientes palabras de JAKOBS: "Una sociedad que está necesitada de que se ofrezcan prestaciones estereotipadas, más aún, que requiere en general la existencia de condiciones estereotipadas del comportamiento social, no puede renunciar a una prohibición de regreso".[18]

d) Por último, en los delitos con víctima individual, es habitual que ésta también intervenga en la organización del riesgo. En todos los casos, la víctima al menos también condiciona el riesgo con su presencia. La determinación de los supuestos en los que es ella la que debe cargar con la responsabilidad por el riesgo, total o parcialmente, es objeto del instituto rotulado genéricamente *competencia de la víctima*. Las constelaciones de casos que deben caer bajo sus reglas comprenden los supuestos en los que en la producción de la lesión confluyen no sólo la conducta incorrecta del autor y los partícipes sino también la de la víctima; aquellos en que es sólo ésta la que se

[17] Ibídem.
[18] *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 109.

ha comportado de modo deficiente; o bien, por último, aquellos en que, ante la ausencia de desviaciones, es la víctima quien tiene que soportar el daño como desgracia.

V

En esta introducción he dejado de lado, hasta ahora, el aspecto de la imputación objetiva tradicionalmente más discutido: el de la imputación de resultados. Los institutos dogmáticos que acabo de enumerar abarcan el estudio de *un* ámbito de problemas comprendidos dentro de la imputación objetiva: el de la determinación del comportamiento no permitido. Los delitos de resultado, o mejor, la agravación de la pena por consumación, exigen un segundo juicio: se trata de la pregunta por si el resultado delictivo efectivamente producido (= la lesión de un bien) y causalmente ligado a un comportamiento no permitido, se fundamenta en ese comportamiento —esto es, resulta la concreción de *ese* riesgo desaprobado—, o bien acaece sólo con ocasión de ese ilícito.

Una adecuada comprensión de este ámbito de problemas exige advertir que el autor de una conducta no permitida impone, con ésta, a la víctima dos riesgos cualitativamente diversos: por un lado, el riesgo propio de lo ilícito de su conducta; y, por otro, el riesgo vital general que puede verse modificado como consecuencia de cualquier interacción. Sólo la concreción del primero es consumación en el sentido de la ley. La concreción del segundo es simplemente desgracia que deberá soportar la víctima —salvo el caso de que concurra otro riesgo desaprobado que, a su vez, plantearía la misma alternativa—. Nuevamente,

aquí lo determinante es la adecuada comprensión de las estructuras propias de la sociedad en la que la imputación se lleva a cabo, y su integración en los instrumentos de la teoría de la imputación. En efecto, la imputación de resultados depende del universo de lo planificable y de los riesgos (cognitivos) propios de los modelos de interacción válidos en esa sociedad.

Véaselo con ayuda del ejemplo trillado del camión y el ciclista: el conductor de un camión, al adelantarse al ciclista que circula por el borde de la carretera, no respeta la distancia de seguridad debida entre el camión y la bicicleta; el ciclista, que circula en estado de ebriedad —pero el conductor del camión no puede saberlo—, cae bajo las ruedas del camión y muere arrollado. La muerte del ciclista sería la concreción específica del riesgo desaprobado creado por el conductor sólo si la colisión se produjera como consecuencia de una reducción tal del espacio reservado al ciclista que los moderados zigzagueos planificables en la conducción de una bicicleta no pudieran tener lugar sin golpear contra el camión y si, en efecto, esto así sucede. Luego, si la colisión se produce como consecuencia de un exagerado desvío del ciclista provocado por su embriaguez, por su especial torpeza para el manejo, o bien por un desmesurado susto, la muerte se deberá o bien al descuido del ciclista respecto de sus deberes de autoprotección, o bien al riesgo propio del tránsito vial, el que no excluye la sorpresa de un adelantamiento.

Negar este fraccionamiento de los riesgos, como se lo hace, al menos en ciertos casos dudosos, de la mano de la doctrina de la *elevación del riesgo*,[19] supo-

[19] Cf., con referencias, JESCHECK, *Tratado*, § 55 II 2.

ne la negación de un riesgo vital ubicuo y, lleva, con ello, al *versari in re illicita*.

Con esto vuelvo al punto de partida: la imputación de resultados importa el resalto de un grupo de factores de entre todos aquellos que han condicionado la lesión y la asignación a ese grupo del carácter de causa determinante. Ese grupo de factores así destacado debe ser un comportamiento no permitido y, a su vez, haber condicionado causalmente la lesión ("los delitos de resultado obligan a un mínimo de naturalismo").[20] El resto del juicio —esto es, lo propio de la imputación de resultados— depende del modo en que la orientación con base en normas jurídicas se lleva a cabo en la sociedad. En la práctica dogmática ello se traduce en una compleja casuística de supuestos de riesgos concurrentes, según la cual, por ejemplo, quien sobrecondiciona un resultado no responde por consumación, tampoco quien sólo varía circunstancias acompañantes del riesgo que provoca la lesión, etcétera.[21]

Ahora bien, a diferencia de la perspectiva del juicio sobre lo ilícito de la conducta, la imputación de resultados —como todo juicio sobre la consumación— obliga a una perspectiva *ex post*, precisamente pues da por supuesta la causación y la intervención de una pluralidad de condiciones de ella, de entre las cuales debe distinguirse, como causa determinante, un riesgo desaprobado.

[20] JAKOBS, "Concurrencia de riesgos", en *Lecciones y Ensayos*, n° 54 (1990), p. 56, nota 4.

[21] Cf. CERLETTI, "La realización de riesgos prohibidos. Principios y sistematización de los criterios desarrollados por Günther Jakobs", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, n° 6* (1997), pp. 211 y ss.

Recientemente, sin embargo, SANCINETTI ha sostenido que las reglas propias de la imputación de resultados "puede[n] tener importancia para determinar ya los límites del dolo, en aquellos casos en que el autor reconoce, antes de desprenderse de su decisión de acción, la existencia de alguna circunstancia que eliminará 'objetivamente' la posibilidad de que se realice el riesgo".[22] Y concluye: "Llévese toda discusión posible sobre la realización del riesgo a la cabeza de un autor tan vidente que pudiera reconocer las peculiaridades del desarrollo del curso causal y se reflejará simultáneamente toda la discusión como problema de la primera categoría: ¿se está creando un riesgo no permitido?"[23] La observación es conceptualmente correcta. Véaselo mediante el siguiente ejemplo, burdo pero gráfico: el anfitrión convida a su invitado desmesuradamente glotón con bombones envenenados; el invitado muere por asfixia —y no envenenado— como consecuencia de su brutal modo de devorar los bombones. Evidentemente, en la muerte del glotón no se concreta lo no permitido de la conducta del anfitrión, esto es, el suministrar alimentos envenenados. Si el anfitrión fuera un descomunal autor omnisciente que pudiera prever con total seguridad racional la conducta del glotón, su proyecto de acción sería lícito, pues ya *ex ante* se vería condenado al fracaso. Pero si el anfitrión previera simplemente de modo razonable la voracidad de su invitado y su consecuencia —la muerte por asfixia—, su representación, en tanto que prognosis sobre hechos futuros

[22] *Subjetivismo e imputación objetiva*, Buenos Aires, 1997, pp. 99 y ss., p. 101.
[23] Ibidem, p. 104.

no enteramente dominables por él, dejaría necesariamente un margen en el que la muerte por envenenamiento debería ser aún posible. Luego, su proyecto sería ilícito. Diversos son los casos en los que el fundamento para la no imputación del resultado ya está presente en el momento en el que el autor obra, por ejemplo, ciertos supuestos de sobrecondicionamiento del resultado o de variación de circunstancias acompañantes. En éstos, en la medida en que el autor conozca que sobrecondiciona o que sólo altera de modo intrascendente un riesgo ya en curso, su obrar será lícito.

En resumen, si bien marginalmente las reglas de imputación de resultados pueden generar efectos con relación a la determinación de la conducta prohibida —esto es, al primer ámbito de problemas abarcados por la imputación objetiva—, ellas operan centralmente en la fundamentación de la responsabilidad por consumación y, por tanto, integran un juicio *ex post*.

VI

La discusión en torno de la teoría de la imputación objetiva, habitualmente perdida en el caos casuístico de la imputación de resultados, lleva a perder de vista su correcto significado y su valor en la formulación de herramientas dogmáticas para la imputación jurídico-penal. Fue mi objetivo, en esta presentación, orientar el debate hacia las vías que entiendo adecuadas, esbozando los que se afirman como los presupuestos fundamentales de la imputación objetiva y ciertas consecuencias para el análisis de casos penales. Así, he pretendido defender la ne-

cesidad de definición de un presupuesto objetivo en todo juicio de imputación; que ese presupuesto objetivo depende de las estructuras básicas de la sociedad en la que se lleva a cabo la imputación; y que, de los presupuestos de esta sociedad actual, se derivan consecuencias con relación a las formas generales de la acción jurídico-penalmente relevante, así como respecto de los contenidos específicos de lo ilícito. La observación de los desarrollos puntuales de una imputación objetiva así fundamentada —y que sólo enuncié brevemente— debe ser objeto de un estudio preciso y, por ello, no puede esperarse en el marco genérico al que obliga una introducción como ésta. Por último, fue mi pretensión destacar el reducido ámbito propio de la imputación de resultados, para delimitar así la esfera de las discusiones de soluciones marginales de la, menos acostumbrada, discusión de presupuestos fundamentales.

Marcelo A. Sancinetti*

Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva

* Universidad de Buenos Aires.

I. *¿Una "teoría" de la imputación objetiva?*

La "teoría" de la imputación objetiva no es propiamente *una teoría*, en el sentido de que configure un cuerpo armónico de proposiciones teóricas homogéneas.[1] Más bien es el nombre con el que hoy son aglutinados diversos principios delimitadores o correctivos de la *tipicidad* de una conducta punible, especialmente respecto de aquellas formas de conducta que la ley describe de modo *relativamente abierto*,[2] sin mencionar otra cosa que un acontecer lesivo causado por una acción humana, casos, por tanto, en los que la conducta típica sólo se identifica a través de la causación de un resultado: "matar a otro", "lesionarlo", "dañar una cosa ajena", "causar un in-

[1] Cf. STRUENSEE, "Acerca de la legitimación de la 'imputación objetiva' como categoría complementaria del tipo objetivo", en *El Derecho penal hoy, Homenaje al Prof. David Baigún*, Buenos Aires, 1995 (traducción de FABRIZIO GUARIGLIA, versión alemana inédita), pp. 251 y ss., esp. p. 254; en este punto coinciden también SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, en su estudio preliminar a la edición española del trabajo de JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal* (traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ, versión alemana inédita), Madrid, 1997, p. 21.

[2] Me valgo aquí de la contraposición de MICHAEL KÖHLER (*Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlín y otras, 1997), entre descripción "relativamente abierta" y "más bien cerrada" (lug. cit., p. 143): "...los tipos especiales definen siempre modalidades realmente posibles con una casualidad inmanente, de realizar determinado acontecer lesivo, sea en una versión *relativamente abierta* (p. ej., matar, dañar, etc.), sea en una concepción *más bien cerrada* (p. ej. sustraer)", (destacado por mí).

cendio", etc. Éstos son los corrientemente llamados "delitos de resultado", en los que lo decisivo no es *que haya efectivamente* un resultado, sino que la acción es definida de modo *indirecto* y *abierto*, en tanto tenga *la tendencia a la causación del resultado*. Brevemente: ¿cuándo se causa una muerte, una lesión, un daño, un incendio, en el *sentido* de la ley? Para aquellos tipos penales en que la conducta se describe, en cambio, mediante una concepción *más bien cerrada*, como tener acceso carnal por fuerza, falsificar un documento, librar un cheque sin fondos, sustraer una cosa ajena con ganzúa, etc., los criterios de la imputación objetiva apenas conservan una utilidad marginal.

Para poder formular estos criterios al modo de un principio homogéneo aglutinante es necesario encoger *tanto* su capacidad de rendimiento, que la definición resultante no informa prácticamente nada acerca del *contenido*. Esta formulación resumida reza aproximadamente: una acción está típicamente prohibida cuando constituye la creación de un riesgo reprobado y este riesgo se realiza efectivamente en el resultado.[3]

De todos modos, ni siquiera con esa parquedad la definición de "imputación objetiva" es totalmente correcta. Porque también una *tentativa* de producir un resultado satisface los requisitos de la tipicidad, y la *acción* en cuestión es en sí *la misma* que la del delito consumado. Por tanto, para identificar la acción de una tentativa hay que aplicar los mismos prin-

[3] Salvando detalles de la formulación, con esta definición mínima coinciden prácticamente todos los partidarios de la imputación objetiva. Al respecto, cf. JESCHECK/ WEIGEND, *AT*[5a], pp. 278, 286 y s.; JAKOBS, *AT*[2a], 7/35 y ss.; ROXIN, *AT*[2a], 11/41 y ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, previo al § 13, n[os] 91 y ss.; KÖHLER, *AT*, pp. 143 y ss.

cipios de la "imputación objetiva", aun cuando, ciertamente, falta la realización del riesgo en el resultado. Pero, entonces, lo común a toda forma de imputación objetiva, es decir, lo propio de "*la* teoría" —si es que ella ha de valer para todos los casos—, es el definir el comportamiento típico como *la creación de un riesgo reprobado.*

Esta fórmula de validez general de la "imputación objetiva" es tan estrecha, como paralelamente lo es el explicar las causas de justificación como "buenas razones para realizar el tipo";[4] ni con lo uno ni con lo otro se dice mucho acerca de qué es lo que está prohibido —cuál es el riesgo reprobado—, ni qué es lo que está justificado. Las concreciones vienen después, en tópicos diversos.

Por consiguiente, esa base aparentemente incolora es comprendida realmente sólo cuando se entra en los *detalles* de la *determinación* del riesgo reprobado: ¿Es un riesgo reprobado aquel en que su causante tiene *derecho a confiar* en que otro neutralizará el riesgo, por más que *sepa efectivamente* que quizá no lo haga ("principio de confianza")?; es decir: ¿puede ampararse un conductor en que él tenía prioridad de paso, aun cuando hubiera reconocido en el otro al atrevido del barrio que siempre cruza la bocacalle de modo peligroso?; ¿puede hacerlo aun cuando el afectado eventual sea un tercero? ¿Hay un riesgo permitido cuando el riesgo puede ser imputado a la víctima ("competencia de la víctima") o cuando se crea un riesgo que desde el punto de vista del rol que desempeña el causante es inocuo aunque sirva de vía para la co-

[4] Cf. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, pp. 520 y s.

misión de un delito por parte de otro ("prohibición de regreso")? Dicho de nuevo a modo de ejemplo: ¿tiene que responder el que colabora con una persona que se expone a sí misma a peligros excesivos, como llevarla en helicóptero para que se arroje al agua desde gran altura?; ¿tiene que responder el vendedor de una camioneta por el hecho terrorista que el comprador comete con ella, o esto es así sólo en el caso de que le haya sido encargado un acondicionamiento especial del vehículo para asegurar la eficacia del atentado, es decir, abandonando el mero rol de vendedor de mercancías?

Para el delito "consumado" —aun cuando esto tiene para mí menor significación— también tienen relevancia los detalles sobre la realización del riesgo: ¿se realiza el riesgo en casos de la llamada "desviación del curso causal" o cuando a un mismo resultado lesivo se habría llegado en caso de que el autor, en lugar de la conducta indebida, "hubiera realizado la conducta correcta" (la llamada "conducta alternativa conforme a derecho")?

En la discusión actual estas concreciones son de extrema complejidad. Sobre su contenido existen ya, en español, importantes obras, mientras que en lengua alemana el volumen de información es decididamente inabordable.

Desde la aparición de la versión castellana del *Lehrbuch* de JAKOBS[5] los juristas de lengua castellana tenemos a nuestro alcance la exposición más atrayente que se conoce de esta teoría. JAKOBS escribió

[5] *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. de JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid, 1995.

además —para su presentación en Colombia en 1994—[6] una interesante exposición simplificada de la teoría de la imputación objetiva, que ha tenido gran difusión.[7] Por otra parte, el colega de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, YESID REYES ALVARADO, ha publicado una extensa investigación sobre este tema, escrita junto a la compañía científica del profesor JAKOBS.[8] Por lo demás, está a punto de aparecer la tesis doctoral de MANUEL CANCIO MELIÁ[9] sobre el principio de responsabilidad de la víctima como excluyente de la imputación objetiva, la que seguramente será objeto de discusión durante mucho tiempo.

Los mencionados "puntos críticos" no pueden ser discutidos en sus detalles en una exposición de carácter general, como supuestamente se me pide. Pero, justamente porque la imputación objetiva no constituye una teoría uniforme, al mismo tiempo no es posible una exposición general sobre la imputación objetiva sin tratar detalles.

Para mi exposición escogeré, pues, algunos puntos que servirán también de confirmación de las tesis fundamentales sobre teoría del ilícito, que he desarro-

[6] *La imputación objetiva en Derecho penal* (Bogotá, 1994; Buenos Aires, 1996; Madrid, 1996 —trad. de MANUEL CANCIO MELIÁ; original alemán inédito—).

[7] Acerca de una toma de posición sobre este trabajo de JAKOBS, cf. SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal* (Bogotá, 1996; Buenos Aires, 1997), esp. cap. II *(La concepción subjetiva del ilícito en su relación con la teoría de la imputación objetiva)*, pp. 79 y ss. de la versión original colombiana, pp. 85 y ss. de la reedición argentina.

[8] REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, Bogotá, 1994.

[9] CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, tesis doctoral ante la Universidad Autónoma de Madrid.

llado en diversas investigaciones anteriores:[10] el ilícito penal se circunscribe al disvalor de la acción; la consumación es un producto casual del ilícito, un concepto vicioso, fuente de toda clase de malentendidos. Para demostrar esto, la teoría de la imputación objetiva —en contra de lo que creen sus partidarios— ofrece un importante arsenal de fundamentos.

II. *La derivación a partir de las teorías sobre la causalidad*

La teoría de la imputación objetiva surge primeramente como producto derivado de las discusiones sobre el concepto causal, y, por cierto, justamente en torno a los tipos penales cuyas descripciones de acción sólo se realizan de modo *indirecto*, mencionando la causación de un acontecer lesivo. Identificar *el nexo causal* entre la acción y el resultado era en su origen *el* problema central de la tipicidad.

Los primeros invitados de esta discusión fueron los cursos causales inadecuados. Si también los cursos normalmente corrientes e inocuos para la generalidad de los hombres estaban abarcados por el tipo, parecía actuar típicamente toda persona que produ-

[10] SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción — Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991; *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa — A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Bogotá, 1995 (*Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch — Zugleich eine Untersuchung der Unrechtslehre von Günther Jakobs*, trad. de CANCIO MELIÁ y otros, Colonia, entre otras, 1996); en versión simplificada, orientadas a la divulgación, mis trabajos: *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, Bogotá 1996; Buenos Aires, 1997; e *Ilícito personal y participación*, Buenos Aires, 1997.

jera el acontecer lesivo, aun cuando el curso causal fuera imprevisible. Ésta era la consecuencia de la *teoría de la equivalencia*: todas las condiciones son causa y toda acción que causa es típica. Frente a esto, surgió la *teoría de la adecuación*, según la cual sólo era causa aquella acción que desencadenara un curso causal *adecuado*, a partir de un riesgo previsible según el curso ordinario de las cosas. Esta vía procuraba *normativizar* el concepto causal en sí mismo, a tal punto de poder identificar —ya bajo un concepto *ad hoc* de causa— *cuál* era la conducta en definitiva adecuada al tipo. Dado que de todos modos no se podía negar que un curso causal inadecuado fuera en suma "un curso causal", la teoría de la adecuación devino en la *teoría de la relevancia típica*; ésta procuró tan sólo independizar el ingrediente normativo que la causalidad adecuada incorporaba al concepto causal, manteniendo separados el concepto de *causación*, por un lado, y el *sentido* o *alcance del tipo*, como problema normativo, por el otro.

Ésa es la primera herencia que recoge la teoría de la imputación objetiva.[11] En este primer plano de los "cursos inadecuados" puede ser vista tan sólo como una transfiguración de las teorías de la causalidad. Su mayor capacidad de rendimiento aparece en institutos ulteriores.

[11] Sobre esta evolución hasta mediados de los años '60, con una descripción excelente, cf. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, esp. pp. 19 y ss., *passim*. Entre nosotros no hubo ninguna exposición hasta el trabajo de HÉCTOR MARIO MAGARIÑOS, "Teoría de la imputación objetiva", en *Doctrina Penal*, año 12 (1989), pp. 651 y ss., que sirvió de base para el trabajo posterior; véase también CREUS, *Teoría de la imputación objetiva*, Universidad Nacional del Litoral, manuscrito, p. 28; cf. por todos REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, esp. pp. 8 y ss.

Los nombres de LARENZ[12] y HONIG[13] están ligados al inicio de esta posición. Con bases en la teoría de la imputación de Hegel, LARENZ intenta desvincular la adecuación de la causalidad: "En vez de causalidad 'adecuada' [dice LARENZ], la ciencia del Derecho debería exigir causalidad 'objetivamente imputable'".[14] La pregunta decisiva, según LARENZ, es la de "qué es lo que se puede atribuir al sujeto como su acción, de qué se lo puede hacer responsable...".[15] Cuando el resultado no es objetivamente previsible, el acontecer provocado por el comportamiento del causante no debe ser considerado como *su propio hecho*, sino como un *acontecimiento casual*,[16] mientras que la cuestión de si el autor concreto "ha previsto el resultado o ha podido preverlo con sus aptitudes individuales" es tan sólo un "problema de la imputación subjetiva"[17] (en el sentido de "culpabilidad"). HONIG emprende un camino similar. Él entiende que la tipicidad "crea el objeto de enjuiciamiento y, con ello, la base de la responsabilidad".[18] "Si la actuación de la voluntad no es típica, no existe absolutamente ninguna acción en el sentido que interesa al Derecho penal".[19] Tiene la palabra "el punto de vista normativo, no el naturalista".[20] En este contexto, HONIG trata un ejemplo que ya era cons-

[12] LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Philosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "Juristischen Kausalität"*, Leipzig, 1927.
[13] HONIG, "Kausalität und objektive Zurechnung", en: *Festgabe für Reinhard v. Frank*, t. I, Tubinga, 1930, pp. 174 y ss.
[14] LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 84.
[15] LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 51.
[16] LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 61.
[17] LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 95.
[18] HONIG, *Frank-Festgabe*, t. I, p. 195.
[19] HONIG, *Frank-Festgabe*, t. I, p. 195.
[20] HONIG, *Frank-Festgabe*, t. I, p. 195, n. 3.

tante en la discusión sobre la causalidad al menos desde 1865.[21] Se trata del llamado "caso de la tormenta", en que alguien manda a otro a un bosque durante una tempestad, con la esperanza de que sea alcanzado por un rayo, lo que efectivamente sucede.[22] El intento de provocar la muerte mediante la caída de un rayo, dice HONIG, no crea un riesgo mensurable de lesión del bien jurídico, falta aquí la "posibilidad objetiva de perseguir el resultado": "La conducta humana causante del resultado sólo es jurídicamente relevante [dice HONIG] si se la puede concebir como dispuesta finalmente con respecto a la producción o evitación del resultado. En consecuencia, sólo con la posibilidad objetiva de perseguir que ha de ser añadida a la causalidad hay base suficiente como para considerar jurídicamente significativa a la conducta hu-

[21] En una tesis doctoral que prepara actualmente un discípulo del Prof. Struensee, HENDRIK TIMMER, el doctorando informa —al compulsar los pasajes de autores que tratan este tema entre 1865 y 1900— de al menos catorce citas de los llamados casos "de la tormenta" y "del tío de la herencia", en doce autores: BÖHLAU (*GA*, 1865, p. 472); VON BAR (*Kausalzusammenhang*, 1871, p. 15); VON BURI (*Kausalität*, 1873, p. 15 y más tarde nuevamente, 1885, p. 28); MEYER (*Lehrbuch*, 1875, p. 187; *Strafrecht*, 1882, pp. 191 y s.); ORTMANN (*GA*, t. 24, 1876, p. 93); VON WÄCHTER (*Vorlesungen*, 1881, p. 231); HÄLSCHNER (*Strafrecht*, 1881, p. 231); GEYER (*Grundriß*, 1884, pp. 121 y s.); VON LISZT (*Lehrbuch*, 1884, p. 155); JANKA (*Osterr. Lehrbuch*, 1884, p. 94); MIRKMEYER (*Ursachenbegriff*, 1885, p. 51); KÖHLER (*Studien*, 1890, pp. 71, 83). Las respuestas de estos autores son correspondientes a las que se ofrecen hoy, a saber: no hay una producción conforme a una ley o a una ley dominable; correspondencia a la regla de la vida; no se puede llegar a querer ese resultado —pues hace falta la consciencia de la probabilidad—; hay una acción de libre responsabilidad (de la víctima); hay casualidad (no hay un querer sino un desear); no hay una acción prohibida por la norma; no hay una condición esencial, etc. (El autor agradece aquí los datos aportados a este respecto por el colega E. STRUENSEE y el doctorando H. TIMMER.)

[22] HONIG, *Frank-Festgabe*, t. I, p. 186.

mana".[23] Esta *posibilidad objetiva de perseguir el resultado* es, en HONIG, la clave para fijar el marco de la imputación objetiva.

Estas consecuencias no eran, en suma, muy distintas a las de la teoría de la adecuación, según la cual sólo caían bajo el tipo objetivo las relaciones causales apropiadas, conforme a la experiencia, y no las cadenas de cursos imprevisibles, improbables, que "quedan tan fuera de toda experiencia de la vida que el autor no tiene por qué contar con ellas".[24] Pronto se vio, con todo, que no se trataba solamente de dejar fuera del tipo los cursos causales inadecuados, a los que fuera irrazonable perseguir objetivamente, sino que también quedaban fuera del tipo los comportamientos por cierto peligrosos, pero propios del curso ordinario de la vida social. Así nace el concepto de "riesgo permitido", por lo demás, pariente cercano de la teoría de la adecuación social de WELZEL[25] y motor del cuestionamiento creciente del concepto de ilícito como lesión de un objeto de bien jurídico: "Si el Derecho quisiera prohibir todas las lesiones de bienes jurídicos como ilícito objetivo [decía WELZEL en 1939], quedaría paralizada instantáneamente toda vida so-

[23] HONIG, *Frank-Festgabe*, t. I, p. 188.

[24] Tomo aquí la formulación resumida con que actualmente presenta KÖHLER (*AT*, pp. 144) la teoría de la adecuación.

[25] WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*[11], Berlín, 1969, pp. 55 y ss. Sobre las relaciones entre la imputación objetiva y la adecuación social, cf. Cancio MELIÁ, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social — Teoría final de la acción e imputación objetiva*, Bogotá, 1994; del mismo autor, su versión alemana en *GA*, t. 142 (1995), pp. 179 y ss. Cf. también JAKOBS (*AT*[2a], 7/4b): "En particular, los institutos: riesgo permitido, principio de confianza, comisión referida a una posición de garante y prohibición de regreso son explicaciones de la adecuación social. Estos institutos se entrecruzan, de modo que la clasificación de algunos casos particulares puede resultar dudosa".

cial y tendríamos aquel mundo de museo dedicado únicamente a la contemplación".[26] Por ende, tanto los cursos inadecuados cuanto el riesgo permitido caían fuera del tipo.

III. *¿Ausencia de imputación objetiva vs. ausencia de dolo en los cursos inadecuados?*

Con todo, desde siempre fue un problema, tanto para la teoría de la causalidad adecuada como para la de la imputación objetiva, explicar cómo se formaba la *base de conocimiento* para emitir el juicio acerca del *grado de tendencia* de riesgo de determinado comportamiento. En concreto: ¿debe incluirse en la base de la apreciación del riesgo los conocimientos particulares del autor, eventualmente superiores a los de la generalidad? Con esta alternativa, todo podía desmoronarse.

Atiéndase a la siguiente curiosidad: junto a los restos de una pequeña fortaleza ubicada en la parte más alta de un bosque del barrio Zähringen, en la ciudad de Friburgo de Br., se puede leer un recordatorio que rinde homenaje a un teutón muerto en los años '60 por la abrupta caída de un rayo,* y, aun junto a ese mensaje, otro cartel advierte lo siguiente: "El ascenso a la torre ocurre a riesgo propio. En caso de acercarse una tormenta, se debe abando-

[26] WELZEL, "Studien zum System des Strafrechts", en *ZStW*, t. 58 (1939), pp. 491 y ss., esp. 516.

* El texto dice: "Hans Joachim..., teutón de Friburgo alcanzado por un rayo el 1° de agosto de 1965, en las ruinas de la fortaleza de Zähringen". Agradezco a ENRIQUE GARCÍA VITOR el haberme transmitido las citas exactas —ésta y la que sigue—, las que tanto me impresionaron hace algunos años, al conocer el lugar.

nar la cumbre". Tal curiosidad puede darle a casos de esta índole, llamados en general de "falta de conducibilidad del curso", otra perspectiva.

En efecto, que alguien envíe a otro en noche de tormenta a pasear por un bosque con la esperanza de que muera alcanzado por un rayo, en general no expone a la víctima a un riesgo mayor que los que genera la vida cotidiana; pero la misma acción, bajo ciertas condiciones —como en el bosque de Zähringen—, podría constituir un caso de riesgo reprobado. Para tratar el caso con pulcritud, hay que partir de la base de que la víctima, por alguna razón (enfermedad, minoridad, etc.), se halla a cargo de quien la envía al bosque o sabe menos que éste; de otro modo, si es una persona *plenamente responsable*, la exclusión de la imputación objetiva vendría dada por el "principio de autorresponsabilidad" ("competencia de la víctima"). El hecho de que bajo ciertas condiciones se puede responder *aun* por la muerte causada por la caída fulminante de un rayo, también es reconocido por los partidarios de la teoría de la imputación objetiva, cuando hacen la salvedad de que el riesgo deja de ser un riesgo general de la vida si *hay razones* para pensar que, en el caso concreto, existe un riesgo especial (reprobado). Ya el propio HONIG, en efecto, advertía que el caso de la caída del rayo debía ser resuelto en favor de la imputación, si se hubiera podido observar "que en esa época del año las tormentas pasaban por encima del monte, descargando allí sus rayos".[27] Hasta aquí, la solución puede parecer no problemática, en tanto las razones para reconocer

[27] HONIG, *Frank-Festgabe*, t. I, p. 186.

el peligro especial sean reconocibles por la generalidad. Pero también son imaginables casos en que ni la generalidad, ni ningún hombre prudente imaginable, supieran nada de la situación especial, en tanto que sólo el malévolo, por haber vivido, por ejemplo, más de treinta años en las cercanías, conociera la proclividad especial del monte a recibir descargas eléctricas.

Todas las teorías correctivas o restrictivas de la equivalencia de condiciones debieron hacer aquí, nuevamente, una ampliación del tipo, destruyendo, en apariencia, los límites objetivos, levantados con tanto esfuerzo.[28] Si el autor concreto posee conocimientos especiales que hacen razonable la aceptación de un riesgo reprobado, entonces, para él decae el riesgo objetivamente permitido. Ahora, debería resultar al menos curioso que una teoría se pretenda a sí misma como furibundamente *objetiva* al determinar los límites de la tipicidad, cuando lo hace bajo la condición resolutoria *subjetiva* de un conocimiento superior, distinto, del autor individual.

Esta problemática mantiene enfrentados hasta hoy a finalistas y partidarios de la imputación objetiva en un antagonismo que, en parte, se debe a malentendidos.

Comencemos por la configuración originaria del caso, es decir, sin "conocimientos especiales" del au-

[28] Incluso en SOLER se puede apreciar esta dificultad sistemática, cuando informa sobre las diversas teorías de la causalidad y propone su propia formulación de la "acción humana" conforme a tres principios, en los que el tercero reza: "Las relaciones conocidas por el imputado, son acción para el imputado" (*Derecho penal argentino*, t. I, § 24, IV, p. 303 de la 3ª ed., de 1963); cf. lug. cit., § 24, II, p. 299: "...es el conocimiento lo que nos hace autores: el que sabe más, puede más".

tor, evocando a WELZEL, para quien lo que falta en casos de no "dominabilidad del curso" es el dolo, no el tipo objetivo, porque, según él, "el dolo presupone que el autor se asigne una posibilidad de influir sobre el acontecer real",[29] aquello que "según el propio criterio del autor queda fuera de su posibilidad de influencia, podrá *esperarlo* o *desearlo* como encadenamiento casual con su acción, pero no *querer realizarlo*".[30] Contra esto replica ROXIN que, "...ésa no es una fundamentación convincente: pues es indiscutible [dice él] que el autor quiere subjetivamente exactamente aquello que ha producido objetivamente; el planeamiento y el curso real se corresponden".[31] "Si nosotros [completa] "también consideramos incorrecto un castigo, ello reside ante todo en la casualidad objetiva del suceso. Sólo porque juzgamos que una causación de la muerte puramente casual no es ya objetivamente un acto de matar en el sentido jurídico, es que el dolo dirigido a ello no es un dolo de homicidio, sino uno dirigido a algo impune".[32] Ahora bien, en el caso paralelo en que un sujeto induce a otro a viajar en avión, ROXIN da la misma solución, a excepción de que el autor *reconozca un riesgo especial*: "Dado que este conocimiento especial debe adscribirse también al juzgador inteligente, él habría juzgado el viaje como muy peligroso. Consecuentemente, *A* ha puesto una condición adecuada, y puede ser castigado, dado el caso, por homicidio doloso".[33] Aquí cae-

[29] WELZEL, *Strafrecht*[11a], p. 66.
[30] WELZEL, *Strafrecht*[11a], p. 66.
[31] ROXIN, *AT*[2a], 11/32.
[32] ROXIN, *AT*[2a], 11/32.
[33] ROXIN, *AT*[2a], 11/32. STRUENSEE (*Homenaje a Baigún*, cit., p. 263) hace mención de una variación paralela de ROXIN al caso de la tormenta

mos de nuevo en la aparente imposibilidad de salir de un círculo. En los riesgos inadecuados faltaría la imputación objetiva, pero si el autor sabe de la adecuación del riesgo en el caso concreto, la imputación objetiva vuelve a subordinarse al dolo: un círculo, ante el que ROXIN se tranquiliza con sólo hablar de "lo subjetivo en la imputación objetiva".[34] Pero "lo subjetivo" tiene que estar en la imputación *subjetiva*.

Esto ha motivado una nueva intervención de STRUENSEE en una discusión ya inagotable, en su contribución al reciente homenaje a BAIGÚN. STRUENSEE critica a ROXIN con extrema agudeza, para refirmar la consecuencia de que, en el caso base en que el autor no tiene ningún dato especial acerca de la frecuencia de la caída de rayos en ese lugar, de todos modos se trata siempre de la falta de dolo, y no de la de un tipo objetivo supuestamente enriquecido. Él concede que la argumentación de WELZEL, ARMIN KAUFMANN y HIRSCH, en esta misma dirección, no es suficientemente clara.

—leída en una ponencia en Palma de Mallorca—, que STRUENSEE lamenta no encontrar en el *Lehrbuch* de ROXIN, ni en el artículo de éste en el *Homenaje a la memoria de Armin Kaufmann*: "En la medida en que, por el contrario, reformemos el caso, de modo que el rayo caiga frecuentemente en un lugar expuesto por causa de circunstancias físicas determinadas, y que el autor en conocimiento de estos hechos envíe a su víctima ignorante al lugar peligroso, para matarla de este modo, si el resultado se realiza, se ha dado un homicidio consumado. Puesto que aquí el autor ha creado un riesgo de muerte estadísticamente relevante, y este riesgo también se ha realizado en el resultado. En esta flexión de los hechos se debe, por lo tanto, aceptar una acción de homicidio" (ROXIN, de la ponencia cit. por STRUENSEE). Pero el caso de quien tiene el conocimiento especial en el "viaje en avión" ("tío al que se heredará", antiguamente formulado como "viaje en tren") —v. arriba, en el texto— y el "de la tormenta" tienen la misma estructura.

[34] ROXIN, en "Chengchi Law Review", vol. 50 (1994), p. 232, cit. por STRUENSEE (*Homenaje a Baigún*, cit., p. 252).

El dolo falta, según la fundamentación de STRUENSEE, porque un vago e insustanciado pronóstico —insustanciado en el sentido de "incompleto"[35]— no es suficiente para el dolo: "... el dolo sólo está presente [dice STRUENSEE] en un pronóstico sobre el curso causal suficientemente sustanciado por el conocimiento de circunstancias que justifican la aceptación de causalidad; si él falta, el autor actúa en desconocimiento de circunstancias semejantes: se encuentra en un error de tipo".[36]

Con esto, sin embargo, STRUENSEE parece trazar un círculo de dirección opuesta. Porque, si el dolo no es más que la representación del tipo objetivo, y, sin embargo, debe cumplir con el requisito de la "completividad", ¿en qué lugar está la "completividad" a la que debe referirse el dolo, si no es en el tipo objetivo? Cierto es que se podría contestar sencillamente: la relación causal como tal *siempre* "está completa", y, por ende, para el requisito de la "completividad" del tipo objetivo no hace falta una teoría de la imputación objetiva, sino que basta con el concepto causal.

Pero esto no puede ser verdad sin más ni más. Porque si un autor se representa, por razones pura-

[35] Tal como explica el traductor del trabajo de STRUENSEE (GUARIGLIA, lug. cit., p. 264, n. del t.), el adjetivo "sustanciado" se utiliza allí en el sentido del requisito procesal del Derecho alemán de que un escrito de demanda debe ser suficientemente "completo" ("sustanciado"), respecto de los hechos en que se funda.

[36] STRUENSEE, *Homenaje a Baigún*, cit., p. 264. Y agrega: "Podrá parecer extraño que aquel que pretende un resultado (típico) y también lo alcanza por el camino representado, deba actuar con un error de tipo. Pero esta rareza resulta sólo de que se pierde de vista la necesidad de una suficiente concretización o sustanciación del dolo en relación con el camino hacia el resultado".

mente casuales —como el haberlo soñado en su descanso—, que un rayo caerá justamente sobre la parte más alta de un monte, con inclinación N.O.-S.E., a las 20 hs. del sábado de gloria por causa de un huracán desconocido, y en razón *de ello* manda a su enemigo al lugar indicado, que casualmente muere fulminado en esas condiciones durante la tempestad, el autor tendría una representación "en sí completa" del curso causal. Si aun así esto *no* es una representación típica, es decir, si de todos modos este "ánimo" no cumple el tipo subjetivo, tendrá que ser porque el sentido del tipo objetivo —correctamente interpretado—, exigirá "buenas razones" para que la suposición de que *caerá un rayo en tal parte* constituya realmente el tipo subjetivo. Estas "buenas razones" (la completividad) se hallan en el tipo objetivo, y son objeto de la *"teoría" de la imputación objetiva*, es decir, que ella proporciona los criterios para establecer si una determinada representación del autor ya es suficiente para el tipo subjetivo, o sea, si el autor ya se ha representado un "tipo objetivo". Para el caso-base de la tormenta —*sin* conocimientos especiales— la teoría de la imputación objetiva dice que no, con formulaciones diversas, como la falta de dominabilidad racional del curso, el riesgo general de la vida, la imposibilidad de planificar la evitación de riesgos de esta clase, etcétera.

Con esta explicación, sin embargo, queda oculto que el tipo objetivo cumple en verdad *dos* funciones totalmente distintas que normalmente son confundidas.[37]

[37] He tratado ya estas dos diversas funciones del tipo objetivo en SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 115 y ss. (ed. Bogotá), 122 y ss. (ed. Buenos Aires).

Una función del tipo objetivo es la de ser el marco de referencia del conocimiento del autor para que se pueda afirmar que obró con dolo (congruencia). Para esto hace falta un tipo objetivo fundamentado en "buenas razones"; si falta este fundamento, las "buenas razones" (una dimensión *ex ante*), la representación no será "racional", faltará el dolo y también el tipo objetivo *en su función de servir de juicio de valoración del objeto (subjetivo)*: "representación del autor". Sólo en *este* sentido el tipo objetivo es previo al tipo subjetivo, porque *lo define*.

La otra función del tipo objetivo es la de establecer si en el "mundo exterior" se dan luego las condiciones para tener al hecho como "objetivamente" consumado (la dimensión *ex post*). En los delitos dolosos, esta función carece de sentido si previamente no hay dolo (tentativa), porque únicamente lo tiene para aumentar la pena de la tentativa hasta la medida de la consumación, *si ya se sabe que hubo dolo (típico)*. Este aumento de pena *ex post facto* es, a mi juicio, arbitrario, a pesar de lo extendido del punto de vista opuesto. Pero, para quien acepte esta función *viciosa*, no hay duda de que el tipo objetivo, como tal, estará completamente *dado* si la víctima muere fulminada por un rayo, porque —*obj*etivamente— todo rayo que realmente caiga caerá por "buenas razones". En *este* segundo sentido, *no* falta la "imputación objetiva" en los cursos causales inadecuados; y, además, si concurre también el dolo, estará presente no *antes* que él, sino justamente *después*; porque *primero* habrá "buenas razones" y *después* caerá el rayo, o no. La expresión corriente de "*ya* falta el tipo objetivo" es, pues, completamente equívoca, porque sugiere que *si no se da el curso exterior* no puede haber imputación por dolo. Y, como se sabe, sí *puede* haberla.

Aun hoy sigue habiendo toda clase de malentendidos sobre los casos de falta de "dominabilidad". HIRSCH[38] acaba de rectificar en Buenos Aires su idea, coincidente con la de WELZEL, de que sólo falta el dolo. Ha concedido que esta opinión "ya indica, más bien, que existen déficit en el tipo objetivo, que se reflejan luego en lo subjetivo, en el hecho de que allí solamente es posible un desear".[39] "Por ello [ha dicho aquí hace muy poco] ... la crítica de la teoría de la imputación objetiva a la concepción tradicional parece justificada".[40] Por el contrario, en el reciente manual de KÖHLER se puede leer, para el caso paralelo del hemofílico que muere por una lesión leve, que el curso que sería atípico para quien desconociera la enfermedad de la víctima, es típico para quien lo conoce.[41] Hasta aquí es igual a ROXIN, pero agrega KÖHLER: "Si el autor no sabe nada de eso [sc., de la enfermedad especial de la víctima], decae por ello el dolo, no ya el tipo objetivo".[42]

¿Cómo se aclara todo esto? Se aclara así:

a) La imputación objetiva debe dar el marco para el tipo subjetivo.

b) Si el autor quiere alcanzar el resultado sólo mediante una representación que no excede el riesgo permitido, no creará un riesgo reprobado (primera función, previa y constitutiva, del tipo objetivo).

[38] HIRSCH, *Zur Lehre von der objetiven Zurechnung* (manuscrito, p. 4), conferencia pronunciada en las *Jornadas de Derecho Penal* organizadas por la Universidad de Belgrano, mayo de 1997.

[39] HIRSCH, ibídem.

[40] HIRSCH, ibídem.

[41] KÖHLER, *AT*, pp. 144.

[42] KÖHLER, ibídem.

c) Desde el punto de vista puramente *exterior*, sí se realiza el tipo objetivo cuando el rayo cae y mata a la víctima, porque, *ob*jetivamente, tiene que haber habido buenas razones (de la Física) para que cayera el rayo, sólo que si el autor las desconocía, falta el dolo (en la segunda función, la imputación objetiva está presente, sin estar acompañada por el dolo).

d) Si, al contrario, el autor tenía buenas razones para confiar en la caída del rayo justo en ese lugar y, sin embargo, el rayo no cayó, *habrá tentativa*: no faltará la imputación objetiva en su primera función (constitutiva), sino sólo en la segunda, ciertamente irrelevante.

Por tanto, ambos bandos de la discusión tienen la mitad de la razón: hay un problema de dolo, pero los criterios para su determinación están aportados por la teoría de la imputación objetiva. Se trata de la formulación concreta (completa) de la norma comprometida.[43]

IV. *Inexistencia de un tipo objetivo común al dolo y a la imprudencia (delimitación entre dolo e imprudencia)*

Si he comenzado —y casi concluido también— por el caso de la tormenta, no es por su importancia teórica —dado que existen problemas de "imputación

[43] Básicamente como aquí, con más detalle, SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 98 y ss. (ed. Bogotá) 104 y ss. (ed. Buenos Aires): "La necesidad de concretar la formulación de la norma", esp. p. 101 (p. 108): "Todos los problemas que participan de esta estructura tienen un defecto de imputación 'objetiva' sólo respecto de la norma insuficientemente formulada".

objetiva" mucho más interesantes—, sino que él, al igual que los demás casos de "falta de dominabilidad del curso", como también los de "desvío del curso causal", pone en el primer plano la pregunta acerca de si el tipo objetivo es el *mismo* para el hecho doloso que para el imprudente.

Vuelvo ahora al caso del rayo y reviso con más detalle mis conclusiones. De cualquier modo parece exagerado que ya sea razón suficiente para el dolo el saber que junto a la fortaleza hay un cartel que aconseja alejarse del lugar en caso de tormenta, al enviar allí, a pesar de eso, a una persona. Porque, para preguntarlo con la formulación debida a HONIG, ¿sería suficiente "posibilidad objetiva de perseguir" un resultado de muerte el manejar un curso causal con tan pocos datos objetivos, como la advertencia del cartel? ¿No serían necesarios "puntos de contacto" más intensos o especiales que la proclividad más o menos general del lugar a recibir descargas eléctricas. En concreto: ¿ya sería tentativa de homicidio enviar a una persona a pasear por el bosque de Zähringen cuando se avecina una tormenta? Creo que esta consecuencia sería desmedida. Por malas que sean las intenciones del autor, no puede haber dolo si el riesgo objetivo que él asume con "buenas razones" —por eso, riesgo *reprobado*— es así de difuso y, todavía, por ende, "abstracto". Como plan para exterminar a otro sería poco prometedor, si uno no domina *otros puntos de contacto*. Ello sugiere que la llamada "posibilidad objetiva de perseguir" podría ser la clave para identificar la imputación objetiva de un plan riesgoso *propia del delito doloso*.

Allí donde el lenguaje natural ya no permita describir el suceso con la frase de HONIG, a lo sumo cabrá

la posibilidad de imputar imprudencia. ¿Cómo es esto de una imputación objetiva válida sólo para responder por imprudencia? Es que, como plan para evitar peligros para la vida, ciertamente sería un comportamiento *razonable* el abandonar un lugar propicio a descargas eléctricas en noches de tormenta, porque, pasear por allí, si hay una indicación de cierto riesgo especial, supera el riesgo general de la vida. Esta razonabilidad en la orientación para eludir riesgos, la posibilidad de "dominar" no la causación (positivamente), pero sí (negativamente) "la evitación de riesgos conforme a un plan" —frase de JAKOBS, *justamente*, para identificar los riesgos relevantes—,[44] podría ser el *test* para admitir la imputación objetiva de un riesgo, que, sin embargo, no llegue a ser suficiente para la imputación por dolo.

Con esto se quiere decir que la distinción entre dolo e imprudencia ocurre "ya" en el tipo objetivo, no depende de un dato especial del tipo subjetivo. Subjetivamente sólo hace falta la *representación del riesgo*, pero del riesgo *característico del tipo*. En el caso del tipo doloso, hace falta que el suceso pueda ser descripto objetivamente como molde apto para perseguir el resultado, aunque de hecho el autor sólo asuma el riesgo de mala gana, es decir, *sin intención*. Mientras que si el molde objetivo del riesgo no es tan concreto como para esa descripción, pero todavía es suficiente para considerar objetivamente razonable "planificar la evitación de ese riesgo", entonces, ese riesgo, en tanto el autor haya conocido el síndrome que lo configuraba, será suficiente para la imprudencia; *pero sólo para la imprudencia*.

[44] JAKOBS, *AT*[2a], por ejemplo, en 7/79, 7/88, entre otros pasajes.

En pocas palabras: sería poco prometedor querer matar a otro enviándolo al bosque de Zähringen en noche de tormenta, pero sería prudente irse de allí para evitar una muerte bajo la tempestad. Entonces, no todo riesgo objetivamente imputable es suficiente para la imputación por dolo. Y, para esta conclusión, es irrelevante cuál haya sido *la intención* del autor: el riesgo será insuficiente para el dolo, aunque el autor actúe "a propósito".

De este modo, dejo sentada otra tesis. *Existe* un concepto unitario de ilícito propio de la teoría de la imputación objetiva, tal como lo sostienen sus defensores: todo ilícito es siempre *la creación de un riesgo reprobado*. Pero no es verdad que los riesgos imputables sean objetivamente iguales en el delito doloso y en el imprudente: pues mientras que para la imprudencia es suficiente con que el autor afronte un riesgo que sería razonable evitar, para el riesgo objetivo propio del hecho doloso hace falta, además, que el comportamiento riesgoso sea un modelo razonable para perseguir la producción del resultado. Brevemente: el tipo objetivo del delito doloso y el tipo objetivo del delito imprudente —o lo que es igual: las condiciones de riesgo propio de cada tipo— no son coincidentes.

Cierto es que JAKOBS rechaza expresamente la posibilidad de esta distinción en el tipo objetivo.[45] Pero a esta distinción debería llegar él una vez que, en

[45] JAKOBS, *AT*[2a], 8/29a, en contra de Herzberg, quien distingue dolo de imprudencia consciente según el *objeto* del conocimiento, es decir, la *clase* de peligro. En nota (8/n. 67a), acota JAKOBS: "no hay distinción alguna en el tipo objetivo..., sino en la *representación* del tipo objetivo".

consonancia con la tendencia de otros autores modernos, como FRISCH y PUPPE, ha rechazado[46] la necesidad de un componente volitivo del dolo que deba sumarse al elemento intelectual.[47] Pues, si para el dolo basta con conocer el riesgo típico —en el sentido de que el resultado no sea improbable—, ¿cómo podría haber imprudencia consciente, si no con relación a un riesgo *distinto*?[48] JAKOBS hace esfuerzos por explicar la imprudencia, de todos modos, puramente como un caso de error.[49] Pero este intento tiene que fracasar, porque el autor puede conocer todas las condiciones que convierten a la conducta en *reprobadamente riesgosa*, y seguir actuando *sin dolo*. Para quien no lo crea, doy nuevamente la palabra a JAKOBS: "Quien en el tránsito vial —*en conocimiento actual del riesgo de resultado*— sobrepasa moderadamente la velocidad máxima o la distancia de seguridad, etc., *a pesar de su conocimiento*, sólo tiene dolo de un tipo de peligro abstracto".[50] Pero, si puede haber conocimiento

[46] JAKOBS, *AT*[2a], 8/18 y ss., esp. 8/23.

[47] KÖHLER, en cambio (*AT*, pp. 163 y ss.), mantiene la idea tradicional de exigir un componente *volitivo* del dolo, distinto del *intelectual*. En el sentido de una delimitación del dolo en función del elemento intelectual, presentando la distinción con la imprudencia como problema de imputación objetiva, básicamente como aquí, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, pp. 145 y ss., esp. 197 y ss.

[48] Ni las explicaciones del *Lehrbuch* de JAKOBS, de puntos 9/3 y s. (sobre imprudencia consciente e inconsciente), ni las del punto 8/31 (sobre la habitualidad al riesgo) aclaran la cuestión. Si se puede aceptar lo siguiente: "... *no* se puede conformar una *imprudencia consciente (luxuria)* con un aspecto intelectual que sea idéntico al aspecto intelectual del dolo" (*AT*[2a], 9/3). Si bien esto es correcto, justamente lo es porque el objeto al que se refiere el elemento intelectual respectivo es distinto en cada caso.

[49] JAKOBS, *AT*[2a], 9/1: "Imprudencia es uno de los casos en que representación y realidad no se corresponden, por tanto, un caso de error...".

[50] JAKOBS, *AT*[2a], 8/32 (lo destacado es mío).

actual del riesgo sin que haya dolo de lesión, sino de peligro —*ergo*: o bien imprudencia, si se produce el resultado, o bien delito doloso de peligro abstracto, si lo hay en la ley—, es porque el riesgo reprobado del dolo *de lesión* es un riesgo *calificado* con relación al de la imprudencia, mientras que ésta abarca un primer escalón de riesgo reprobado, más todo el ámbito de riesgo propio del dolo, en los casos en que el autor sufre un error sobre la "entidad del riesgo".

Repárese, si no, en el caso —tan citado en los textos—, de la víctima que, después de haber sido herida por el autor, muere en un accidente durante el traslado al hospital en la marcha apresurada de una ambulancia. Este desvío del curso causal quiebra la relación de imputación objetiva, ciertamente, sólo con relación al riesgo de muerte "por disparo", porque, respecto del riesgo "necesidad de conducción endiablada", sí hay imputación. Justamente dice JAKOBS: "Las consecuencias de un viaje de salvamento temerario *justificado* o *disculpado* por estado de necesidad deben ser imputadas a aquel que ha hecho necesario el salvamento".[51] ¡Muy bien!, digo yo: son imputables, pero, ¿a título de dolo? Esto sería imposible, aun cuando el autor deseara el curso aventurado de una muerte posterior "por accidente automovilístico", porque —de nuevo— la concreción de ese riesgo ulterior no es "dominable" para el autor, no puede "ser perseguida objetivamente". Las consecuencias son imputables, pues, sólo por imprudencia.

Pero, entonces: no hay un riesgo *uniformemente reprobado* para el dolo y para la imprudencia. La

[51] JAKOBS, *AT*[2a], 7/n.131g, donde prosigue: "En tales casos, el autor, mediante *una* conducta, crea *varios* riesgos (además de la lesión, adicionalmente el de un viaje de salvamento...)".

distinción entre dolo e imprudencia depende precisamente de una pregunta propia de la imputación objetiva, no del tipo subjetivo, algo que JAKOBS rechaza expresamente, pero a costa de una inconsecuencia.

V. *Imputación objetiva y fundamentación subjetiva del ilícito: la medida del riesgo como medida del ilícito*

Con estas reflexiones he debido dejar de lado las discusiones hoy más relevantes en materia de imputación objetiva: principio de confianza, responsabilidad de la víctima, prohibición de regreso, tópicos todos que convergen en la necesidad de una posición de garante también en los delitos de comisión, es decir, no basta con la causación, ni siquiera mediante un riesgo adecuado, si la administración de ese riesgo no es asunto del autor. Aquí no queda tiempo para estos puntos.

Pero acaso haya margen para ocuparme del llamado "principio de la reducción del riesgo", el cual, desde tempranos trabajos de ROXIN,[52] fue erigido por él como un correctivo *más* de la imputación objetiva. En concreto: no haría falta recurrir al estado de necesidad *justificante*, sino que se daría ya un caso de *atipicidad*, cuando el autor reduce un riesgo ya desatado sobre un objeto.

Este principio conduce a *admitir* al menos en alguna medida la relevancia de los cursos causales hipotéticos, pues el curso que realmente *causa* es con-

[52] ROXIN, "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", en *Festschrift für Honig*, Gotinga, 1970, pp. 133 y ss., esp. 136; del mismo autor, recientemente, en *AT*[2a], 11/43 y ss., con otras referencias.

siderado atípico al compararlo con otro curso en marcha que, *ex ante*, era superior (o igual) al otro curso.[53] Gran parte de la argumentación de la obra de SAMSON,[54] sobre los cursos causales hipotéticos, fue desarrollada sobre la base de ejemplos y argumentos aislados de ROXIN, relativos a la reducción del riesgo. En la doctrina es poco frecuente que se le dé relevancia a los cursos hipotéticos —aunque sí se reconoce su inciden-

[53] El principio de la "disminución o reducción de un (mismo) riesgo" se complementa con una distinción del caso de la "sustitución de un riesgo por otro menor". Mientras que el primero da lugar a una causa de atipicidad, el segundo puede implicar, en su caso, justificación. (ROXIN, *AT*[2a], 11/43 y s.). "Naturalmente [dice ROXIN], en el caso concreto puede ser difícil delimitar entre atenuación de un mismo peligro y su sustitución por otro" (*AT*[2a], 11/43). Dejando por el momento de lado la cuestión relativa a cuándo es *disminuido un mismo riesgo* y cuándo es *sustituido por otro*, lo cierto es que el principio en sí no parece tener autonomía —tal como ha señalado DANIEL MORIN en nuestro seminario—, pues la acción tampoco es típica, para ROXIN, cuando el curso real *no empeora* la situación respecto del curso hipotético desplazado: "...Se excluye una imputación [dice también ROXIN] cuando el autor únicamente modifica una causalidad natural, sin empeorar la situación de la víctima en su totalidad" (*AT*[2a], 11/51). Por consiguiente, lo relevante no es *reducir* el riesgo existente, sino *no aumentarlo*, tal como surge de otro criterio más general de exclusión de la imputación objetiva de ROXIN, la llamada "falta de creación de un peligro" (*AT*[2a], 11/45): "Se debe rechazar, además, una imputación al tipo objetivo, allí donde el autor, si bien no atenúa el riesgo de una lesión del bien jurídico, tampoco lo ha aumentado de manera jurídicamente considerable" (ibídem). Cierto es que ROXIN trata aquí más bien el caso de los riesgos ubicuos o corrientes de la vida; pero el principio es tan general que puede absorber los dos restantes: quien no empeora la situación no realiza un hecho objetivamente imputable. El criterio algo más vago de JAKOBS (*AT*[2a], 7/14 y ss.) de la falta de imputación objetiva en casos de mera variación de condiciones dentro de un riesgo ya existente o de creación de condiciones acompañantes (concomitantes) contiene tanto el caso de reducción, como el de no empeoramiento. En el texto se argumenta de manera indiferenciada, dejando de lado todo problema de *delimitación*.

[54] SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, Francfort del Meno, 1972.

cia en la responsabilidad por omisión—; pero la importancia de los cursos hipotéticos suele asomar, aun en la comisión, a pesar de los intentos por disimularlo.

JAKOBS, por ejemplo, parece *terminante* en negarles todo efecto: *la cuestión de qué habría sucedido si... sería totalmente irrelevante.*[55] Pero esto no es verdad. No lo es, en primer lugar, porque, según JAKOBS, de todos modos los cursos hipotéticos deben ser computados en el ámbito de la medición de la pena, y, por cierto, llegando a analogar a la conducta causante de un resultado que de todos modos se habría producido sin ella, con un delito de *peligro abstracto* —o sea: como si *no hubiera creado un riesgo de resultado*[56]—. En segundo lugar, porque, ya en la propia definición de "imputación objetiva", JAKOBS admite que *no* son imputables las meras variaciones dentro de un riesgo ya existente,[57] para lo cual hace falta una pregunta por desenlaces hipotéticos. Aquel que, cuando la víctima va a comer la carne envenenada —ejemplifica JAKOBS—, la convence de comenzar mejor por la guarnición, también envenenada, no crea un riesgo reprobado: sólo pone una condición acompañante —dice JAKOBS—, modifica, de modo irrelevante, las circunstancias de un riesgo ya existente.[58]

[55] JAKOBS, *AT*[2a], 7/75, 7/90, y *passim*.

[56] JAKOBS, *AT*[2a], 7/75, 7/92 y ss. En razón de esta "semejanza con el peligro abstracto", para la que JAKOBS recomienda una fuerte reducción de la escala penal, DANIEL MORIN ha sostenido con razón en mi seminario de la Universidad de Buenos Aires, que no se entendería bien por qué habría que desconocer los cursos hipotéticos por temor de que el bien perdiera sus garantías normativas, si estas garantías podrían ser perdidas después sin ningún problema en el ámbito de la medición de la pena.

[57] JAKOBS, *AT*[2a], 7/14 y ss.

[58] JAKOBS, *AT*[2a], 7/16.

Esta causal de atipicidad halla límites tan borrosos en JAKOBS como en ROXIN, pero, en todo caso, *existe como tal*, y su capacidad de rendimiento es mucho mayor de lo que parece a primera vista.

Piénsese en esta variación de un ejemplo de SAMSON.[59] *A* arma una bomba de relojería que explotará a las 12 hs. Luego aparece *B* y, en el mismo reloj, instala otra bomba que explotará a las 12:10. Por alguna razón, el segundo mecanismo hace un falso contacto sobre el primer percutor, anulándolo, manteniéndose él mismo eficaz. Por ello no explota la primera bomba, sino la segunda: la víctima muere, pues, a las 12:10. Aquí, realmente, *B* ha mejorado la situación del bien jurídico; de no ser justamente *por su* acción, la víctima habría muerto *antes*. Si, al momento de actuar, *B no sabe nada* de la acción de *A*, comete tentativa —pues, aunque por pura casualidad, *falta* la consumación, debido a que *B* beneficia a la víctima—; pero, si *B conoce* la situación previa, no crea ya un riesgo reprobado. Si presuponemos que él no está en posición de garante, sólo cabría imputarle omisión simple, y, por cierto, con independencia de que haya puesto una segunda bomba, pues se imputaría no haber neutralizado el primer riesgo, y sólo presuponiendo que pudiera desactivar la primera bomba sin necesidad de colocar su propio mecanismo. De otro modo, ni siquiera habría omisión, por imposibilidad de impedir el resultado.

Lo que puede parecer insatisfactorio en esta solución, es que ni *A* ni *B* sean penados por "consumación": *B*, si responde, lo hará a lo sumo por tentativa,

[59] SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, pp. 165 y s.

mientras que el riesgo creado por *A*, en cualquier caso, no se ha realizado. Pero la insatisfacción proviene del vicio de atribuirle a la consumación un efecto incriminante propio ("extra"). Este efecto sobra: el ilícito alcanza su punto culminante con el acabamiento de la tentativa, se produzca el resultado o no.

Justamente si el análisis del caso es correcto, lo es porque, para la imputación, decide la situación *ex ante*, pues, *ex post*, *B* ha reemplazado, de hecho, la acción de *A* —hasta ese momento, una "mera" *tentativa*, luego definitivamente frustrada—, por un curso causal que en definitiva *logró el resultado*. Si una causación a la postre efectiva puede mejorar la situación respecto de un curso que quedó frustrado, es porque la consumación no puede agregarle ningún *plus* a una tentativa. En pocas palabras: el principio de la reducción del riesgo —o del no empeoramiento de la situación ya existente— presupone que la medida de un riesgo, para la teoría de la imputación objetiva, debe ser evaluada, definitivamente, *ex ante*, al momento de la acción. Pero una teoría que evalúa *ex ante* estos riesgos no puede proceder otras veces *ex post*, tal como sucede siempre que se aumenta la pena *por* "consumación". Eso habla de un sistema contradictorio e inseguro de sí mismo.[60] El tomar en cuenta la consumación efectiva es un resabio de pensamiento *naturalista*, que la teoría de la imputación objetiva todavía no ha logrado superar, pero que puede ha-

[60] Para un desarrollo más extenso de la contradicción que implica admitir el principio de la reducción o disminución *ex ante* de un riesgo ya existente como causa de atipicidad, por un lado, y reconocer, por otro, el efecto agravante de la consumación, cf. SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, esp. pp. 107 y ss. (ed. Bogotá), pp. 114 y ss. (ed. Buenos Aires).

cerlo perfectamente.[61] En suma: la tentativa acabada tiene que fijar *todo* el objeto del ilícito a juzgar. Aquí no puedo ocuparme de cómo se traduce esto a la dogmática de la imprudencia.[62]

[61] Es curioso que justamente en su trabajo específico sobre "concurrencia de riesgos", JAKOBS haya dejado deslizar la resignación de que los delitos de resultado "obligan, *por la misma definición de resultado*, a un mínimo de naturalismo" ("Risikokonkurrenz — Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht", en *Festschrift für Lackner*, 1987, pp. 53 y ss., esp. p. 56, n. 4; la bastardilla es mía). Ahora, ¿qué es lo que obliga a tener delitos *de resultado*? Si se prescinde del ingrediente "consumación", se elimina el naturalismo: sólo queda lo normativo.

[62] Se trata de la cuestión relativa a si también la punibilidad del delito imprudente puede ser desvinculada del concepto "consumación", de tal modo de ceñirse todo a la violación del deber de cuidado. Al respecto, en detalle, SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 135 y ss. (ed. Bogotá), 144 y ss. (ed. Buenos Aires). Sea resumido aquí lo siguiente: El carácter abierto de toda forma de prohibición que se refiere al comportamiento sólo a través de un "acontecer lesivo" (la "causación de un resultado"), unido al hecho de que en el delito imprudente el autor no tiene por qué representarse el resultado, sino sólo la situación riesgosa (el "síndrome de riesgo"), que a su vez encierra un peligro más remoto que el propio del hecho doloso, transforma al delito imprudente de resultado en un molde "doblemente abierto". Tal indeterminación del tipo tiene que ser compensada con una restricción, por razones de *proporcionalidad* y *oportunidad* ("oportunidad" no tiene aquí el sentido de "opuesto a *legalidad*", sino de relajamiento del principio retributivo, en cuyo sentido también el propio *nullum crimen sine lege* se funda en razones de oportunidad: no toda violación culpable del orden jurídico es penada). Tal fundamentación, que atribuye al resultado una función *no constitutiva*, permite relajar también la relación rígida que debería existir entre acción y resultado en caso contrario —es decir, si se considerara constitutiva del ilícito a la "consumación"—. Esto permite llegar a consecuencias similares a las de la llamada teoría de la "elevación o incremento del riesgo". Sólo que también la relación causal en sí (no sólo la "relación de *antijuridicidad*") puede estar en *duda* y ser razonabale la punición, presupuesto que exista el resultado. Esto implicaría concebir al delito imprudente como delito (doloso) *de peligro abstracto*, cuya punibilidad queda sujeta a una condición (producción del resultado), no necesariamente vinculada a la acción. Para llegar a un sistema de esta índole, sin embargo, sería necesario una previsión legal que

VI. *Proyecciones sobre la participación*

La atipicidad del caso de la segunda bomba se puede comprender fácilmente si uno explica la solución del siguiente modo: *B* no ha *creado el riesgo de muerte por explosión*, sino *diferido los efectos de una bomba ya existente*, al igual que si hubiera retrasado su detonador (o la hora) en 10 minutos.

Esto proyecta interesantes haces de luz sobre el ilícito de la participación, el cual —como es sabido— es *independiente*, a mi juicio, del ilícito del autor principal.

Si, en una variación del conocido caso de ENGISCH, en que *C* le pide a *A* y a *B* que le alcancen un bastón para golpear a *X*, nos imaginamos que *A ya le ha alcanzado* a *C* el bastón propio y, *luego*, *B* persuade a *C* de utilizar el suyo, *B* será sólo un cómplice aparente: no habrá empeorado en nada la situación de *X*, pues antes de su acción había un *autor armado, decidido a golpear*, y *después* de su acción el riesgo en ciernes se mantiene inalterado. También ROXIN debería llegar a la conclusión de que *B* no realiza un aporte típico, sobre todo si su bastón es menos macizo que el de *A*, porque, en ese caso, *B* habría *reducido* un riesgo ya existente. Y JAKOBS debería admitir —incluso en caso de igualdad de consistencia de los bastones— que no hay ninguna diferencia entre desplazar el envenenamiento de la carne a la guarnición y cambiar un bastón por otro; *ergo*: modificación irrelevante dentro de un riesgo ya existente.

---

permitiera tal "flexibilización". Acerca de un texto posible de Derecho positivo, cf. SANCINETTI, lug. cit., pp. 144 y s. (ed. Bogotá); 153 y s. (ed. Buenos Aires); sobre un "Modelo de legislación penal de orientación subjetivista", ídem, pp. 183 y ss., 193 y ss.

Ocurre entonces que *C* debería ser penado como autor único, *sin* cómplices, porque mientras que el aporte de *B* fue atípico, el de *A* fue cancelado por la acción de *B*. Y en el Derecho positivo vigente no existe punición autónoma por tentativa de complicidad. Si, además, *C* es sorpresivamente inimputable, la víctima se queda sin ninguna garantía normativa.

¿Cómo se resuelve esto? Muy fácil: reconociendo que el ilícito de un partícipe es un ilícito autónomo, que se define por la infracción a la norma del propio partícipe, no a través del ilícito del autor principal, que ciertamente puede *no* ocurrir: puede que *C*, en definitiva, no golpee a nadie. En cuanto uno entienda que el ilícito de un partícipe se define justamente por su propio aporte, comprenderá también que *A*, en el caso del ejemplo, debería responder, por haber abandonado al *azar* la posibilidad de una consumación por parte de *C*, con su propio bastón: armó a un autor antes inerme, decidido a golpear. *B*, en cambio, es consciente de que no altera en nada la situación.

A pesar de que esto es tan claro, JAKOBS supone que a partir de la teoría de la imputación objetiva se puede fundamentar todo lo contrario, que el ilícito de la participación es accesorio, y, por cierto, según una accesoriedad extrema, que presupone la culpabilidad del autor principal. Si no —dice—, no puede haber participación. Supone que a esta consecuencia se llega "aplicando consecuentemente la teoría de la imputación objetiva", cuyos "frutos ya maduros también aquí —dice él— caen del árbol prácticamente por su propio peso".[63]

[63] En el pasaje parcialmente transcripto (Prólogo a la edición española de *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1996, pp. 12 y ss.), JAKOBS está aludiendo más bien a su idea —que de suyo, puede

Que JAKOBS mira este árbol desde la perspectiva equivocada, sin embargo, lo demuestra del mejor modo un ejemplo que —como todos los suyos— ha formulado de modo impecable. Se trata del caso en que un sujeto ayuda a otro a defenderse de una agresión ilegítima, alcanzándole un cuchillo cuando habría bastado con alcanzarle un palo, que también estaba a su alcance. JAKOBS dice que la defensa si bien está *justificada* para el ejecutante, es *antijurídica* para el cómplice.[64] Pero, si es posible ser cómplice antijurídico de un autor que se defiende en legítima defensa —lo cual Jakobs explica en que la necesidad del medio empleado se juzga con relación a cada persona— es porque el ilícito de cada interviniente es *autónomo*. ¿Por qué habría que esperar, para penar al partícipe, el comienzo de ejecución de un autor principal que, si actúa, lo hará *justificadamente*?

---

ser correcta— de que la coautoría no debería requerir un "ponerse de acuerdo". El párrafo completo del que todo la cita del texto dice: "Hasta la fecha, el ámbito en el que goza de menor reconocimiento la teoría de la imputación objetiva es el de la participación; en este campo, la doctrina que sigue siendo ampliamente dominante cree poder operar con subjetivismos ('decisión común de realizar el hecho'). Sin embargo, aplicando consecuentemente la teoría de la imputación objetiva, también aquí los frutos ya maduros caen del árbol prácticamente por su propio peso". Pero JAKOBS suele presentar no sólo a esa, sino también a *toda* consecuencia extraída por él en el ámbito de la participación, como una derivación necesaria de la "imputación objetiva"; en este sentido, cf. su trabajo "Akzessorietät — Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation", en *GA*, 1996, pp. 254 y ss.

[64] Literalmente el párrafo de JAKOBS reza así: "Quien le alcanza un cuchillo a quien se defiende, para que repela la agresión, aunque también habría bastado con alcanzarle un palo (a disposición de quien presta la ayuda), participa en una defensa que ciertamente es conforme a derecho para el ejecutante, pero antijurídica para quien presta la ayuda" (JAKOBS, *AT*[2a], 11/60).

Los frutos de la imputación objetiva hablan, más bien, por tanto, de la *independencia del ilícito de la participación*.[65]

VII. ***Conclusiones***

Sean resumidas las conclusiones:

La idea de que la teoría de la imputación objetiva es incompatible con una concepción subjetiva del ilícito no es correcta. La misión de establecer los principios complementarios para la interpretación del tipo (objetivo) que le cabe a la "imputación objetiva" no dice nada acerca de si el ilícito está constituido por el dolo, la imprudencia, o, por ellos, *más* la realización del tipo objetivo en el mundo exterior.

De la correcta elaboración de los principios de la imputación objetiva, puede ser inferido lo siguiente:

a) al tipo objetivo (imputación objetiva) le caben *dos* funciones distintas: una consiste en ser el marco de *referencia del tipo subjetivo* (dolo, imprudencia); otra, en establecer los presupues-

[65] Para una consideración detallada del ilícito autónomo de la participación, cf. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, esp. pp. 741 y ss. (para la autonomía de la participación en sentido "externo"), pp. 759 y ss. (para la autonomía en sentido "interno"); véase también, con menor desarrollo, en *Fundamentación subjetiva del ilícito*, pp. 261 y ss. ("interna") y 264 y ss. ("externa") (*Subjektive Unrechtsbegründung*, pp. 289 y ss. y 292 y ss.); con argumentación en parte renovada, cf. *Ilícito personal y participación*, pp. 61 y ss., 67 y ss. Un argumento a añadir, respecto de lo que se dice en el texto y en los trabajos aquí citados, consiste en poner de manifiesto que el "momento del hecho" para juzgar la conducta del partícipe, a efectos de la no retroactividad de la ley penal más grave *(lex previa)*, es en JAKOBS, correctamente, el "de la ejecución de la acción [del respectivo interviniente (M.S.)], *sin tener en cuenta la accesoriedad de la coautoría ni la de la participación* (*AT*[2a], 4/53, el destacado es mío). (Debo este argumento a una observación de RICARDO ROSENTAL.)

tos fácticos que tienen que estar *realizados*, en el mundo exterior, para la *"consumación"* —que se vea a este concepto como constitutivo o prescindible es otra cuestión—;

b) no hay un tipo objetivo uniforme derivado de la teoría de la imputación objetiva, pero sí un concepto de *ilícito* uniforme: *la creación de un riesgo reprobado*;

c) el desnivel entre dolo e imprudencia depende de una diferente entidad de riesgo *ex ante*; es, pues, un problema a determinar *por la imputación objetiva*;

d) si ya se sabe que hay *dolo* o *imprudencia*, esta medida de riesgo determina también *la medida del ilícito*;

e) los cursos causales hipotéticos tienen que ser, al menos en alguna medida, *relevantes para el ilícito*;

f) el concepto "consumación", por eso mismo, no ofrece ninguna pauta, es *casualidad* y nada más, *no puede* ser alcanzado por la teoría de la imputación objetiva;

g) el ilícito del partícipe se determina al momento de crear las condiciones para la autoría, *no depende de la ejecución posterior*.

Manuel Cancio Meliá*

La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima ("imputación a la víctima")

* Universidad Autónoma de Madrid.

I. *Introducción*

1. No es frecuente que en el marco de reflexiones dentro de la teoría del delito la figura del sujeto lesionado por el hecho penal, la víctima, ocupe un papel destacado. Más bien, la víctima vive un papel marginal, confinada a una consideración puntual como "sujeto pasivo" o incluso como "objeto material" del delito. De hecho, es prácticamente un lugar común la afirmación de que el nacimiento del Derecho penal moderno se genera "con la neutralización de la víctima",[1] en el momento en el que la satisfacción del sujeto lesionado es sustituida por la retribución de un hecho injusto. Tal "neutralización" de la víctima ha progresado hasta el punto de que parece que puede describirse el conflicto que está en la base del hecho penal con total prescindencia de la figura del sujeto concretamente lesionado: "En materia penal siempre hay dos intereses rivales y contrapuestos: el de la sociedad, que tiene derecho de castigar, y el del acusado, que tiene el derecho de defenderse".[2] El ordenamiento jurídico-penal, se dice, es consecuencia de una evolución histórica que ha discurrido desde la reacción

[1] W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., Munich, 1990, p. 70 (= *Fundamentos del Derecho penal*, traducción [de la primera edición alemana, 1984] y notas de FRANCISCO MUÑOZ CONDE y LUIS ARROYO ZAPATERO, prólogo de FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1984).

[2] Así en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

privada de la víctima o de su grupo familiar, pasando por los pactos de paz de la Edad Media hasta llegar al monopolio en la imposición de penas y en el ejercicio de la violencia establecido a favor del Estado en la sociedad actual,[3] o, dicho de otro modo, el proceso de publificación del ordenamiento penal es al mismo tiempo una evolución de desvictimización.[4] Con independencia de que esa imagen —la de una "edad de oro" originaria de la víctima y de las soluciones de carácter privado en el marco de la reacción frente a agresiones, sustituida a lo largo de la historia por una marginación de la víctima y un creciente protagonismo del Estado— sea correcta en términos histórico-sociológicos,[5] parece que existe cierto consenso en

[3] *Vid.* sólo la exposición de NEUMANN, "Die Stellung des Opfers im Strafrecht", en: WINFRIED HASSEMER (ed.), *Strafrechtspolitik, Bedingungen der Strafrechtsreform*, Francfort del Meno, etc., 1987, pp. 225 y s., y desde la perspectiva de la criminología, por todos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 3ª ed., Valencia, 1996, pp. 38 y ss.

[4] MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Padua, 1988, p. 233.

[5] Se muestran críticos frente a esta interpretación, desde la perspectiva empírica, por ejemplo, MAWBY/WALKLATE, *Critical Victimology. International Perspectives*, Londres, etc., 1994, pp. 58 y ss., 62 y ss., 67 y s., para quienes un análisis de los sistemas de reacción "penal" de sociedades "primitivas" contemporáneas o pasadas, incluyendo los sistemas existentes en etapas históricas anteriores en las sociedades occidentales, parece indicar que los mecanismos de compensación "privados" (de los que se dice que otorgaban a la víctima una posición central) en realidad servían a la negociación entre determinados subgrupos sociales, siendo el interés dominante no la satisfacción de la víctima, sino el mantenimiento de la paz social dentro de la comunidad o de la situación de dominio de determinados grupos sociales: nada distinto de lo que se puede afirmar del Derecho penal moderno. Desde otro punto de vista —la teoría de la prevención general positiva—, establece un diagnóstico similar JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993 (= "El principio de culpabilidad" [traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ], en: *ADPCP* 1992, pp. 1051 a 1083), pp. 10 y ss.

torno a la idea de que la dogmática jurídico-penal no ha sido ajena a esta desatención hacia la figura de la víctima. En este sentido, se afirma que el Derecho penal tradicionalmente ha dispensado una atención tan sólo secundaria a la víctima,[6] incluso se dice que la "víctima del delito" ha llegado a ser "también una víctima de la dogmática de la teoría del delito".[7] 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

[6] TORÍO LÓPEZ, "Significación dogmática de la 'compensación de culpas' en Derecho penal", en: *Estudios en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, pp. 716 y s.

[7] ESER, "Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen", en: ULRICH IMMENGA *et al.* (ed.), *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, 1996, p. 1020.

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.

2. La problemática enunciada en último lugar —de la que se ocupan estas páginas—, la hipótesis de que en Derecho penal la conducta de la "víctima", de la persona lesionada por una conducta de otro, puede adquirir relevancia de algún modo en la producción de la lesión de sus propios bienes, y, concretamente, también en la valoración jurídico-penal del comportamiento del otro sujeto interviniente, del "autor", abre, en principio, un campo de una amplitud enorme. En numerosos supuestos, la contribución de la víctima parece irrelevante, al igual que muchas intervenciones del autor ya desde un principio carecen de significado delictivo. Desde el mero hecho de encontrarse la víctima en un determinado lugar en un determinado momento, siendo lesionada por el autor, hasta la ejecución por parte de la víctima de una autolesión a la que un tercero realiza alguna contribución menor, la "víctima" y el "autor" pueden jugar muchos papeles en el suceso, y en muchos casos estará claro que una u otra de las intervenciones —la de la víctima o la del autor— carece de toda relevancia jurídico-penal. Sin embargo, pueden hallarse con facilidad múltiples supuestos en los que la valoración de las conductas de autor y víctima no resulta unívoca, ni en el sentido de excluir la relevancia de una ni de otra: piénsese sólo en dos sujetos que emprenden conjuntamente una competición irregular de motocicletas sufriendo uno de ellos una caída, o en quien reabre una herida que otro le ha provocado sufriendo lesiones por la infección consiguiente, o en dos suje-

tos que mantienen relaciones sexuales siendo uno de ellos portador del virus causante de una peligrosa enfermedad.

3. Desde principios de los años noventa, en la doctrina jurídico-penal —sobre todo en la doctrina alemana— viene produciéndose la plasmación en varios estudios monográficos de una etapa de efervescencia doctrinal y jurisprudencial.[8] La discusión teórica, en este caso, no se debía a consideraciones académicas alejadas de los problemas de la práctica forense. Por el contrario, fue impulsada de modo decisivo por la aparición de supuestos concretos ante los tribunales. En efecto, el intenso debate al que se acaba de aludir se había iniciado sobre todo a partir del año 1984 con una sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán del 14 de febrero[9] —en el llamado

[8] Quizá las más relevantes en este período de tiempo sean las siguientes: FIEDLER, *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung - unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, Francfort del Meno, etc., 1990; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und "Opfer" bei riskantem Zusammenwirken*, Friburgo de Br., 1991; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlín, 1992; ZACZYK, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg, 1993. Más referencias próximamente en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, en prensa, §§ 4 a 7.

[9] *BGHSt* 32, pp. 262 a 267. Esta resolución fue saludada por ROXIN como un punto de inflexión en la evolución de la posición de la jurisprudencia (*vid. NStZ* 1984, p. 411; ídem, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2ª ed., Munich, 1994, 11/89: "cambio espectacular"); crítica con esta apreciación de ROXIN, sin embargo, WALTHER, (*Eigenverantwortlichkeit*, p. 15 con nota 38), para quien el cambio llegó en realidad en el momento en el que se aceptó por parte de la jurisprudencia la nueva línea doctrinal también para los supuestos de entrega de la sustancia

caso de la jeringuilla— en la que este tribunal constataba que la autorresponsabilidad de la víctima debía tenerse en cuenta en la valoración jurídico-penal de un suceso en el que ésta había intervenido. En el caso concreto, el tribunal —rompiendo así con su *praxis* anterior— absolvió de la acusación de homicidio imprudente al sujeto que le había proporcionado a un heroinómano una jeringuilla con la que inyectarse la sustancia estupefaciente que le produjo la muerte. Poco antes, en España, una sentencia del Tribunal Supremo, dictada el día 17 julio de 1990,[10] siendo ponente el magistrado Enrique Bacigalupo Zapater, y relativa a un supuesto próximo, había llamado la atención de la doctrina de modo muy especial.[11] Se trataba de un caso en el que con ocasión de un juego irresponsable con un arma de fuego, quien había retado al portador del arma a realizar un alarde de puntería, resultaba muerto al ser alcanzado por el disparo. En su sentencia, el TS llegó a una solu-

---

estupefaciente, aceptación que se produjo poco después (cfr. también W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, pp. 1 y s.).

Indica, por lo demás, la relevancia de la sentencia el hecho de que en uno de los grandes comentarios al *StGB* se haya afirmado que "en sus resultados, debe ser valorada sin reserva alguna como positiva" (CRAMER, en: LENCKNER/CRAMER/ESER/STREE, *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24ª ed., Munich, 1991, § 15 n.m. 156). En todo caso, hay pocas resoluciones de un tribunal que hayan merecido —más allá de un tratamiento muy destacado en las monografías sobre la materia y en los manuales y los tratados dedicados a la Parte General— tantos comentarios como esta sentencia: W. HASSEMER, *JuS*, 1984, p. 724; HORN, *JR*, 1984, pp. 513 y s.; KIENAPFEL, *JZ*, 1984, pp. 751 y s.; OTTO, *Jura*, 1984, pp. 536 y ss.; ROXIN, *NStZ*, 1984, pp. 411 y s.; DACH, *NStZ*, 1985, pp. 24 y s.; STREE, *JuS*, 1985, pp. 179 y ss.; cfr. también W. FRISCH, quien la toma como punto de partida para su monografía *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 1 y ss.

[10] Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi nº 6728.

[11] *Vid.* sólo el comentario de MIR PUIG, *ADPCP*, 1991, pp. 261 y ss.

ción —salomónica en lo material: se pronunció una condena por homicidio imprudente, pero atenuando la pena— en la que se discutían con inusual profundidad las últimas aportaciones de la literatura.

4. Desde un principio llama la atención —como antes se ha dicho— que pueden hallarse con facilidad múltiples supuestos en los que la valoración de las conductas de autor y víctima no resulta unívoca, ni en el sentido de excluir la relevancia de una ni de otra. Hay casos en los que incluso puede decirse que lo que está 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 lesionada. Esta problemática muestra una peculiaridad decisiva: se trata de introducir la figura de la víctima en el contexto de la valoración normativa del comportamiento del autor, especialmente, de determinar si la conducta de la víctima puede resultar relevante para constatar si siquiera existe una conducta típica. Ha de adoptarse, por lo tanto, una perspectiva que tenga en cuenta la interdependencia entre ambos sujetos. Es en este sentido que se trata de comprobar que haya, en realidad, "víctima" y "autor". Por ello, el término "víctima" se utiliza en el presente contexto en el discurso dogmático en muchas ocasiones en un sentido impropio —sencillamente, por razones de comodidad y economía—, como "persona lesionada", al igual que el término "autor" se usa en el sentido de "persona que ha intervenido en la lesión". Pues la determinación de que se trata en realidad de una "víctima", y, correlativamente, de un "autor", no es una mera constatación fáctica, sino un proceso de valoración que requiere un análisis previo que tenga en cuenta la

interdependencia existente entre las conductas de víctima y autor. Dicho de otro modo, constituye un problema jurídico-dogmático.

5. Realizando una primera ordenación del material de casos, puede decirse que en los últimos tiempos 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 quien lo ha recibido 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 los 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.[12]

[12] Cfr. referencias sobre supuestos enjuiciados ante tribunales españoles, alemanes, suizos y del círculo jurídico anglosajón en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, sobre todo §§ 1 II., 4 I., 6 I.

6. Tras un examen algo más detenido de las contribuciones más recientes a la discusión, pronto se alcanza la impresión de que lo que puede parecer una problemática lo suficientemente asentada como para ser objeto de un debate ya clarificado al menos en cuanto a sus aspectos básicos, en realidad oculta bajo esa apariencia una situación bastante distinta: la intensa discusión iniciada —como antes se ha dicho, sobre todo en la doctrina alemana—, sorprendentemente, no ha conducido a que se fijen siquiera las bases del debate. Por el contrario —como podrá observarse más adelante—, cabe constatar una enorme disparidad en las aproximaciones dogmáticas al problema, tanto en su ubicación sistemática, como en sus puntos de partida materiales, como, finalmente, también en los resultados alcanzados.

7. Una vez dibujado este elemental panorama del estado de la cuestión, queda también predeterminada la estructura de las reflexiones que deben realizarse para abordar el problema de la conducta de la víctima.

En primer lugar, resulta necesario —en atención a las inseguridades antes expresadas— explicitar con carácter previo algunas de las bases fundamentales en las que debe asentarse el tratamiento dogmático del problema. En este sentido, en primer lugar han de abordarse dos cuestiones preliminares, pero de importancia fundamental: la posible relevancia de la reacción del Derecho positivo frente a las conductas de auxilio al suicidio y la influencia en la teoría del tipo de la llamada teoría de la imputación objetiva (*infra* II).

En segundo lugar, dada la fragmentación de la discusión dogmática a la que acaba de aludirse, en el ánalisis crítico de los modelos existentes en la doctrina se impone un método de estudio que —prescindiendo de un desarrollo en atención a criterios cronológicos o fijado sobre todo en la unidad de la exposición de cada punto de vista individual— tome como punto de referencia las ideas fundamentales que conviven en las distintas aproximaciones dogmáticas (*infra* III).

Sólo después de esos dos pasos previos —en tercer lugar— puede acometerse el intento de una reconstrucción del régimen jurídico-penal de la intervención de la víctima (*infra* IV).

II. ***Algunos presupuestos del análisis***

Como acaba de decirse, en *primer lugar* ha de hacerse referencia a dos problemas previos a la problemática en sí, pero que requieren alguna consideración preliminar.

1. La primera de las cuestiones implica al mismo tiempo una delimitación del objeto de reflexión: se trata de esbozar la relevancia de las normas especiales del Derecho positivo, en particular las referidas a la intervención en un suicidio ajeno, para el problema general de imputación planteado. Como se habrá advertido por la formulación anterior, el punto de vista que aquí se sostiene es que estas normas son eso, normas especiales, es decir, de que no prejuzgan fuera de su ámbito de aplicación las soluciones a las que haya de llegar el sistema de imputación. Es ésta una convicción que probablemente es asumida por la

mayoría de quienes se han ocupado —sobre todo, en fechas más recientes— del problema que aquí interesa. Sin embargo, por un lado, lo cierto es que existen voces significativas en la doctrina —a las que se alude seguidamente— que quieren establecer una conexión entre la cuestión del suicidio y su respuesta normativa y la relevancia general de la conducta de la víctima. Por otro lado, la convicción más o menos amplia a la que antes se aludía no suele plasmarse en una formulación positiva de las diferencias que separan uno y otro sector.

a) Las posiciones doctrinales que quieren tomar como punto de referencia la regulación jurídico-positiva de la intervención en un suicidio para todo el ámbito de la intervención de la víctima pueden agruparse en torno a dos cuestiones: *en primer lugar*, se ha afirmado que la punición de la intervención en un suicidio ajeno demuestra que la vida es un bien jurídico indisponible, y que como consecuencia de ello, aún en supuestos en los que el titular del bien jurídico no lo quiere sacrificar, sino asume una conducta que lo pone en riesgo —dicho, de momento, de modo aproximativo—, esta conducta carece de relevancia respecto de la valoración del comportamiento de quien interviene en el hecho junto a ella:[13] en este sentido, dice, por ejemplo, TORÍO LÓPEZ respecto del consentimiento que

> "...el consentimiento expreso en una acción imprudente que ponga en peligro, y ulteriormente lesione, la vida de la víctima carecería jurídicamente de significación. En tal ho-

[13] Cfr. también las referencias en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, § 5 II. A. 1.

micidio culposo persistiría la responsabilidad jurídico-penal del autor."[14]

O, con una formulación más amplia, en palabras de CEREZO MIR:

> "El que el sujeto pasivo haya creado dolosamente el peligro para su vida... no permite excluir la imputación del resultado al sujeto activo... en un Código penal, como el nuestro, en el que se castiga (a diferencia de lo que sucede en el Código penal alemán) la inducción y auxilio (doloso, con dolo directo) al suicidio. *Estamos ante una decisión político-criminal implícita en nuestro Código* y que obliga a llegar a conclusiones distintas. En los supuestos de creación dolosa del peligro por otra persona, con el consentimiento de la víctima... es difícil admitir que no estén comprendidos en el ámbito de protección de la norma implícita en el homicidio culposo... cuando la vida no es en nuestro Código un bien jurídico disponible (como se deduce de la punición en el art. 409 del homicidio consentido)."[15]

Conforme a esta opinión, por tanto, todo el sector de comportamientos relacionados con el bien jurídico vida quedaría abarcado por la valoración expresada por el legislador al incriminar determinadas modalidades de intervención en un suicidio.

En *segundo lugar*, se ha estimado que la estructura de la incriminación de las modalidades de intervención en un suicidio debe ser el punto de partida también en otro plano: en el de la ejecución. Esta argumentación ha sido desarrollada en la doctrina alemana —si bien tiene relevancia para la española, ya que a pesar de la diferente situación jurídico-po-

[14] TORÍO LÓPEZ, LH Fernández Albor, p. 720.

[15] *Curso de Derecho Penal Español, Parte General I, Introducción. Teoría jurídica del delito/1*, 4ª ed., Madrid, 1994, p. 348 (sin cursiva en el original), en polémica con la doctrina de la "participación en una autopuesta en peligro" (*vid.* aquí *infra* III. 4).

sitiva divergente, han sido adoptadas por parte de algún sector sus consecuencias— sobre la base de la limitación de la punibilidad en el § 216 *StGB*[16] a la ejecución por parte del tercero: partiendo de la atipicidad de la autolesión/autopuesta en peligro se sostiene que también la participación en ésta ha de ser impune. Por el contrario, cuando la conducta del tercero sea de ejecución-autoría, se tratará, en principio, de un comportamiento punible.[17] También estas posturas,[18] como es evidente, parten de que esa regulación de la intervención en el suicidio de otra persona tiene algún tipo de relevancia general-material —el influjo político-criminal del que antes se hablaba— respecto de todo el ámbito de la intervención de la víctima.

[16] Este precepto dispone: § 216. "*Homicidio a petición.* 1) Si el autor ha sido determinado a realizar el homicidio por la petición expresa y seria de quien es muerto, se impondrá pena privativa de libertad de seis meses a cinco años. 2) La tentativa es punible."

[17] Se trata del así llamado "argumento de la participación", desarrollado por parte de la jurisprudencia alemana en dos pasos partiendo de la premisa del § 216 *StGB*: de la atipicidad del suicidio se deduce la impunidad de la participación dolosa en el suicidio (= § 216 y §§ 26 y ss. *StGB* [así ya *RGSt* 70, pp. 313 y ss., 315]) (cfr. por todos ya en contra de esta premisa Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 3 y s., 159: que no concurra un hecho principal, no siendo posible, por tanto, "participación", no dice nada acerca de la posible imputación a título de autor del comportamiento; en este mismo sentido Zaczyk, *Selbstverantwortung*, p. 7). De esto se deduce a su vez la impunidad de la participación imprudente en el suicidio (*BGHSt* 24, pp. 342 y ss., 344). Y esta posición finalmente se desarrolla en el sentido de sostener que también la participación en la autopuesta en peligro ha de ser impune (*BGHSt* 32, pp. 262 y ss., 265) (cfr. la exposición de esta argumentación en Otto, *Jura*, 1984, p. 537).

[18] Que han conducido —entre otros elementos— al desarrollo de la diferenciación de "auto" y "heteropuesta en peligro" como herramienta central para el tratamiento dogmático de la conducta de la víctima (*vid. infra* III.4).

b) La regulación de la intervención en un suicidio ajeno, sin embargo, no proyecta el influjo político-criminal que se le atribuye por parte del sector de la doctrina antes mencionado.

En *primer lugar*, es habitual señalar —adoptando el punto de vista subjetivo de la víctima— que en las situaciones de puesta en peligro "...conforme a los elementos que integran el concepto de suicidio, es evidente que no estamos ante una 'muerte voluntaria'. El que acepta la acción peligrosa no tiene 'voluntad de morir'."[19] Por otro lado, se dice —respecto del lado subjetivo del autor— que en el caso de las lesiones dolosas (también en la intervención en un suicidio), la "pretensión de respeto" de la vida se ve afectada de modo directo y básico, lo que no puede decirse en igual medida respecto de los "ataques" imprudentes a la vida.[20] Por lo tanto, parece evidente que —permítase la expresión— las situaciones de no-suicidio no pueden confundirse con las de suicidio ya en este plano de la actitud subjetiva de la víctima.

Sin embargo, el hecho de que las conductas en el ámbito del suicidio muestren una determinada configuración subjetiva que las permita distinguir de aquellos supuestos en los que la posterior víctima tan sólo cuenta con la posibilidad de su muerte sin desearla, o no la prevé siquiera, etc., no implica, en principio, que no pueda decirse que la existencia de las

[19] JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid, 1994, p. 205; *vid.* también, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP* 1987, p. 456 con nota 18; PORTILLA CONTRERAS, *CPC*, 1991, pp. 702 y s., nota 31, 724 y s.; LUZÓN PEÑA, "Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español", en: SANTIAGO MIR PUIG (ed.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, Barcelona, 1993, p. 15.

[20] *Vid.* WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 229 y s.; cfr. también, por ejemplo, OTTO, *JuS*, 1974, p. 710; ídem, *Jura*, 1984, p. 540.

normas incriminadoras demuestra la existencia de la decisión político-criminal de la que habla CEREZO MIR, y que ésta deba trasladarse a otros preceptos, como los delitos de homicidio. Lo que sucede es que, *en segundo lugar*, la diferencia entre unas y otras situaciones no se agota en el lado subjetivo de la víctima. Por el contrario, la intervención en un suicidio muestra características específicas en su significado objetivo, características que son la razón de su tipificación específica y que impiden la extensión de su *ratio* fuera de su ámbito concreto. Dicho de modo sintético, en el ámbito del suicidio se trata de una disposición sobre el bien jurídico vida[21] —en efecto: inter-

[21] Que el legislador, en un conflicto entre la autonomía del sujeto y la vida —u otros intereses colectivos— ha resuelto en el sentido de establecer una regla especial: en este caso, cede la autonomía, y la intervención en el ejercicio de autonomía ajena (suicidio), es constitutiva de un injusto penal. No se trata aquí, desde luego, de llevar a cabo un análisis de esta decisión del legislador —decisión que, como es sabido, ha recibido fuertes críticas—. Lo que está claro, desde la perspectiva aquí adoptada, es que se trata de una decisión excepcional, reflejada en una norma especial. A este respecto es de especial interés la interpretación que ha hecho W. HASSEMER del fenómeno —porque precisamente permite comprender el carácter excepcional de este ámbito—, dentro de su análisis de las aportaciones que pueden hacer a la comprensión de la teoría del delito (para HASSEMER, desde el prisma de la teoría del bien jurídico) las consideraciones psicoanalíticas individuales y colectivas (para HASSEMER: comunicación social normativa, el tabú; *vid. Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, reimpresión, Kronberg/Ts., 1975, pp. 160 y ss.). Desde el punto de vista de HASSEMER, en este contexto el fenómeno de la "muerte encubierta", la actitud insegura de la sociedad frente al fenómeno de la muerte (una tabuización) (op. cit., p. 186) queda evidenciado también en la decisión del ordenamiento jurídico en lo que se refiere al tratamiento jurídico-penal de la participación en un suicidio ajeno (op. cit., p. 187): la mencionada actitud insegura de la sociedad ante el fenómeno vida se refleja en la concepción del bien jurídico vida. A pesar de ser un bien jurídico individual, no es disponible. "Aquello que es 'vida' aparece para el Derecho penal bajo un punto de vista muy específico y restringido: el del final de

venir en la disposición está tipificado—, mientras que en el contexto de las puestas en peligro (el ámbito del no-suicidio del que antes se hablaba) el significado de la conducta —ya en términos objetivos, con independencia de que los intervinientes se representen la posibilidad de que se produzca la muerte— es muy distinto. En este otro ámbito, el suceso "viene determinado por la incertidumbre de los acontecimientos",[22] lo que le priva del significado de constituir una lesión-disposición del bien en el sentido de las normas que incriminan la intervención en un suicidio ajeno. Es por esta razón que la pretensión de deducir "de la imposibilidad de disponer de la propia vida la inadmisibilidad jurídica o moral de exponer a riesgos la propia vida" es "tan equivocada como la equiparación del suicidio a la participación en una escalada alpina arriesgada".[23] Lo dicho queda expresado con toda claridad en la siguiente argumentación de MIR PUIG en relación con los límites del consentimiento:

---

la vida, la lesión de la vida... Lo que significa la destrucción de su reloj para una persona determinada puede averiguarse. Lo que significa su muerte 'para él', no es susceptible de ser averiguado... El 'daño' que significa la lesión de la vida queda oculto, el ser humano muerto es el sujeto ajeno absoluto" (ibidem). Por ello, el Derecho penal se niega a entrar en una discusión acerca de qué vida tiene sentido (op. cit., p. 188); mientras en la comunicación social la muerte aparezca como "fenómeno oculto" —y así sucede en la actualidad (op. cit., pp. 188 y s.)—, el ordenamiento no podrá aceptar que exista una renuncia válida (op. cit., p. 189). Como muestran estas consideraciones, el punto de referencia de toda la cuestión es la asunción por parte del suicida de la destrucción de su propia vida, un fenómeno de difícil comprensión en el plano social: precisamente, un fenómeno que sólo existe en las conductas de auto*destrucción*.

[22] ZACZYK, *Selbstverantwortung*, p. 51.

[23] SCHAFFSTEIN, "Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten", en: GÜNTER STRATENWERTH *et al.* (ed.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlín, etc., 1974, p. 571.

"En cualquier caso, la ineficacia eximente del consentimiento en la conducta voluntaria de matar no implica lógicamente que deba ser igualmente ineficaz el consentimiento en la conducta que pone en peligro imprudentemente la vida. Es éste un comportamiento socialmente mucho más tolerable que el primero. Toda la vida social está impregnada de actividades peligrosas que se estiman lícitas por la ampliación que suponen de la esfera de posibilidades del individuo en orden a configurar su vida. No se trata aquí de que pueda estimarse positivo que el hombre renuncie a su vida, porque no es eso lo que se piensa cuando se valora positivamente el riesgo, sino que dicho riesgo abre *posibilidades de vida*. Ante la *incerteza* de la muerte, puede apostarse por su no producción. La situación es distinta ante una acción voluntaria de matar [...] El planteamiento expuesto conduce, pues, a considerar que para una sociedad basada en la libertad resulte positivo y obligado incluso constitucionalmente no obstaculizar la posibilidad de elegir libremente poner en peligro la propia vida, aunque sea exponiéndose a una conducta imprudente de otra persona..." [24]

En efecto, lo que queda claro es que en ningún caso puede sostenerse que exista una protección omnicomprensiva del bien jurídico vida frente a las conductas de su propio titular (con intervención de otro). Sólo aquellas conductas que se presenten como de *disposición* entrarán en el ámbito de las normas especiales.

Como ya se habrá advertido, pueden presentarse, sin embargo, problemas de *delimitación*. En efecto, ¿cuándo la conducta deja de ser una "puesta en peligro" y empieza a configurarse como un suicidio? Lo cierto es que en este ámbito existe una curiosa "zona gris" en la argumentación,[25]

[24] MIR PUIG, *ADPCP*, 1991, pp. 266 y s., sin cursiva en el original.

[25] En palabras de OTTO, "Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung", en: HANS-HEINRICH JESCHECK/THEO VOGLER (ed.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*, Berlín/Nueva York, 1989, p. 169.

que no se puede despejar sin más con una referencia a la perspectiva subjetiva de quién se pone en peligro o de quien interviene junto a él. En efecto, existen supuestos en los que la proximidad de la muerte es palmaria, y que no son, sin embargo, de modo claro casos de suicidio.[26] Así, mientras BAJO FERNÁNDEZ, por ejemplo, ha afirmado que la negativa a recibir una transfusión de sangre no constituye una conducta de suicidio,[27] para otros autores ha de llegarse a una calificación positiva en este sentido en supuestos de esta índole.[28] Desde la perspectiva aquí adoptada, como se acaba de decir, el criterio de diferenciación no puede ser el de la actitud subjetiva de los intervinientes. En efecto, el torero escrupuloso puede pensar antes de cada corrida que ésta

[26] Aunque parece claro que no es éste un problema práctico importante —de hecho, estas situaciones intermedias han sido tratadas por la doctrina desde otras perspectivas (sobre todo, de la licitud o no de intervenciones salvadoras en contra de la voluntad de quien lleva a cabo la actividad; *vid.* sólo los trabajos de BAJO FERNÁNDEZ, DÍEZ RIPOLLÉS y LUZÓN PEÑA citados en las dos notas siguientes)—, cabe imaginar supuestos en los que sea de interés para el ámbito que aquí importa esta "zona gris": ¿hay aún un supuesto de no-suicidio (o, por el contrario, ya un auxilio al suicidio) en el caso de quien ayuda a otro a realizar un experimento consistente en estar un tiempo prolongado sin ingerir líquidos?; ¿o en quien juega a la ruleta rusa?, etcétera.

[27] *Vid. ADPCP*, 1979, p. 498: "Esta actitud ni psicológica ni jurídicamente puede calificarse de suicida. Sólo una cierta insensibilidad a las opiniones no comunes mantenidas por sectores sociales minoritarios puede explicar que se califique de suicida al Testigo de Jehová que se niega a las transfusiones de sangre y no a los participantes en competiciones o espectáculos peligrosos (encierros o corridas de toros, automovilismo, boxeo, circo, etc.)"; cfr. también ídem, *CPC* 1985, pp. 132, nota 6, 134 con nota 10; ídem, *Manual de Derecho penal (Parte Especial I). Delitos contra las personas*, 2ª edición, Madrid, 1991, p. 90, nota 17; ídem, *CPC* 1993, pp. 722 y s.

[28] *Vid.*, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, *CPC*, 1986, pp. 608 y ss., 610, sobre todo en relación con la huelga de hambre; desde una perspectiva general, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, p. 457; una ulterior diferenciación —curso natural de la enfermedad en el caso de la negativa a transfusión, por lo tanto, no procede la calificación de suicidio; curso no natural en la huelga de hambre (al negarse el sujeto a ingerir alimento), por lo tanto, sí se podría calificar de suicidio— ha propuesto LUZÓN PEÑA, *REP*, 1987, pp. 52 y s.

va a ser la última, y asumir conscientemente su muerte como sacrificio en el altar del arte. A pesar de ello, no hay —eso parece claro— una situación de suicidio. A la inversa, el Testigo de Jehová al que todos los médicos le han asegurado que en caso de prescindir de una transfusión morirá sin duda alguna en pocas horas, puede estar convencido, en el marco de sus creencias religiosas, de que sobrevivirá a esa prueba de fe. A pesar de ello, se trata de una situación en la que la conducta de rechazar la transfusión conduce a la muerte, se trata de un suicidio.[29] En este contexto, parece más adecuado acudir a una definición objetiva. Y en un marco determinado por la "incerteza", lo más adecuado parece ser adoptar una perspectiva *ex ante*: aquellos casos en los que una determinada conducta pueda calificarse ya *ex ante* como determinante para la lesión[30] —disposición— deberán considerarse como pertenecientes al ámbito del suicidio.[31] Aquellos otros en los que sólo pueda percibirse *ex ante* un riesgo, han de calificarse como de no-suicidio, de puesta en peligro.

Como conclusión cabe constatar: la existencia de normas que incriminan la conducta de quien interviene en un suicidio ajeno, por tanto, marca los límites del análisis a llevar a cabo en relación con la cuestión dogmática de la relevancia general de la conducta

[29] Respecto de este caso, por lo tanto, en contra de lo sostenido por BAJO FERNÁNDEZ.

[30] Siguiendo la propuesta de OTTO, FS Tröndle, p. 169.

[31] Esto no implica que deba existir certeza acerca de la producción del resultado; así, por ejemplo, en el supuesto del juego de la ruleta rusa —en un revólver con seis cámaras, se introduce una sola bala—, no se sabe *ex ante* si el resultado va a producirse. Pero sí puede identificarse un acto concreto que —en caso de coincidir el percutor sobre la cámara con bala— producirá bajo determinadas circunstancias el resultado: por lo tanto, conducta de lesión (si bien con incerteza). Compárese este supuesto, por ejemplo, con una carrera de motocicletas arriesgada; el riesgo incluso puede ser *ex ante* superior al del caso de la ruleta rusa. Sin embargo, no puede identificarse un acto concreto de disposición; conducta de puesta en peligro.

de la víctima. Pero su existencia no puede condicionar su desarrollo.

2. La segunda de las cuestiones que parece conveniente abordar en cuanto presupuesto pertenece a un contexto distinto: se trata de explicitar el marco sistemático-dogmático de la solución a delinear. Al igual que otras aportaciones realizadas en los últimos tiempos,[32] desde el punto de vista aquí sostenido, el contexto adecuado para abordar el problema está en la teoría del tipo objetivo. Este sector de la teoría del delito ha sufrido una verdadera revolución producida por la llamada teoría de la imputación objetiva.[33] ROXIN, quien sin duda es el máximo repre-

[32] En esta línea están, especialmente, las aproximaciones de ROXIN, con su doctrina de "autopuesta" y "heteropuesta en peligro" (cfr. sólo ROXIN, "Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten", en: KARL LACKNER *et al.* (ed.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlín, 1973, pp. 241 a 259 [= "Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes" (traducción y notas de DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA), en: ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 245 y ss.]; ídem, *AT I*², 11/86 y ss.; *vid.* sobre la posición de ROXIN sobre todo la exposición *infra* III. 4); OTTO, para quien se trata de un problema de "interrupción del nexo de imputación" (cfr. sólo OTTO, *JuS*, 1984, p. 540; ídem, FS Tröndle, pp. 169 y ss.; ídem, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 4ª ed., Berlín-Nueva York, 1992, § 6 II. 3. b); JAKOBS, quien sostiene —al menos respecto de algunos casos— que el hecho de que la víctima "actúe a su propio riesgo" excluye la imputación objetiva (cfr. sólo JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2ª ed., Berlín, etc., 1991, 7/129 y s.; *vid.* también ídem, *La imputación objetiva en Derecho penal* [traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ], Madrid, 1996 [= Bogotá, 1994; = Buenos Aires, 1996], pp. 109 y ss.) o W. FRISCH, para quien se trata, con un punto de vista algo divergente del de los autores acabados de citar, de una cuestión de la tipicidad del comportamiento del autor (cfr. sólo FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 148 y ss.).

[33] Cfr. sólo la exposición en SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 21 y ss.

sentante de una perspectiva de la imputación objetiva vinculada al "principio del riesgo",[34] sintetiza el estadio de evolución de esta teoría —y, al mismo tiempo, el contenido de ese principio— del siguiente modo: "Un resultado causado por el sujeto que actúa sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción *(1)*, cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto *(2)* y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo *(3)*".[35] Cabe estimar que ésta es también la perspectiva que adopta la doctrina actualmente mayoritaria tanto en Alemania[36] como en España.[37] La rápida aceptación que esta teoría ha experimentado en la construcción doctrinal de la dogmática jurídico-penal, e incluso en la *praxis*, contrasta de modo llamativo con las numerosas dudas y discrepancias que aún acompañan a cuestiones fundamentales de su estructura y características.

[34] Cuyo desarrollo se atribuye, con razón, el propio ROXIN, *Chengchi Law Review 50* (1994), p. 234; cfr. también TORÍO LÓPEZ, *ADPCP* 1986, pp. 33 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, p. 77; WOLTER, "Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem. Ein normtheoretischer Beitrag zum 'Risikoprinzip' von Claus Roxin und zur 'Wesentlichkeit von Kausalabweichungen'", en: ENRIQUE GIMBERNAT/BERND SCHÜNEMANN/JÜRGEN WOLTER (ed.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin*, Heidelberg, 1995, pp. 5 y ss.

[35] ROXIN, *Chengchi Law Review 50* (1994), pp. 221 y s.; cfr. también MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 40.

[36] Sobre la evolución de la doctrina en lengua alemana en la materia, cfr. sólo las consideraciones de ROXIN, *AT I*[2], 11/36 y ss., 11/41a y s.

[37] Sobre la evolución de la teoría de la imputación objetiva en la doctrina española, cfr. sólo la información contenida en LUZÓN PEÑA, "Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto", en: ídem, *Derecho penal de la circulación*, 2ª ed., Barcelona, 1991, pp. 36 y s., 41 y s.

Si bien la doctrina existente en el momento actual permite afirmar que hay una base suficiente para configurar los aspectos esenciales de esta teoría, las dudas y discrepancias antes aludidas aconsejan realizar con carácter previo una muy breve consideración de los rasgos de la teoría de la imputación objetiva tal y como aquí es entendida. Pues de lo contrario, se corre el riesgo de utilizar esta teoría a modo de mera etiqueta.

Para la teoría de la imputación objetiva, los tipos penales —y especialmente, los tipos de resultado "pobres" en elementos descriptivos de la conducta— deben ser completados, en todo caso, con elementos normativos que determinen, más allá de la mera realización fáctico-externa de la conducta típica,[38] que en el plano objetivo la conducta es una expresión de sentido típica. Se trata de los elementos que permiten entender objetivamente una determinada conducta como "expresión de sentido" típica. Partiendo de este entendimiento sistemático de la función de la teoría de la imputación objetiva, parece claro que las razones existentes para un entendimiento normativo del tipo no quedan limitadas a los delitos de resultado, como se ha señalado por un significativo sector de la doctrina,[39] de manera que no resulta adecuado limitar la teoría de la imputación objetiva como imputación del *resultado*. De este modo, la teoría de la imputación objetiva quedaría

[38] Cosa de la que nadie duda en el ámbito de los delitos de comisión por omisión, como señaló ya hace tiempo JAKOBS, *ZStW*, 89 (1977), pp. 2 y s.

[39] En particular, han presentado construcciones de conjunto que llevan a la práctica de modo global este postulado W. FRISCH con su teoría de la conducta típica (*vid. Tatbestandsmäßiges Verhalten, passim*) y JAKOBS con su desarrollo de la teoría de la imputación objetiva (las aportaciones de JAKOBS en este ámbito dan comienzo sobre todo con su estudio sobre la prohibición de regreso [*ZStW*, 89 (1977), pp. 1 y ss.], y han

configurada por dos raíces distintas: la determinación de la tipicidad de la conducta y los problemas específicos de la conexión del resultado con esa conducta,[40] pues ambas —en los delitos de resultado— son las que

---

sido condensadas recientemente en su libro *La imputación objetiva en Derecho penal*; *vid.* sobre la aportación de JAKOBS en este ámbito, detalladamente, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 50 y ss., 59 y ss. y PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, IX). Cfr., por lo demás, desde distintas perspectivas, por ejemplo, MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*, 4ª ed., Barcelona, 1996, 10/60, 10/62 y ss.; una de las primeras aproximaciones en la línea de ampliación es la de TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Viena-Nueva York, 1985, pp. 138 y ss.; desde una perspectiva de base muy peculiar —asentada en la cibernética— cfr. también la aproximación de KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung*, Berlín, 1985, pp. 358 y ss.; ídem, "Aufgaben- und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht", en: ROLF DIETRICH HERZBERG (ed.), *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, Colonia, etc., 1985, pp. 65 y ss., 69 y ss.; defienden también una aproximación amplia, por lo demás, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*, 2ª ed., Madrid, 1986, pp. 90 y s., quienes, al vincular la exigencia de imputación objetiva no al resultado externo, sino a la afección del bien jurídico, defienden una extensión de la imputación objetiva a todas las infracciones; también TORÍO LÓPEZ, *ADPCP* 1986, pp. 33 y ss., 45 y ss.; ídem, EPCr X [1987], pp. 384 y ss., ha propuesto extender —aproximándose, según él mismo señala, al punto de vista amplio de TRIFFTERER (*vid. ADPCP*, 1986, p. 41)— la teoría de la imputación objetiva fuera de la conexión de acción y resultado, ya que para este autor se trata, en realidad, de un "principio metódico superior" (loc. cit., p. 35); particularmente amplia es la concepción de WOLTER, en: GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), *Internationale Dogmatik*, p. 3; en cuanto a la coautoría, LESCH, *ZStW*, 105 (1993), pp. 271 y ss., especialmente 274 y ss., 281 y ss.; igualmente con especial amplitud en cuanto al alcance de la imputación objetiva, *vid.* también el exhaustivo desarrollo monográfico de REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, Bogotá, 1994, pp. 72 y ss., 78 y ss., 81 y s.

[40] Y ello con independencia de cuál sea el peso sistemático que se asigne al resultado en la teoría del delito, ya sea como elemento indisolublemente ligado a los demás elementos de la tipicidad objetiva (como es el punto de vista mayoritario, cfr. sólo ROXIN, *AT I*², 11/42; JAKOBS, *AT*², 7/4b con nota 2a) o que se considere que éste

conducen a la afirmación de un hecho penalmente típico consumado. Partiendo de esto, parece más razonable entender que algunos de los elementos incluidos por la opinión doctrinal mayoritaria —singularmente, por ROXIN, en la definición que antes se ha transcrito— en el "tercer escalón" del "alcance del tipo" —a analizar de acuerdo con este sector después de la creación y realización de riesgos— forma, más bien, parte de los elementos de determinación general de la tipicidad de la conducta.[41]

Desde esta perspectiva, por otro lado, no pueden resultar convincentes las críticas que se han plan-

---

ocupa una posición distinta en el ámbito de la tipicidad (W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 9 y ss., 67 y s., 509 y ss., *passim*; ídem, *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid, 1995, pp. 92 y ss., 107 y ss.; MIR PUIG, *PG*[4], 10/48; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, pp. 34 y s., 434 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 415 y ss.).

[41] Como han señalado, sobre todo, W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 23 y ss., 33 y ss., 66; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 365 y ss.: "...con esta ulterior limitación de la imputación objetiva realmente lo que se está negando o afirmando es su presupuesto: la creación de un riesgo típicamente relevante" (p. 366); *vid.* también LUZÓN PEÑA, "La 'determinación objetiva del hecho'", en: ídem: *Derecho penal de la circulación*, 2ª ed., pp. 108 y s.: "...se está sobrecargando indebidamente el ámbito de la imputación objetiva del resultado con problemas que pueden y deben resolverse en otro lugar distinto dentro de la estructura del tipo...".

En particular, esta reubicación afecta desde la perspectiva aquí adoptada precisamente al ámbito de supuestos que constituye el centro de preocupación del presente estudio: aquellos casos en los que se produce una interacción entre autor y víctima, de modo que el suceso resulta imputable al ámbito de responsabilidad de esta última (cfr. *infra* IV. 2.), casos que se han ubicado por la doctrina a la que se hace referencia —distinguiendo "autopuesta en peligro" y "heteropuesta en peligro", *vid. infra* III. 4— en el escalón del "alcance del tipo". Otras de las constelaciones de casos en cuestión, sin embargo, deben localizarse en el ámbito de la imputación de resultados en sentido estricto (*vid. infra* IV. 3. d).

teado —que sin duda constituyen el ataque de mayor relevancia a la vigencia de esta teoría— en el sentido de que la teoría de la imputación objetiva estaría usurpando determinadas cuestiones pertenecientes a lo subjetivo.[42] Pues si de lo que se trata —como acaba

[42] En apretada síntesis, pueden resumirse estas críticas en lo siguiente: *por un lado*, se ha señalado que la teoría de la imputación objetiva resulta superflua en el ámbito de los delitos dolosos. En este sentido, se ha afirmado que la imputación objetiva —cuyo origen en el delito imprudente lleva "sellado en la frente", en famosa expresión de ARMIN KAUFMANN ("'Objektive Zurechnung' beim Vorsatzdelikt?", en: THEO VOGLER *et al.* [ed.], *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, tomo I, Berlín, 1985, p. 251)— en realidad ocupa el espacio correspondiente al dolo, y en ese sentido —en igualmente conocida expresión de HIRSCH ("Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel", en: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Colonia, etc., 1988, p. 407)— no respetaría el axioma de que "lo que es objetivo y lo que es subjetivo [es una cuestión que] no está a disposición de la dogmática". En suma: en el delito doloso, la imputación objetiva no tiene nada que hacer, ya que en determinados supuestos lo que faltaría es el dolo, mientras que en otros, sin el análisis del lado subjetivo no resulta posible valorar el hecho (cfr. ARMIN KAUFMANN, FS Jescheck I, pp. 251 y ss., 271 y s., quien, además, sostiene que en conclusión se trata, en realidad, de problemas de Parte Especial; en sentido próximo, HIRSCH, FS Universität zu Köln, pp. 403 y ss., 405; idem, "25 Jahre Entwicklung des Strafrechts", en: *25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland - 25 Jahre Juristische Fakultät der Universität Regensburg*, Munich, 1993, p. 49; CEREZO MIR, *PG I*[4], pp. 345 y ss.; para KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlín, 1992, pp. 83 y ss., 92 y s., 96 y s. 115, 197, con un punto de vista algo distinto, faltaría el dominio final del hecho; *vid.* también GRACIA MARTÍN, en: DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Valencia, 1993, p. 44, y coincidiendo parcialmente —en cuanto a que es el referente subjetivo el que tiene la "última palabra"— SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva*, Buenos Aires, 1997 [= Bogotá, 1996], pp. 104 y ss., 107).
Por otro lado, se ha sostenido que la teoría de la imputación objetiva resulta inadecuada también en el ámbito del delito imprudente. En este ámbito, se utilizan dos argumentaciones. En primer lugar, se afirma que la teoría de la imputación objetiva carece de relevancia, pero no por ser inadecuadas sus propuestas de solución, sino porque éstas en realidad no harían otra cosa que reproducir los contenidos

de decirse— es de una determinación general de los límites de la tipicidad objetiva en el sentido de general, no puede ser decisivo que los datos introducidos en este juicio sean, desde un punto de vista externo-

---

ya elaborados por la dogmática de la imprudencia con la infracción del deber objetivo de cuidado —en el primer nivel— y con la llamada relación de contrariedad a deber —en el segundo nivel de imputación objetiva— (cfr. sólo HIRSCH, Comentario previo al § 32, en: *StGB. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 11ª ed., Berlín-Nueva York, 1994, n.m. 32 previo al § 32; KÜPPER, *Grenzen*, pp. 91 y ss., 99 y s., 100 y s.). Se trata, por lo tanto, en cierta medida tan sólo de una consecuencia de la crítica anterior planteada en el ámbito del delito doloso: no cabe elaborar una teoría conjunta de la imputación objetiva, ya que ésta resulta inviable en el delito doloso; en el ámbito del delito imprudente, los contenidos planteados por la imputación objetiva ya están recogidos por la dogmática del delito imprudente. Por otro lado, también se ha planteado —sobre todo por STRUENSEE— otra argumentación que, ésta sí, es paralela a la esgrimida en el ámbito del delito doloso: sí puede elaborarse una teoría unitaria para los problemas tratados por la teoría de la imputación objetiva, pero en realidad éstos se refieren, tanto en el delito doloso como en el imprudente, al tipo subjetivo, tipo subjetivo que —en contra de la opinión común— habría que elaborar también para todas las formas de imprudencia (STRUENSEE, *GA*, 1987, pp. 97 y ss.; ídem, *JZ*, 1987, pp. 53 y ss.; en la doctrina española, *vid.* CUELLO CONTRERAS, *Culpabilidad e imprudencia. De la imprudencia como forma de culpabilidad a la imprudencia como tipo de delito*, Madrid, 1990, pp. 180 y ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente (doctrina general y regulación legal)*, Madrid, 1991, pp. 88 y ss., 109, 110 y s., 118 y ss.).

Finalmente, otra reacción reciente proveniente del campo del finalismo, el análisis de la teoría de la imputación objetiva por parte de SANCINETTI (*Subjetivismo e imputación objetiva*, pp. 89 y ss.) se sitúa en realidad en un plano superior respecto de los contenidos dogmáticos concretos de esta teoría, de modo que puede decirse que SANCINETTI lo que discute no es tanto la configuración de la imputación objetiva como su idiosincrasia: la tesis central que este autor sostiene es que en realidad la teoría de la imputación objetiva no es incompatible con un entendimiento subjetivo-monista del injusto (op. cit., pp. 19, 89 y ss., 94 y s., 96 y ss., 122 y ss.). Para SANCINETTI, la teoría de la imputación objetiva tan sólo acota la materia de prohibición, mientras que es el dolo —que debe referirse a esa materia— el elemento decisivo de fundamentación del injusto. En este sentido, la necesidad de elaborar requisitos de imputación objetiva no es contradictoria con un entendimiento subjetivo del

natural, de naturaleza "objetiva" o "subjetiva". Al igual que otros datos del contexto que permiten esa valoración objetiva en el sentido de general, un dato subjetivo como el conocimiento de determinado hecho puede incluirse en el tipo objetivo sin que se destruyan las barreras entre tipo objetivo y subjetivo: pues la valoración en la que es introducida ese dato es distinta de la que procede realizar en el tipo subjetivo. Lo que importa para este análisis es el significado —en expresión de MIR PUIG—[43] "intersubjetivo" de la conducta.[44]

---

injusto, ya que la "subjetivización no prejuzga acerca del *contenido* que hay que subjetivizar, es decir, acerca del 'tipo objetivo'" (op. cit., p. 94, cursiva en el original). En el contexto de este estudio no puede realizarse un análisis exhaustivo de este original intento de tomar el bastión de la imputación objetiva por sorpresa en vez de combatirlo —como han hecho otros sectores del finalismo a los que antes se ha aludido—. Pero sí puede señalarse que parece dudoso que sea viable la convivencia feliz que SANCINETTI parece pretender alcanzar: en este sentido, lo cierto es que hay una diferencia entre configurar la teoría de la imputación objetiva como una mera concreción de los límites del injusto (subjetivo) y el entendimiento que le suelen asignar sus defensores. Pues para éstos, la imputación objetiva no sólo acota la materia de prohibición como una especie de límite externo derivado de la teoría de las normas, sino que —de acuerdo con una concepción que reconoce la misión social de la construcción dogmática y consiguientemente de la "norma"— contribuye a la constitución del injusto, ya que no puede haber tipicidad sin relevancia objetivo-social de la conducta. En este sentido, es significativo que el propio SANCINETTI reconozca que hay sectores de la imputación objetiva en los que el ámbito de ésta queda definido de modo completamente objetivo, sin que la adición de datos subjetivos pueda modificar los contornos de lo típico (op. cit., p. 110, nota 29, pp. 111 y ss.).

[43] *Vid.* "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto", ahora en: ídem, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, p. 184; ídem, "Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal", ahora en: ídem, op. cit., pp. 233, 241.

[44] A los efectos que aquí se persiguen —mostrar que la introducción de datos subjetivos, como pueden ser determinados conocimientos, en la teoría del tipo objetivo, no supone un sacrilegio sistemático—, baste lo dicho en el texto. Otra cuestión es cuál es el peso

Y éste puede variar en función de los datos conocidos por el sujeto actuante. Esta diferenciación en cuanto al contexto relevante para efectuar el juicio de tipicidad puede incluso trasladarse dentro de la teoría de la imputación objetiva: desde esta perspectiva, las distintas instituciones dogmáticas que la configuran pueden obtener su diferente posición sistemática en función de la clase y cantidad de datos que se incorporen desde el contexto al juicio de imputación, yendo desde valoraciones más abstractas hasta la introducción de elementos más concretos del contexto.

La teoría de la imputación objetiva, entonces, viene a reformular la tipicidad objetiva. Desde esta perspectiva, implica la introducción de elementos

---

que debe asignarse a lo "subjetivo" y a lo "objetivo" —esta vez, entendidas estas expresiones en su sentido habitual— en la fundamentación del injusto. Esta problemática —para MIR PUIG, "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto", en: ídem, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, p. 181, "el debate doctrinal tal vez más importante que ha tenido lugar en este siglo acerca de las bases de la teoría del delito", y cuya consideración como tal, evidentemente, excede del ámbito del presente estudio— se ha manifestado en el contexto que aquí interesa sobre todo, por un lado, en la cuestión de si el hecho de que una conducta sea dolosa puede afectar a su peligrosidad (afirmativamente, por ejemplo, MIR PUIG, "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho", 2ª ed., en: ídem, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pp. 67 y ss., 69; ídem, "La perspectiva *ex ante* en Derecho penal", en: ídem, op. cit., pp. 102 y s.; ídem, "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto", en ídem, op. cit., p. 187; ídem, "Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal", en: ídem, op. cit., pp. 236 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 388 y 400; LUZÓN PEÑA, "La 'determinación objetiva del hecho'", en: ídem, *Derecho penal de la circulación*, 2ª ed., p. 116; TORÍO LÓPEZ, *ADPCP* 1986, pp. 39 y s., 42. En contra, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 108 y ss.) y en la problemática de los así llamados "conocimientos especiales" (*vid.* sobre esto sólo la polémica posición de JAKOBS, "Tätervorstellung und objektive Zurechnung", en DORNSEIFER *et al.*, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Colonia, etc., 1989, pp. 271 y ss.).

valorativos que determinan cuáles son los límites de la libertad de actuación, implica, en este sentido, el establecimiento de esferas de responsabilidad. Uno de los sectores en los que la imputación objetiva puede ser el marco sistemático adecuado es el relativo a la cuestión de la determinación de esos ámbitos de responsabilidad en los casos en los que concurre en la génesis de un riesgo la persona que posteriormente resulta lesionada.

III. *Modelos de solución dogmáticos*

Tomada posición acerca de esas dos cuestiones previas, puede pasarse a realizar un análisis crítico de las aproximaciones dogmáticas existentes.

1. Lo primero que hay que decir respecto de éstas es que en lo que se refiere a la dogmática jurídico-penal, la extendida imagen de que en fechas relativamente recientes se habría producido un "redescubrimiento de la víctima" no se ajusta a la realidad. Lo que sí se puede constatar, en cambio, es que la atención al comportamiento de la víctima se ha venido produciendo hasta cierto punto de modo "encubierto", o, valga la expresión, emboscado en instituciones dogmáticas no configuradas específicamente para el problema.

Como segunda cuestión común a las distintas aproximaciones puede observarse que existe una fragmentación notable en el debate. La discusión se produce en gran medida bajo distintos "rótulos dogmáticos", sin tener en cuenta a veces los argumentos y problemas materiales idénticos planteados desde otras

perspectivas.[45] En este sentido, puede decirse que esta dispersión en el tratamiento dogmático ha conducido a que el debate doctrinal sobre la intervención de la víctima sea en alto grado desordenado y confuso.[46]

Por ello, en el análisis de las distintas aproximaciones dogmáticas, el centro de atención ha de estar sobre todo en la perspectiva material subyacente a las distintas aportaciones, dejando en un segundo plano las cuestiones relativas a la ubicación sistemática. En este sentido, las ideas rectoras que se encuentran en las distintas aproximaciones a la cuestión pueden ordenarse en varios grupos en función de los modelos de solución fundamentales —paradigmas— que están en la base de las diversas construcciones dogmáticas.

[45] Puede servir de ejemplo de lo dicho el hecho de que uno de los estudios más destacados publicados últimamente sobre la incidencia de la conducta de la víctima en la valoración jurídico-penal del hecho, la monografía de WALTHER (*Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und "Opfer" bei riskantem Zusammenwirken*, 1991), de la que se ha dicho que contiene "...el tratamiento monográfico probablemente más exhaustivo de este ámbito hasta el momento" en la dogmática alemana (ZACZYK, *Selbstverantwortung*, p. 55, nota 189; ídem, *GA*, 1993, p. 242) no dedique prácticamente ninguna atención a las concepciones "victimodogmáticas", a pesar de que éstas han ocupado un espacio muy amplio en la discusión reciente, y ello sobre todo en Alemania.

[46] También resaltan la confusión y falta de claridad que impera en la discusión doctrinal sobre la cuestión, por ejemplo, ROXIN, FS Gallas, pp. 251 y s.; SCHAFFSTEIN, FS Welzel, p. 557; SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, p. 716; DACH, *Zur Einwilligung bei Fahrlässigkeitsdelikten*, Mannheim, 1979, p. 7; R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB*, Berlín, 1981, pp. 83 y s.; DÖLLING, *GA*, 1984, p. 73; FIEDLER, *Fremdgefährdung*, pp. 113 y s.; DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em Direito penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra, 1991, p. 284; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 28.

2. En un *primer grupo* cabe reunir aquellos puntos de partida que se mantuvieron sobre todo en una primera fase histórica.

Por un lado, 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 español de la "concurrencia de culpas", y determinadas formulaciones jurisprudenciales de los tribunales en el ámbito anglosajón en torno a la llamada *contributory negligence*.[47] 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 esta doctrina, 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.[48]

A pesar de que estas soluciones se presentaron con especial frecuencia en una primera fase de desa-

[47] Cfr. la exposición en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, § 4 I.

[48] Cfr. la exposición en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, § 4 II.

rrollo dogmático del problema, la razón de su ubicación conjunta no está en la adscripción a una determinada etapa de evolución histórica, sino que esta razón se encuentra en su limitado nivel de especificidad respecto del problema tratado. En este sentido, a la hora de determinar cuál es el paradigma fundamental de estas aproximaciones, se puede decir que éste consiste en ofrecer un marco sistemático en el que puedan desarrollarse con cierta libertad las opciones de equidad del juzgador u otros criterios materiales. Así, por ejemplo, con una formulación dogmática ciertamente rudimentaria, el TS español, al situar nominalmente la cuestión en el ámbito de la causalidad, en realidad está creando un espacio en el que introducir otras valoraciones. En cierto modo, el criterio fundamental consiste precisamente en no establecer tal criterio, sino crear un marco dogmático para la introducción de criterios materiales de modo encubierto. Queda claro, entonces —y ello al margen de otras críticas que han de plantearse a estos modelos en el plano de la construcción dogmática—, que no son aproximaciones de esta índole con las que debe contentarse un desarrollo dogmático consistente.

3. En un *segundo grupo* cabe concentrar 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.[49] Aunque ello no suele señalarse en la doctri-

[49] Cfr. a favor de ubicar la cuestión en el ámbito de la causa de justificación "consentimiento", por ejemplo, RUDOLPHI, en: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I. Allgemeiner Teil* (§§ 1 a 37),

na, 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.[50] El paradigma

---

6ª ed., Neuwied, etc., 1995, n.m. 81a previo al § 1; *SK*-SAMSON, Anexo al § 16, n.m. 33 (aunque proponiendo ambos autores en algunos casos la aplicación de la construcción de la "participación [impune] en una autopuesta en peligro", reservándose el consentimiento justificante a la "heteropuesta en peligro" [cfr. *infra* en el texto III. 4.]); S/S[24]-LENCKNER, n.m. 103 y ss. previos a los §§ 32 y ss. (cfr. también n.m. 102, en relación con supuestos en los que el consentimiento conduce a la existencia de un "riesgo permitido" justificante); S/S[24]-ESER, § 222 n.m. 3 (ambos igualmente combinando, además, el consentimiento con la diferenciación acabada de mencionar, cfr. op. cit. n.m. 107 previo a los §§ 32 y ss.); BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 10ª ed., Bielefeld, 1995, 14/74, 17/101, 22/53; CEREZO MIR, "El delito como acción típica, evolución del concepto dogmático de tipo", en: *Estudios Penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, p. 234; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlín, 1996, § 34 II. 3., § 56 II. 3.; KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Munich, 1994, 17/82 y ss. (también en combinación con la "autopuesta en peligro", que en su opinión excluye la tipicidad); STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 3ª edición, Colonia, etc., 1981, n.m. 1116 (quien, sin embargo, no se pronuncia con claridad sobre la cuestión acerca de si la justificación se puede producir por el consentimiento o en virtud del riesgo permitido, subrayando que lo esencial es la "cuestión material" de la "autorresponsabilidad").

En la doctrina italiana, cfr. RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, Padua, 1979, pp. 234 y ss.; SALAZAR, Cass. Pen. 1983, pp. 282 y ss.; LICITRA, Cass. Pen. 1985, pp. 504, 507, 514.

Respecto de la situación en Inglaterra —partiendo, como es sabido, de una aproximación sistemática muy distinta a la de los ordenamientos continentales, considerando el consentimiento como elemento procesal (*defence*)—, cfr. recientemente, en el marco de los esfuerzos de codificación en Inglaterra y País de Gales, ORMEROD/GUNN, CrimLR 1996, pp. 704 y ss., con referencia a las actividades arriesgadas, pp. 695, 704 y s.

[50] Cfr. la exposición en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, § 5 I.

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.

El análisis de estas aproximaciones muestra que los intentos de encontrar la solución al problema con ayuda del consentimiento acaban en verdaderas manipulaciones de esta institución, realizadas en el empeño de adaptar el consentimiento a una problemática para la que no está diseñado.[51] Esta objeción, sin embargo, no es más que el síntoma —y esto afecta a todas las construcciones que incorporan algún tipo de rudimento de consentimiento o de consentimiento atenuado a su concepción como elemento fundamentador— de que el diagnóstico psíquico no

[51] En este sentido, dicen que la aplicación del consentimiento a este ámbito lleva a una mera "ficción" de consentimiento, por ejemplo, y entre otros muchos, ZIELINSKI, Comentario a los §§ 15, 16, en: HASSEMER *et al.* (redacción a cargo de KURT SEELMANN), *Kommentar zum Strafgesetzbuch. Reihe Alternativkommentare*, tomo 1, §§ 1 a 21, Neuwied, 1990, n.m. 127; PUPPE, Comentario previo a los §§ 13 y ss., en: ULFRID NEUMANN/HEIKE JUNG (ed.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1ª ed., Baden-Baden, 1995, n.m. 176 previo a los §§ 13 y ss.; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat. Ein Lehrbuch*, 8ª ed., Heidelberg, 1992, 17/20; MITTERMAIER, *JW* 1925, p. 2251; EB. SCHMIDT, *JZ*, 1954, p. 372; HILLENKAMP, *JuS*, 1977, p. 171; DACH, *Einwilligung*, pp. 15 y s.; LICITRA, Cass. Pen. 1985, p. 504, 507; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 316; FIEDLER, *Fremdgefährdung*, pp. 71 y s.; PAREDES CASTAÑÓN, *ADPCP*, 1990, pp. 646 y s.; DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo*, p. 296; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 37 y s.; ZACZYK, *Selbstverantwortung*, pp. 49 y s., 51.

puede ser el elemento decisivo: este punto de partida sólo describe un sector parcial del espectro de las consecuencias del comportamiento del sujeto lesionado en la imputación jurídico-penal. Por el contrario, hay que partir de que se trata de imputar también al sujeto lesionado en cuanto sujeto que participa en la interacción generadora del daño en sus bienes. La imputación jurídico-penal, sin embargo, no se produce exclusivamente desde su perspectiva (consciente). Por el contrario, con el análisis jurídico-penal ha de llegarse, en última instancia, a una determinación del ámbito de responsabilidad del autor, y éste no puede depender sencillamente de lo que la víctima sepa o no sepa, desee o no desee fácticamente. Dicho de modo sintético, quien ingiere gran cantidad de vino peleón que otro le ofrece, no puede exigir que su anfitrión responda de sus dolores de cabeza, con independencia de que conociera o quisiera aceptar el riesgo de sufrirlos. Incluso puede haber casos en los que ni siquiera concurre voluntad de participar en el contacto social, en los que el sujeto que resultará dañado entra en él por actos concluyentes, y a pesar de estar "en blanco" su representación, debe atribuirse a sí mismo el daño.

4. 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:[52] se trata de las postu-

[52] Fundamentalmente en su trabajo "Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten", en: KARL LACKNER *et al.* (ed.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, 1973, pp. 243 y ss.
Su discípulo RUDOLPHI había planteado en un contexto similar la idea de la distinción entre auto- y heteropuesta en peligro algunos

ras 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,[53] pero también

---

años antes (*JuS*, 1969, pp. 556 y s., *vid.* ahora ídem, *SK*, n.m. 79 y ss. previos al § 1); sin embargo, ha sido la construcción formulada por ROXIN la que ha dominado la discusión posterior, probablemente, en primer lugar, porque se enmarca en una doctrina general de la imputación objetiva, y, en segundo lugar, porque ROXIN ha seguido desarrollando la diferenciación en numerosos trabajos posteriores. En todo caso, lo cierto es que el trabajo de ROXIN en FS Gallas —como se observará a continuación en la exposición en el texto— ha resultado "fundamental" (así JAKOBS, "La organización de autolesión y heterolesión", en: ídem, *Estudios de Derecho penal*, nota 25) para el objeto de estudio del presente trabajo.

[53] Debe señalarse que la concepción desarrollada por ROXIN se utiliza con mucha frecuencia fuera del contexto sistemático de la construcción de la teoría de la imputación objetiva. Incluso puede decirse que la idea de la autopuesta en peligro (impune) aparece con cierta frecuencia fuera de *todo* marco sistemático, como mero eslógan; en este sentido tiene razón W. FRISCH (*NStZ* 1992, p. 67; ídem, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 145) al hablar de un empleo "desenfrenado y ecléctico".

En la jurisprudencia alemana, como se ha dicho, la distinción se ha incorporado ya de modo habitual a la doctrina del *BGH* a partir de la sentencia en el caso de la jeringuilla *BGHSt*, 32, pp. 262 y ss.; últimamente se ha señalado expresamente que sigue manteniéndose esta doctrina, por ejemplo, en *BGHSt*, 39, 322 y ss., 326 o OLG Zweibrücken, *JR*, 1994, pp. 519 y s.

Puede decirse que la opinión mayoritaria se ha sumado a ROXIN al menos en el manejo de la diferenciación (así lo afirma, por ejemplo, *S/S* [24]-LENCKNER, n.m. 107 previo a los §§ 32 y ss.). En sus aportaciones posteriores a la incluida en FS Gallas, sigue manteniendo su postura ROXIN (cfr. sólo *AT I*[2], 11/86; ídem, *NStZ*, 1985, p. 320).

En la restante bibliografía, cabe mencionar entre los partidarios de la diferenciación, en diversas combinaciones y marcos sistemáticos, por ejemplo, a *LK* [10]-JÄHNKE, n.m. 21 § 222; *LK* [11]-SCHROEDER, § 16 n.m. 177 y ss., 181; *SK*-HORN, § 212 n.m. 21a; *SK*-RUDOLPHI, n.m. 79 y ss., 81a previos al § 1; ídem, *JZ*, 1991, pp. 572 y ss.; *S/S* [24]-ESER,

en España.[54] Desde esta perspectiva, constituye un caso de participación en una autopuesta en peligro la

---

§ 216 n.m. 11a, § 222 n.m. 3; *S/S*[24]-LENCKNER, n.m. 107 previo a los §§ 32 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*[5], § 28 IV. 4., § 54. IV. 3.; MAURACH/ZIPF, *AT 1*[8], 17/48; KÜHL, *AT*, 4/87 y ss., 17/82; SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, p. 721; ídem, *NStZ*, 1982, pp. 60 y s.; HIRSCH, *JR*, 1979, p. 430; LOOS, *JR*, 1982, pp. 342 y s.; DÖLLING, *GA*, 1984, pp. 71 y ss., 77; ídem, *JR*, 1994, p. 520; HORN, *JR*, 1984, pp. 513 y s., también comparte las conclusiones, aunque se muestra muy crítico con el concepto de "autopuesta en peligro", que en su opinión no es más que un circunloquio poco afortunado para "autolesión imprudente"; KIENAPFEL, *JZ*, 1984, p. 752; SEIER, *JA*, 1984, p. 533; STREE, *JuS*, 1985, pp. 179 y ss., 183; WEIGEND, *ZStW*, 98 (1986), p. 71; PRITTWITZ, *NJW*, 1988, pp. 2942 y s.; ídem, *JA*, 1988, pp. 431 y ss.; también desarrollan sus respectivas concepciones sobre la base de este planteamiento FIEDLER, *Fremdgefährdung*, pp. 5 y s., 94 y ss. y *passim*, y WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 2 y ss., 128 y s. y *passim*; cfr. también posteriormente BEULKE/SCHRÖDER, *NStZ*, 1991, pp. 393 y ss.; WOLTER, en: GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), *Internationale Dogmatik*, p. 6. Ya anteriormente en este sentido, GALLAS, *JZ*, 1960, p. 690 y sobre todo, como se ha dicho, RUDOLPHI, *JuS*, 1969, pp. 556 y s.

Respecto de la doctrina austriaca, cfr. sólo BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, Wien, 1974, pp. 112 y ss. con nota 93; ídem, Comentario al § 80, en: FOREGGER/NOWAKOWSKI (ed.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Viena, 1981, § 80 n.m. 38, 69 y ss. En la doctrina italiana, se ha sumado expresamente a la diferenciación establecida por ROXIN, CASTALDO, *L'imputazione oggetiva nel delitto colposo d'evento*, Nápoles, 1989, p. 210, nota 63, pp. 210 y ss., 220 y ss. En Portugal, parte también de la concepción de ROXIN el análisis desarrollado por DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo*, pp. 271 y ss.

[54] Acepta la diferenciación —desde un punto de vista algo divergente del de ROXIN (como el propio MIR PUIG señala, *vid. PG*[4], 19/28, nota 21)— MIR PUIG, *PG*[3], p. 563; *PG*[4], 19/28; ídem, *ADPCP*, 1991, pp. 262 y ss.; cfr. también BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Madrid, 1994, pp. 247 y s.; LUZÓN PEÑA, notas a ROXIN, *Problemas básicos*, pp. 189 y s. (aunque con reticencias de Derecho positivo español, por la punición del auxilio al suicidio; sobre el posterior desarrollo de una concepción propia por parte de LUZÓN PEÑA, cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, § 6 II. B. 2.); MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2ª ed., Valencia, 1991, p. 36; de modo destacado en la bibliografía española CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 316 y ss., 540, 550

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 auto*lesión*, ha de serlo también la producción de una auto*puesta 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 la valoración de este modelo llaman desde un principio la atención las enormes dificultades que aparecen cuando se intenta trasladar la delimitación

---

y ss., especialmente p. 551; PORTILLA CONTRERAS, CPC, 1991, pp. 695, 698, especialmente 703 y s., y *passim*, parte de la diferenciación en todo su planteamiento para la solución de los problemas en cuestión, construida sobre el consentimiento para ambos grupos.

a la fenomenología.[55] Piénsese sólo, por ejemplo, lo difícil que resulta distinguir entre conductas de heteropuesta y de autopuesta en peligro en el ámbito del contagio de una enfermedad peligrosa por vía sexual.[56] Pero no son decisivas estas dificultades —serias— de delimitación fenomenológica; no son más que indicios del hecho de que la diferenciación carece, en última instancia, de una justificación material convincente.

En efecto, no tiene sentido distinguir en este ámbito entre autoría y participación. Y no porque deba ponerse en duda la viabilidad de un concepto restrictivo de autor en los casos —frecuentes en el presente ámbito— en los que no exista dolo respecto del resultado. Por el contrario, esta cuestión general puede aquí quedar abierta. La razón de la inadecuación de esta solución está en que el titular del bien jurídico

[55] Cfr. sólo *LK*[11]-SCHROEDER, § 16 n.m. 183; *S/S*[24]-LENCKNER, n.m. 107 previo a los §§ 32 y ss.; SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, pp. 722 y s.; DACH, *Einwilligung*, p. 22; ídem, *NStZ*, 1985, p. 25; de modo especialmente incisivo, OTTO, *Jura*, 1984, pp. 536 y ss.; BEULKE/MAYER, *JuS*, 1987, p. 127; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 171; MIR PUIG, *ADPCP*, 1991, p. 264.

[56] De hecho, precisamente en este ámbito la doctrina que maneja la diferenciación ofrece una imagen poco halagüeña para la claridad de la distinción: existen tanto partidarios de considerar en principio estos supuestos como casos de participación en una autopuesta en peligro (cfr., por ejemplo, *S/S*[24]-LENCKNER, n.m. 107 previo a los §§ 32 y ss.; EBERBACH, *JR*, 1986, pp. 231 y s.; HERZOG/NESTLER-TREMEL, *StV*, 1987, pp. 366 y ss., 370; PRITTWITZ, *NJW*, 1988, pp. 2942 y s.; probablemente también ROTTLEUTHNER, *KJ*, 1989, p. 264; KUNZ, *ZStrR*, 107 [1990], p. 53; DÖLLING, *JR*, 1990, p. 475; SOLBACH, *JA* 1990, p. 32; en sentido muy similar también HUGGER, *JuS*, 1990, pp. 976 y s.; también WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 240; en este sentido también se pronunció el BayObLG, *NJW*, 1990, p. 131) como defensores de la tesis de que se trata de heteropuestas en peligro (cfr., por ejemplo, el propio ROXIN, *AT I*[2], 11/101; GEPPERT, *Jura*, 1987, pp. 671 y s.; HELGERTH, *NStZ*, 1988, p. 262; MAYER, *JuS*, 1990, p. 787).

que resulta lesionado ocupa una posición especial: la adscripción de un ámbito de autoorganización al titular de un bien jurídico y las características de la intervención de terceros en ese ámbito no pueden seguir el mismo régimen que la distribución de responsabilidades entre autores y partícipes que cometen conjuntamente una infracción frente a un tercero. Ello debe ser así en atención a la especial cualidad de uno de los intervinientes de ser el titular del bien jurídico puesto en riesgo. Tiene que ser otra vía la que permita introducir la relevancia de la conducta de la víctima en el sistema de imputación: si la concepción sistemática es correcta, la decisión acerca de la tipicidad o atipicidad de la conducta del autor debe poder fundamentarse tanto desde la perspectiva de la actuación de la víctima como desde la del autor. Y de hecho, esto lo tienen en cuenta implícitamente la mayoría de los defensores de la distinción: pues hay, desde una perspectiva intrasistemática, tanto casos de "participación en una autopuesta en peligro" que dan lugar a la calificación de la conducta del autor como típica, como supuestos en los que una heteropuesta en peligro se considera atípica, por poder *equipararse*, conforme a este punto de vista, a la "participación en una autopuesta en peligro". Sin embargo, entonces —pues toda la clasificación se ve puesta en duda a través de ese mecanismo de "equiparación"— la diferenciación se convierte en un mero *topos*. En suma: la clasificación del suceso como "auto-" o "heteropuesta en peligro" no debe prejuzgar la solución material.[57]

[57] Cfr. detalladamente CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, § 6 II.

5. 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. Desde el punto de vista metodológico, este principio se configura como máxima de interpretación teleológica de los tipos penales.[58] 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".[59] La fundamentación de este principio se obtiene de modo deductivo[60] sobre la base de determina-

[58] SCHÜNEMANN, *NStZ*, 1986, pp. 439, 442; SILVA SÁNCHEZ, "¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la *victimodogmática*", en: JOSÉ LUIS DE LA CUESTA *et al.* (comp.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Donostia-San Sebastián, 1989, p. 639; ídem, "La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la 'victimodogmática'", en: Consejo General del Poder Judicial (ed.), *La Victimología, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993, p. 28.

[59] *NStZ*, 1986, p. 439.

[60] Así lo afirma el propio SCHÜNEMANN, "Einige vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen Ansatzes in der Strafrechtsdogmatik", en: HANS JOACHIM SCHNEIDER (ed.), *Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege*, Berlín-Nueva York, 1982,

das consideraciones relativas a la misión del Derecho penal: partiendo de que sólo es admisible la intervención penal en defensa de bienes merecedores de protección, las conductas tipificadas son merecedoras de pena. Pues, 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...".[61] El Derecho penal debe ser el medio adecuado para la protección de los bienes; especialmente, no debe producir consecuencias desproporcionadas.[62]

Después del análisis de estas aportaciones se ha llegado 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. Sin embargo, este intento de desarrollar una "perspectiva victimológica" en la dogmática jurídico-penal tropieza con serios inconvenientes. A modo de síntesis[63] de éstos puede decirse que la "inspiración"

---

p. 410; en este sentido también SILVA SÁNCHEZ, LH Beristain, pp. 637 y s.; ídem, en: CGPJ (ed.), *Victimología*, p. 26; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 110.

[61] "Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik: die viktimologische Maxime als umfassendes regulatives Prinzip zur Tatbestandseingrenzung im Strafrecht", en: W. ZEIDLER *et al.* (ed.), *Festschrift für Hans Joachim Faller*, Munich, 1984, p. 362 (cursiva en el original).

[62] SCHÜNEMANN, en: SCHNEIDER (ed.), *Verbrechensopfer*, p. 410; ídem, *NStZ*, 1986, pp. 195, 439; en sentido similar, R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit*, pp. 22 y ss.

[63] Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, § 7 II.

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 "victimo-dogmática" no puede llevar a la resolución del problema de la influencia del comportamiento de la víctima en el sistema de imputación penal. Sin duda alguna, la "victimodogmática" ha revitalizado el debate, y, especialmente, ha llamado la atención sobre las implicaciones político-criminales de la cuestión. Pero con estos elementos positivos, que se resumen en su propia denominación de "victimo"-dogmática, es decir, en su carácter de una construcción específicamente destinada a abordar la problemática de la víctima, aparece ya su debilidad decisiva: la carencia del anclaje en una concepción dogmática general, que no puede obtenerse para un problema aislado, de modo independiente de la estructura ya existente de la teoría del delito. En este sentido, puede decirse que ya existía "victimodogmática" en el sistema de la teoría del delito —en distintos instrumentos dogmáticos— antes de que se inventara la denominación. Dicho de otro modo: no es necesario crear una especial victimodogmática; es la dogmática sin más la que debe ser capaz de resolver el problema. Y aunque la cuestión de la denominación sea, claro está, de menor importancia, es esta reflexión la que desaconseja también el uso del término "victimodogmática".

IV. *La víctima en el sistema de imputación objetiva*

1. Una vez finalizado el —necesariamente breve— análisis crítico de los modelos de solución existentes,

puede emprenderse el intento de una reconstrucción del tratamiento dogmático.

Para ello, es necesario dar dos pasos: en primer lugar, se trata de averiguar cuál debe ser el punto de arranque normativo para la construcción dogmática. Este punto de partida se encuentra en el principio de autorresponsabilidad. En segundo lugar, se trata de delinear el tratamiento dogmático de la conducta de la víctima. A este respecto, hay que diferenciar distintos niveles de análisis: por un lado, la conducta de la víctima requiere de un tratamiento *específico* —dentro del primer nivel de la teoría de la imputación objetiva— en aquel sector de casos en el que es necesario adscribir el suceso al ámbito de responsabilidad de la víctima. Cabe denominar la institución dogmática que refleja esa necesidad "imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima" o, en breve, "imputación a la víctima". Por otro lado, la conducta de la víctima también puede adquirir relevancia en otras instituciones generales de la teoría de la imputación objetiva, tanto en el plano de la tipicidad de la conducta o imputación del comportamiento como en el plano de la imputación del resultado.

El contenido de esta reconstrucción dogmática puede sintetizarse —por razones de espacio, tan sólo de manera muy esquemática— en tres tesis fundamentales que se exponen a continuación:

2. En primer lugar: *existe un principio de "autorresponsabilidad de la víctima".*

a) El 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.

b) 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 autolesivas es incriminada 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. La especial relación que une al titular con sus bienes —más densa que la que puede existir respecto de los bienes de cualquier otro—[64] debe manifestarse —cuando junto al titular intervenga otro sujeto— en que nadie puede responder antes que el titular de los daños que se puedan generar. Lo contrario implicaría privar al titular de su libertad de organización, e imponer a los demás un deber de tutela[65] que, al no estar formulado de modo expreso, no

[64] Cfr. en este sentido JAKOBS, "La organización de autolesión y heterolesión", en: idem, *Estudios de Derecho penal*, V.

[65] Así ya EXNER, "Fahrlässiges Zusammenwirken", en: AUGUST HEGLER *et al.* (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft*, tomo I, Tubinga, 1930, pp. 590 y s.; en la bibliografía actual, cfr. sólo W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 157.

existe. Como punto de partida previo a la construcción dogmática, por lo tanto, el principio de autorresponsabilidad[66] consiste en el reconocimiento de libertad de organización, y, correlativamente, en la

[66] Ni la terminología ni los contenidos asignados a este principio son uniformes. Así, en la doctrina alemana se usan los términos "Selbstverantwortung" (autorresponsabilidad) (cfr., por ejemplo, S/S [24]-LENCKNER, n.m. 70b previo a los §§ 13 y ss.; S/S[24]-CRAMER, § 15 n.m. 148 y ss., especialmente 155 y s.; KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung*, pp. 360 y ss.; ídem, FS Oehler, pp. 71 y ss., 74 y ss.; ZACZYK, *Selbstverantwortung, passim*; desde una perspectiva más general, SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tubinga, 1986, *passim*; también en la jurisprudencia, cfr. sólo *BGHSt*, 32, pp. 262 y ss.; *BGH NStZ*, 1991, p. 392), "Eigenverantwortlichkeit", "Eigenverantwortung" (propia responsabilidad, autorresponsabilidad) (cfr. sólo *AK*-ZIELINSKI, §§ 15, 16 n.m. 104; S/S[24]-LENCKNER, n.m. 101a previo a los §§ 13 y ss.; *WK*-BURGSTALLER, § 80 n.m. 38, 69; JAKOBS, *AT*[2], 29/54; KÜHL, *AT*, 4/83 y ss.; STRATENWERTH, *AT*[3], n.m. 1116, 1162; R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit*, pp. 34 y ss.; ARZT, MSchrKrim 1984, pp. 112 y ss.; KIENAPFEL, *JZ*, 1984, p. 752; NEUMANN, *JA*, 1987, pp. 244 y ss., 248 y s.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 153; OTTO, FS Tröndle, pp. 157 y ss.; FIEDLER, *Fremdgefährdung*, pp. 116 y ss.; HOHMANN, *MDR* 1991, pp. 1117 y s.; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit, passim*; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr, passim*; en la jurisprudencia, cfr. sólo *BGHSt*, 37, pp. 179 y ss.); en el contexto de la discusión relativa al suicidio, también se habla de "Freiverantwortlichkeit" (libre responsabilidad) (por ejemplo, S/S[24] -ESER, n.m. 36 previo a los §§ 211 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, pp. 457 y ss.); en otras ocasiones, se ha hablado de "autodeterminación" (*Selbstbestimmung*) (así el TS español respecto de la "heteropuesta en peligro" [STS 17.7.1990 (*RA*, 6728); finalmente, también se hace uso del término "autonomía" (así, por ejemplo, W. HASSEMER, *JuS*, 1984, p. 724). En España han hablado de un principio de "autonomía" en este contexto, por ejemplo, LARRAURI PIJOAN, *ADPCP*, 1988, p. 761; EADEM, EPCr XII (1989), pp. 240 y s.; BUSTOS RAMÍREZ, EPCr XII (1989), p. 127; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, pp. 355, 358; desde una perspectiva más general, *vid.* también BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguardia*, Barcelona, 1994, pp. 47 y ss., mientras que, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, en: CGPJ (ed.), *La victimología*, p. 26, usa —como aquí se hace— el término "autorresponsabilidad".

atribución de una responsabilidad preferente[67] al titular de los bienes. Parece claro que esta elemental determinación sintetizada en el "principio de autorresponsabilidad" no conduce de modo directo a las soluciones dogmáticas concretas. Pero, partiendo de que tal desarrollo dogmático no puede quedar predeterminado plenamente por un concepto previo de autorresponsabilidad, ¿cuáles son las *líneas fundamentales* que, sin embargo, sí cabe extraer del binomio autonomía-responsabilidad, de la existencia de un "ámbito de responsabilidad preferente" de la víctima?

En primer lugar, parece que la determinación de la atribución a la víctima del daño no es uno de los supuestos en los que es una causa —excepcional— de justificación la que permite la realización de lo que por regla general está prohibido, sino que tal determinación afecta de modo general precisamente a lo que "está prohibido" o no. Dicho de otro modo: se trata de un problema de tipicidad.

En segundo lugar, sólo podrá servir de pauta la idea de autorresponsabilidad cuando el contexto normativo efectivamente esté orientado —como sucede por regla general— a garantizar la libertad frente a intromisiones en la esfera de la víctima.[68] Cuando,

[67] Cfr. NEUMANN, *JA*, 1987, pp. 247 y s.; en el mismo sentido, PUPPE habla —si bien de modo limitado al delito imprudente— de una "competencia preferente del titular del bien jurídico" (*NK*, n.m. 175 previo a los §§ 13 y ss.).

[68] Dicho en la terminología de JAKOBS, cuando las normas en cuestión pretenden garantizar la "separación de ámbitos de organización" (cfr. por ejemplo, *AT*², 1/7, 28/14; le sigue DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 181, 192 y ss.); en sentido similar, BALDÓ LAVILLA (*Estado de necesidad y legítima defensa*, pp. 55 y s.): el sector de las prohibiciones o mandatos "orientados al desarrollo de la separación entre esferas organizativas autónomas".

por el contrario, el contexto normativo del ámbito en cuestión prevea tales intromisiones, con una función tuitiva,[69] en la esfera de la víctima, es decir, no se reconozca autonomía —en cierta medida— de organización, la solución dogmática por definición no responderá a la idea de autorresponsabilidad.

En tercer lugar, aunque ello parezca evidente, hay que señalar que sólo derivarán consecuencias jurídico-penales del principio de autorresponsabilidad para la conducta del autor cuando la actividad pueda ser efectivamente *atribuida* a la víctima.[70] Cuando ello no sea el caso, pueden operar —como se observará a continuación— otras instituciones dogmáticas no específicas de la intervención de la víctima, cuyo funcionamiento, como es lógico, responde a otras bases distintas.

3. En segundo lugar: *existe una institución dogmática "imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima".*

a) 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

[69] *Vid.* sólo BALDÓ LAVILLA (*Estado de necesidad y legítima defensa*, pp. 57 y s.): sectores normativos "orientados al desarrollo del principio de solidaridad entre esferas organizativas autónomas".

[70] Cfr. *infra* en el texto.

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.

En lo que se refiere a la *terminología*, lo cierto es que parece que debe atribuirse más relevancia al contenido dogmático de una propuesta que a su rótulo. Si aquí se propone la denominación —por lo demás, nada original— de "imputación a la víctima", es sobre todo por razones de índole secundaria, relacionadas sobre todo con la evolución de la discusión doctrinal.

Que no puede resultar adecuada aquella terminología que implica una perspectiva categorialmente distinta a la aquí sostenida, como la de "consentimiento" o la del "principio victimológico", parece evidente. Pero tampoco se ha recurrido a las denominaciones que han sido propuestas desde sectores doctrinales que han desarrollado un punto de vista próximo al que aquí intenta defenderse, propuestas en las que —como es natural y se observará a continuación— el desarrollo planteado en el presente estudio se apoya. En efecto, podría utilizarse la ya asentada denominación de "autopuesta en peligro", acuñada sobre todo por ROXIN y que es ya un verdadero lugar común en doctrina y jurisprudencia. Pues en última instancia, cuando se afirma que concurre una "autopuesta en peligro" se está sosteniendo que lo sucedido no entra en el ámbito de responsabilidad de la víctima. Sin embargo, desaconseja el uso de este término el hecho de que en el presente estudio se propone una solución que no toma como punto de referencia la distinción de conductas de participación de las de autoría, como sí hace, hasta cierto punto, el sector doctrinal encabezado por ROXIN y la amplia jurisprudencia que le sigue.[71] Tam-

[71] Recuérdese, de todos modos, que en la doctrina alemana se utiliza esta denominación con frecuencia sin un contexto sistemático claro, por lo que W. FRISCH (*NStZ*, 1992, p. 67; ídem, *Tipo penal e impu-*

poco se opta aquí por hablar de una "actuación", "actuar" o "acción a propio riesgo" (*Handeln auf eigene Gefahr*), como han hecho —si bien con distintos contenidos—, trasladando al ámbito penal una figura proveniente del Derecho civil alemán, por ejemplo, PREUSS,[72] JAKOBS,[73] BRUNS,[74] o DERKSEN,[75] ni de la "competencia de la víctima" (*Opferzuständigkeit*), término utilizado, por ejemplo, por JAKOBS[76] o HERZOG y NESTLER-TREMEL.[77] Pues aparte de la discutible "aclimatación" de ambos términos al castellano,[78] hay dos aspectos que no parecen positivos a los efectos que aquí se persiguen: en primer lugar, ninguna de las dos expresiones designa con claridad el carácter específico de lo que aquí quiere proponerse. En efecto, puede pensarse, por ejemplo, que "actúa

---

tación objetiva, p. 145) ha afirmado con razón que existe un empleo "desenfrenado y ecléctico" de la misma.

Por lo demás, respecto de esta denominación hay que señalar —a modo de ejemplo— que el riesgo de confusión que puede generar el uso de un mismo término con contenidos divergentes ya se ha concretado en alguna ocasión en el resultado de una efectiva identificación discutible de contenidos; así, por ejemplo, al introducir ROXIN (*AT I*², 11/102) en sus reflexiones las opiniones de ZACZYK en cuanto a la calificación de ciertos supuestos como "autopuesta en peligro" o "heteropuesta en peligro", cuando lo cierto es que el contenido que ZACZYK le asigna a tal término está alejado en puntos esenciales del que es propuesto por ROXIN.

[72] *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlín, 1974, pp. 144 y ss., 147 y ss.

[73] Cfr. sólo *AT*², 7/129.

[74] *NJW*, 1987, p. 2282.

[75] *Handeln auf eigene Gefahr, passim*.

[76] Cfr., por ejemplo, *La imputación objetiva*, pp. 109 y ss.; ídem, "La imputación objetiva", en: ídem, *Estudios de Derecho penal*, V.

[77] Quienes, concretamente, hablan de una "competencia para la autoprotección" (*StV*, 1987, pp. 369 y ss.).

[78] Y los distintos significados —de modo paralelo a lo que puede constatarse respecto de la "autopuesta en peligro"— que han sido atribuidos por los diversos autores a estos términos: así, por ejemplo, PREUSS utiliza esta terminología para designar más bien una determinada modalidad de consentimiento (atenuado), mientras que para JAKOBS —más en la línea de lo que puede ser la utilización de la noción de "autopuesta en peligro" en el marco de la teoría de la imputación objetiva desarrollada por ROXIN, y, como se verá, del punto de vista defendido en el presente estudio— se refiere a una causa de exclusión de la imputación objetiva de la conducta.

a su propio riesgo" o "es competente" también aquella víctima que se expone a un riesgo general de la vida, sin que haya en este caso una imputación en sentido estricto a la víctima, sino meramente una aplicación de la regla *casus sentit dominus*. Por otro lado, también queda exonerado el autor —y, en ese sentido, podría decirse que es "competente" la víctima— cuando el riesgo en cuya generación ha intervenido el autor queda cubierto por un riesgo permitido, etc. Sin embargo, de lo que aquí quiere tratarse al hablar de "imputación a la víctima" —como se acaba de adelantar y se verá a continuación— es de los supuestos en los que la razón de la atipicidad de la conducta del tercero está, precisamente, en la atribución de lo sucedido al ámbito de responsabilidad a la víctima, es decir, aquellos casos en los que la exoneración del autor proviene específicamente del carácter responsable de aquélla.[79] Por otro lado, el término "competencia de la víctima" parece designar más bien el resultado del proceso dogmático de atribución de ámbitos de responsabilidad, antes que ese proceso mismo.[80]

b) Presupuesto y objeto de referencia de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima es que lo sucedido —la actividad arriesgada que produce el daño— se corresponda con la *organización conjunta* de autor y víctima. La interacción entre víctima y autor crea un contexto común de un mismo significado objetivo. Este significado objetivo se determina conforme a patrones normativos: sólo aquellos as-

[79] En contra de esta posición y terminología formula una objeción similar W. FRISCH, al afirmar que hay casos en los que no puede hablarse de "competencia" de la víctima a pesar de concurrir atipicidad (cfr. FRISCH, *NStZ*, 1992, p. 6 con nota 57); pero la crítica de FRISCH va justo en la dirección contraria a la aquí defendida —diferenciar los casos de atribución de responsabilidad al ámbito de la víctima de otros en los que ésta no concurre— al sostener que todas las constelaciones de casos deben reconducirse a la teoría general de la conducta típica, sin ulterior diferenciación, en principio.

[80] Cfr. también acerca de la falta de claridad del término W. FRISCH, *NStZ*, 1992, p. 6.

pectos de la organización son "conjuntos" que se presenten como un elemento inherente a la actividad elegida por la víctima, y ello como función de su autonomía.[81] No hay organización conjunta, entonces, cuando la conducta del autor introduce un elemento adicional a los factores de riesgo presentes en el contexto común, o cuando la situación de hecho contiene de algún otro modo un factor de riesgo que no pertenece a la organización conjunta. Así, por ejemplo, no habrá imputación a la víctima cuando ésta, copiloto en una competición de motocicletas, sufra un daño derivado de un defecto previo en los frenos, y no de una incidencia normal en la carrera. Tampoco podrá imputarse el daño al ámbito de responsabilidad de la víctima cuando la organización conjunta entre autor y víctima contenga un reparto de tareas que implique —de modo unilateral o bilateral— cometidos de control de ciertos elementos de riesgo y sea precisamente uno de esos elementos el que genere el riesgo que se concreta en la lesión de la víctima. En este sentido, no habrá imputación a la víctima cuando la lesión sufrida por un alpinista se deba a una sujección deficiente de la cuerda de seguridad por parte de su compañero de escalada.

c) Existen ámbitos, sin embargo, en los que a pesar de concurrir varios sujetos autorresponsables en una actividad arriesgada, el ordenamiento del sector en cuestión establece reglas especiales conforme a las cuales a uno de esos sujetos corresponde una especial obligación de tutela frente a los demás inter-

[81] Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, § 9 I. A. 4.

vinientes en esa actividad. Se trata de supuestos en los que una razón normativa específica desplaza al principio de autorresponsabilidad y sus consecuencias dogmáticas.[82] Así sucede, por ejemplo, en el ámbito de las relaciones laborales, en el que el ordenamiento obliga —en cierta medida— al empleador a prevenir imprudencias autolesivas de los trabajadores.

4. En tercer lugar: *la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima forma parte de la teoría de la imputación objetiva.*

a) De lo antes expuesto se deduce fácilmente que desde la perspectiva aquí adoptada, la "imputación a la víctima" debe configurarse como una institución dogmática incluida en el primer nivel de la imputación objetiva: la imputación del comportamiento[83] o de la conducta.[84] En efecto, si el suceso realizado de modo conjunto es atribuido al ámbito de responsabilidad de la víctima, no puede ser típica la conducta del autor.[85]

b) La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima introduce en la construcción dogmática de la teoría del tipo un dato —la responsabilidad preferente del titular del bien jurídico— adicional sobre otros mecanismos de distribución de responsabilidad de

[82] Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, § 9 I. C.

[83] Término utilizado por JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 89 y ss.

[84] Término utilizado por MIR PUIG, *PG*[4], 10/48 y ss.

[85] Coinciden materialmente en esta ubicación sistemática, por ejemplo, *AK*-ZIELINSKI, §§ 15, 16 n.m. 104; *NK*-PUPPE, n.m. 164 previo al § 13 (ambos respecto del delito imprudente); JAKOBS, *AT*[2], 7/129; ídem, *La imputación objetiva*, pp. 109 y ss.; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 76 y s., 148 y ss., 156 y ss., 182 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, EPCr XII (1989), pp. 125 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 365 y ss. (respecto del delito imprudente).

carácter más genérico. Por ello, dentro del primer nivel de la imputación objetiva, la imputación a la víctima debe ser distinguida de otras instituciones, respecto de las cuales mantiene una relación de especialidad.

En efecto, la "imputación a la víctima" no sólo debe ser diferenciada de la imputación de resultados, sino que aún dentro del primer nivel de la imputación objetiva —la constatación de la tipicidad de la conducta— debe ser distinguida de otras instituciones. En este sentido, el factor normativo de la autorresponsabilidad de la víctima añade un dato adicional y diferencial al juicio de imputación. Cabe observar que existe esta relación con base en el hecho de que muchos de los supuestos en los que se plantea la cuestión de la relevancia de la conducta de la víctima constituyen de modo evidente conductas que en principio —de no concurrir la conducta, precisamente, de la víctima— estarían sin duda alguna dentro del ámbito típico: si, por ejemplo, en el caso de una competición irregular de motocicletas,[86] en el de la entrega de heroína[87] o en el supuesto antes aludido de la botella[88] se hubiera visto afectado un tercero no interviniente en la interacción o un sujeto no responsable, nadie dudaría de que las correspondientes conductas deberían ser consideradas típicas.[89]

[86] Cfr., por ejemplo, *BGHSt* 7, pp. 112 y ss.

[87] Cfr., por ejemplo, STS 20.2.1993 (*RA*, 1383).

[88] STS 17.7.1990 (*RA*, 6728).

[89] Como denota, por ejemplo, el TS español al afirmar en la sentencia del caso de la botella (*vid.* nota anterior) que el autor ha "...causado el resultado infringiendo el deber de cuidado", a pesar de lo cual el TS examina si la intervención de la víctima puede exonerar al autor. Parece claro que esto significa, como se sostiene en el texto, que en un sentido genérico la conducta del autor es típica, infringe el deber de cuidado, y que la cuestión de la intervención de la víctima es introducida en la valoración en un momento posterior y puede, a

Algunas aproximaciones a la problemática no reconocen, sin embargo, este carácter específico a la conducta de la víctima,[90] si bien puede decirse que la mayoría de los autores reservan —aunque sea tácitamente o por vía de una organización del material en distintos *topoi*— un marco autónomo a la cuestión.[91]

---

pesar de ello, conllevar la exclusión de la tipicidad del comportamiento del autor (como el TS de hecho se plantea como posibilidad, que excluye en atención al fallo en la ejecución del autor): de modo paralelo a lo que sucede en el modelo de ROXIN, con la diferencia de que en éste la atribución a la víctima —por vía de la construcción de la autopuesta o heteropuesta en peligro— se produce después de la constatación de la tipicidad de la conducta en sentido estricto y de la imputación del resultado.

[90] Así, por ejemplo, en lo que se refiere a la ubicación de la cuestión en el ámbito de la participación, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 344 y ss. "...Estos supuestos no son más que un grupo particular de una problemática más amplia: la de *la contribución o provocación imprudente de la conducta dolosa de otra persona*" (p. 344; cursiva en el original; *vid.*, sin embargo, EADEM, op. cit., pp. 352, 355, en el que materialmente se reconoce la especificidad al invocar el principio de autonomía de la víctima); en sentido similar —ubicando la cuestión como supuesto perteneciente al ámbito de la cointervención— en Alemania, por ejemplo, S/S[24]-LENCKNER, n.m. 101 previo al § 13; S/S[24]-CRAMER, § 15 n.m. 155 y ss.; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 107 y ss., 110 y s. De modo equivalente —en lo que se refiere a la falta de especificidad— está construida también, por ejemplo, la aproximación de W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 148 y ss., quien no establece una institución propia relativa a la conducta de la víctima, sino quiere reconducir los problemas en cuestión a la categoría general de la tipicidad.

[91] Cfr. sólo ROXIN, *AT I*[2], 11/86 y ss.; JAKOBS, *AT*[2], 7/129 y s.; más decidido —en la línea aquí propuesta— ídem, *La imputación objetiva*, pp. 109 y ss. Coincide desde el punto de vista sistemático materialmente con esta diferenciación de planos ya la posición de PREUSS (*Untersuchungen*, pp. 144 y ss., 147 y ss., 157 y s.) al distinguir entre supuestos de "actuar a riesgo propio" en sentido estricto (op. cit., pp. 147 y ss.) —en los que este autor, por otra parte, plantea la exigencia de conocimiento del riesgo— de otros en los que se trata de una "consideración generalizada" del comportamiento de la víctima (op. cit., pp. 157 y s.), referidos a conductas generalmente permitidas que en su opinión no necesitan de una implicación subjetiva tan intensa, precisamente porque en estos sectores —desde

Lo cierto es, sin embargo, que el hecho de que la conducta que "en principio" es típica (en relación con terceros, por ejemplo), no lo sea finalmente cuando se trata de una contribución de la víctima, se explica por el hecho de que —en palabras de PUPPE— hay casos en los que la intervención del autor en un emprendimiento en el que se ponen en peligro los bienes de la víctima "precisamente es impune *porque el otro interviniente* es idéntico con el *titular del bien jurídico*...":[92] es así como se concreta en el plano dogmático la existencia de un ámbito de responsabilidad *preferente* del titular de un bien jurídico. Frente a esta posición, podría argumentarse que, en primer lugar, no resulta conveniente desde el punto de vista de la construcción dogmática fragmentar el primer nivel de la imputación objetiva mediante la introducción de una nueva subcategoría, o, en segundo lugar, que no existe, en última instancia, diferencia entre la apreciación de un supuesto de imputación a la víctima o la afirmación de la concurrencia de un riesgo permitido o típicamente irrelevante, ya que en todo caso se llegará a la conclusión de que no existe imputación objetiva del comportamiento. Sin embargo, la especial posición de la víctima en relación con sus bienes y la valoración de la interacción entre autor y víctima a la que esa especial posición obliga —en los términos que se ha venido exponiendo— conducen a que los criterios materiales para decidir los casos en cuestión sean distintos a los que corresponden a otras instituciones de la teoría de la imputación objetiva. En efecto, la determinación de si la conducta del autor se halla

---

la perspectiva aquí sostenida: pertenecientes al ámbito del riesgo permitido, *vid.* a continuación en el texto— la aceptación social de los contextos de interacción es evidente.

[92] *NK*-PUPPE, n.m. 175 previo a los §§ 13 y ss.

cubierta por un riesgo permitido, o de si concurre un caso en el que la conducta del autor debe ser desvinculada de un suceso lesivo posterior (prohibición de regreso), etc., se llevará a cabo conforme a criterios centrados en la perspectiva del autor, aunque en el caso concreto intervenga la víctima de algún modo en el suceso. Si, por ejemplo, un sujeto —en un caso de riesgo permitido— conduce con su vehículo de modo correcto por una vía que es invadida repentinamente por la víctima, la valoración se producirá en atención a si la conducta del autor se mantuvo dentro del marco del riesgo permitido, al igual que si la víctima no hubiera tenido intervención alguna en el suceso o ni siquiera existe víctima como víctima de lesiones personales, por ejemplo, en un supuesto en el que se producen unos daños. Si se trata, sin embargo, de un supuesto de interacción entre víctima y autor, de un caso en el que debe examinarse si puede producirse imputación a la víctima —con la correspondiente falta de imputación del comportamiento al autor—, la perspectiva a adoptar —como se ha intentado mostrar al delinear la "imputación a la víctima"— debe superar la perspectiva unilateral del autor para situarse en el plano superior de la interacción entre víctima y autor. Y si se aplican criterios materiales distintos, parece conveniente distinguir: *qui bene distinguet, bene iudicat.* Más allá de lo acabado de decir, también parece claro que la relación concreta que debe mantener la institución dogmática de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima con otras instituciones dogmáticas dentro del primer nivel de la imputación objetiva es de especialidad. En efecto, si se concibe la teoría de la imputación objetiva como un análisis en el que se van introduciendo progresivamente determinados elementos del contexto —configurándose así las distintas institu-

ciones dogmáticas—, parece claro que la introducción de la figura de la víctima, por su especificidad, debe ser sistemáticamente posterior a otras instituciones de carácter más general.

c) En particular, en lo que se refiere a esas otras instituciones generales de la imputación objetiva del comportamiento, si la conducta del autor en relación con la cual aparece la conducta de la víctima está cubierta por un *riesgo permitido*[93] o puede ser desvinculada del posterior desarrollo lesivo por no estar conectada objetivamente con éste (*prohibición de regreso*),[94] no será necesario examinar si debe imputarse lo sucedido al ámbito de responsabilidad de la víctima: la conducta será atípica sin necesidad de un ulterior juicio centrado en la conducta de la víctima.

En lo que se refiere al *riesgo permitido*, la víctima puede adquirir relevancia sobre todo en dos ámbitos. *En primer lugar*, las expectativas de (potenciales) víctimas pueden ser uno de los criterios determinantes a la hora de *fijar el nivel del riesgo permitido*. Cabe corroborar esta afirmación, a modo de ejemplo, en relación con el ámbito de la responsabilidad jurídico-penal por la fabricación o distribución de determinados productos.[95] En principio, parece claro que quien asume la actividad de fabricar ciertos bienes

[93] Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, § 9 II. A. 1.

[94] Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, § 9 II. A. 2.

[95] Cfr. desde una perspectiva general sobre este ámbito, respecto del cual ha aparecido numerosa bibliografía en los últimos tiempos, sólo S/S[24]-CRAMER, § 15 n.m. 223; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 200 y ss.; KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg, 1989, pp. 93 y ss., 101 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995, pp. 21 y ss. y *passim*, todos ellos con ulteriores referencias.

para que sean accesibles a un gran número de personas, tiene también el deber de respetar todas las reglas existentes para evitar posibles daños a los consumidores.[96] Y precisamente esas reglas vienen codeterminadas por las expectativas, la "confianza"[97] que el consumidor pueda tener en el producto, o, en palabras del TS —en la sentencia en el caso de la colza—:[98] "El criterio general al que cabe remitir para posibilitar una concesión [*sic*] precisa de las exigencias de cuidado en este ámbito está constituido por las 'expectativas del consumidor'... el productor debe tomar en cuenta como medida del cuidado exigido los riesgos que el consumidor estaría dispuesto a asumir en una ponderación razonable".[99] *En segundo lugar*,

[96] Cfr. sólo SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 116, 119 y s.; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 200 y s.

[97] Cfr. especialmente W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 202 con nota 176; bajo el rótulo del principio de confianza —es decir, adoptando el punto de vista del autor— KUHLEN, *Produkthaftung*, pp. 137 y ss., especialmente 138 y s. Cuáles sean esas expectativas, a su vez, no es una mera constatación fáctica, sino que depende de factores normativos (*vid.* FRISCH, op. cit., pp. 202 y ss.), especialmente, del estadio de desarrollo de la valoración social de la necesidad de los productos en cuestión: como dice JAKOBS (*La imputación objetiva*, p. 93), "...una sociedad saturada por la técnica esperará de un fabricante de máquinas que éste no cree nuevos riesgos, y por tanto le impondrá el deber de garantizar la inocuidad en todas las condiciones de funcionamiento, exonerando de este modo tanto a quien adquiere la máquina como a la víctima. Por el contrario, una sociedad que esté necesitada de avances técnicos tolerará bastantes riesgos; por consiguiente, exonerará al fabricante e impondrá al propietario y a la potencial víctima la obligación de garantizar la seguridad...".

[98] STS 23/4/1992, reproducida en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial* nº 12 (1992), pp. 69 y ss.

[99] *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial* nº 12, p. 182; cfr. también p. 180, donde se identifica el "cuidado" al que se alude en el pasaje citado en el texto con el riesgo permitido, y p. 181, en relación con el horizonte de conocimientos de posibles víctimas. Posteriormente, la STS 20/2/1993 (*RA*, 1383, caso en el que se produjo la entrega de heroína de inusual pureza, muriendo el con-

existen determinados ámbitos en los que el *permiso genérico de una actividad arriesgada necesita de una aceptación de la víctima*: el riesgo permitido puede estar formulado de tal modo que tenga como presupuesto el "consentimiento" en la realización de la

---

sumidor) ha pretendido —invocando expresamente la sentencia en el caso de la colza— trasladar esa consideración al ámbito de supuestos en los que se trata de una interacción prohibida, incluso constitutiva de una infracción penal, como es la compraventa de sustancias estupefacientes: "Este especial deber de cuidado que obliga a todo aquel que expende sustancias que van a ser consumidas por terceros a no aumentar los riesgos que el consumo de las mismas encierra ordinariamente, no desaparece porque la expendición o tráfico se lleve a cabo en el terreno de la ilicitud, pues también aquí rige el deber de no causar daños reprobados jurídicamente y el principio de confianza del consumidor, máxime si, como ocurre en este caso, lo ilícito es el tráfico, pero no el consumo, que no está jurídicamente reprobado mientras se limite al uso para sí mismo de la droga adquirida, en la confianza de poder utilizarla como le es habitual, sin sufrir riesgos sobreañadidos a los que son propios de tal consumo... En estas condiciones, el procesado venía obligado a asegurarse de que la droga con la que traficaba no se apartaba de los patrones usuales en el mercado y no contenía una probabilidad mayor de riesgos de los que son asumidos usualmente en ese tráfico, por los consumidores de la droga."
De este modo, se estarían estableciendo límites de "riesgo permitido" diferentes para los riesgos que derivan de una misma actividad para diferentes bienes jurídicos; la propuesta no puede resultar convincente en el sentido de que el establecimiento de esos "deberes de atención al cliente" que parece presuponer la sentencia en el ámbito de la entrega de estupefacientes no pueden existir como tales —como límite fijado por el ordenamiento jurídico, en el sentido en el que existe en las actividades regladas— en un sector ilegal. Una breve reflexión lo demuestra: ¿cuáles son los "patrones usuales" en el mercado?; ¿a qué Cámara de Comercio o reglamento de las Comunidades Europeas debe acudir el traficante para determinar cuándo concurren "riesgos sobreañadidos"? En realidad, en este contexto, sólo la afirmación de que el riesgo debe ser imputado —en los términos expuestos antes— al ámbito de responsabilidad de la víctima puede eliminar la tipicidad de la conducta del autor. Pero para ello no podrá acudirse a "estándares" inexistentes en este sector, sino a la configuración de la interacción concreta entre autor y víctima. El problema, por lo tanto, es otro (en particular, afecta a la relevancia de las diferencias de conocimientos de víctima y autor).

actividad plurisubjetiva.[100] En estos casos, puede decirse que riesgo permitido y consentimiento son congruentes;[101] o dicho de modo más exacto: el riesgo permitido tiene como presupuesto el consentimiento en la participación en el comportamiento conjunto.[102] Esto no cambia en nada el hecho de que el conjunto de comportamientos "fútbol", por ejemplo, está permitido de manera desvinculada del contexto subjetivo —más allá de la asunción de la intervención en el contexto social— de los intervinientes. En este sentido, lo relevante aquí no es el consentimiento (que introduce el contexto de interacción), sino el permiso general.[103]

En cuanto a la llamada *prohibición de regreso*, institución introducida en la discusión moderna en materia de imputación objetiva sobre todo por JAKOBS,[104] consiste en lo fundamental en desvincular

[100] Por ejemplo: obviamente, no puede jugarse de manera permitida al fútbol o entablar un combate de boxeo (y crear de modo permitido el riesgo correspondiente) con alguien que no desea participar en tal actividad.

[101] Cfr. en este sentido, por ejemplo, JAKOBS, *AT*², 7/113.

[102] En este sentido, por ejemplo, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 318 y s. Cfr., por ejemplo, los supuestos en el ámbito de los deportes, JAKOBS, *AT*², 7/126; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 115: el comportamiento reglamentado está "vinculado a permisos previos"; FRISCH también habla en este contexto de la existencia de "esquemas de coordinación" (*NStZ*, 1992, pp. 65 y s.)

[103] Cfr. sólo MIR PUIG, Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, 1987, p. 40; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 24.

[104] *Vid.* sólo JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 145 y ss. Como es claro, en este ámbito no puede entrarse en la discusión acerca de la fundamentación y ubicación sistemática de esta institución dogmática (cfr. por todos últimamente ROXIN, "Bemerkungen zum Regreßverbot", en: HANS-HEINRICH JESCHECK/THEO VOGLER [ed.], *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*, Berlín/Nueva York, 1989, pp. 177 y ss.; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 320 y ss., con ulteriores referencias). En todo caso, lo cierto es que, como ha afirmado el propio JAKOBS (*vid. La imputación objetiva*, pp. 171 y s.; ídem, *GA*, 1996, pp. 260 y s., nota 15), las diferencias materiales —más allá de la denominación o de la ubicación siste-

un comportamiento inicial correcto de posibles conductas autolesivas posteriores. También esta institución es aplicable a casos en los que adquiere relevancia una conducta de la víctima. Así, por ejemplo, cuando el empleado de una gasolinera llena el depósito de combustible de un automóvil cuyas cubiertas se encuentran de modo tan evidente en mal estado que es palmario que va a producirse un accidente si se sigue circulando con el vehículo, esta aportación causal del empleado no puede dar lugar a una responsabilidad por un delito de lesión[105] —doloso o imprudente, dependiendo del lado subjetivo—.[106] Lo mismo sucede si un sujeto —sin tener ningún tipo de conocimientos sobre el particular— afirma en una reunión social que en el mes de marzo, en determinada zona de montaña, suele haber una temperatura muy alta, lo que alguien que le escucha toma como base para realizar una excursión a esa zona con un equipo de verano, por lo que sufre lesiones por congelación.[107] También puede sostenerse que la conduc-

---

mática dentro de la imputación objetiva— con aquellas posturas que incorporan delimitaciones normativas de ámbitos de responsabilidad y la correspondiente exclusión de responsabilidad por actos que carecen de significado delictivo, no son determinantes (cfr. a título de ejemplo las consideraciones, muy próximas en cuanto a su contenido material, de STRATENWERTH, *AT I*[3], n.m. 1162 y ss.).

[105] Sin perjuicio de una eventual responsabilidad por un delito de omisión del deber de socorro, como señalan, por ejemplo, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 215; JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 108.

[106] Ejemplo de JAKOBS *ZStW*, 89 (1977), p. 4; también idem, *AT*[2], 7/52; llegan a la misma solución STREE, *JuS*, 1985, p. 181 (respecto de un supuesto similar); HERZBERG, *JA*, 1985, p. 272; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 198; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 199.

[107] Cfr. los ejemplos similares en *S/S*[24]-CRAMER, § 15 n.m. 157: no habría responsabilidad del sujeto que, sabiéndose perseguido, entra a alta velocidad en una curva peligrosa, o del cliente que sube a un taxi y observa que el vehículo no está en condiciones de circular; sí

ta del autor no tiene significado delictivo si éste guarda en un recipiente de apariencia inocua —por ejemplo, en una botella de refresco— un líquido venenoso, en circunstancias también aparentemente inocuas —por ejemplo, en la nevera—, y la víctima, quien penetra de modo no autorizado en la vivienda, ingiere el líquido y sufre lesiones.[108] Y muy probablemente se tratará también de un supuesto de prohibición de regreso cuando se produce la entrega de sustancias de tráfico permitido, como es el caso del alcohol; en este caso, que sea evidente que el sujeto a quien se está expendiendo alcohol va a poner en peligro su salud, no es asunto del vendedor o expendedor. Sólo si de modo evidente el sujeto que recibe el alcohol ya no es imputable, podrá plantearse una eventual responsabilidad del autor.

d) La conducta de la víctima también puede alcanzar, finalmente, relevancia en el segundo nivel de la teoría de la imputación objetiva, la *imputación del resultado*. En este ámbito, han de seguirse las reglas generales, según las cuales ha de comprobarse que existe una relación normativa entre la conducta típica y el resultado conectado causalmente a ésta. En este contexto, existen conductas de la víctima que, si

---

habría imputación si en el caso de la persecución el sujeto perseguido decide cruzar por un puente que sabe defectuoso; *vid.* también SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 107 y s., 115; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 198; en todo caso, estos autores formulan éstos y similares ejemplos desde una perspectiva sistemática algo diversa (en el caso de CRAMER y SCHUMANN: el principio de autorresponsabilidad —genérico, no limitado a la víctima— como delimitación de una intervención típica; en el caso de FRISCH: la teoría de la conducta típica).

[108] En este sentido, por ejemplo, W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 220; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 198 y s.; de otra opinión, sin embargo, probablemente S/S[24]-CRAMER, § 15 n.m. 154.

bien no conllevan la falta de tipicidad del comportamiento del autor —por no concurrir los elementos de la imputación a la víctima—,[109] sin embargo, sí pueden hacer desaparecer la imputación objetiva del resultado.[110] En este sentido, como dice SILVA SÁNCHEZ, también en este sector, el de la realización de riesgos, la imputación objetiva es el instrumento dogmático que permite aprehender la conducta de la víctima de modo adecuado.[111] Las constelaciones de casos que pueden aparecer en este contexto son de características muy diversas,[112] y pueden ser resueltos, como acaba de decirse, de modo satisfactorio con las reglas generales de la teoría de la imputación objetiva, por lo que su discusión ha de quedar fuera del marco de este trabajo.[113] Tan sólo conviene señalar que desde el punto de vista aquí adoptado, en aquellos casos en los que el resultado es consecuencia tanto de la conducta típica del autor como de una conducta inadecuada de la víctima —que pueden denominarse supuestos de *confluencia de conductas*—, ello podrá *disminuir* —en atención al carácter autorresponsable de la víctima— la responsabilidad del autor, introduciéndose así una regla específica.

[109] Y partiendo de que tampoco haya de excluirse la tipicidad de la conducta del autor por concurrencia de un riesgo permitido o en virtud de la prohibición de regreso, cfr. en el texto *supra*.

[110] En este sentido, no se comparte aquí el criterio de W. FRISCH (*vid.*, por ejemplo, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 447, 452 y s., nota 301), para quien —al igual que respecto de otros sectores no relacionados con la conducta de la víctima— la imputación del resultado está poco menos que "vacía" de contenidos normativos.

[111] *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, en: CGPJ (ed.), *La Victimología*, pp. 32 y s.

[112] Cfr. sólo el elenco de casos recogidos por ARROYO ZAPATERO, *Manual de Derecho penal del trabajo*, pp. 111 y ss., para el ámbito laboral, y REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 338 y ss.

[113] Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, § 9 II. B.